

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

HUKUKUN ANTROPOLOJİK KAYNAKLARI:
İLKEL TOPLUMLARDA TOPLUMSAL ÇATIŞMA VE
ÇATIŞMANIN ÇÖZÜLMESİNDE İLKEL HUKUK

146718

Aslan DELİCE
2502980232

DANIŞMAN

Doç. Dr. Mehmet Tevfik ÖZCAN

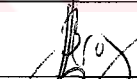

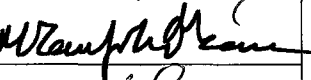


- 146718 -

İSTANBUL -2004

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU** Anabilim Dalı Doktora programında kayıtlı **2502980232** numaralı **ASLAN DELİCE'NİN** hazırladığı “**HUKUKUN ANTROPOLOJİK KAYNAKLARI: İLKEL TOPLUMLARDA TOPLUMSAL ÇATIŞMA ÇATIŞMANIN ÇÖZÜLMESİNDE İLKEL HUKUK**” konulu **YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZİ** ile ilgili **Tez Savunma Sınavı**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 28.Maddesi uyarınca **14.12.2004 SALI** günü saat: **13.45' de** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin'ne* **OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI(*)	İMZA
PROF.DR. RONA SEROZAN	Kabul	
PROF.DR. CEMAL BALI AKAL	Kabul	
DOÇ.DR. MEHMET TEVFIK ÖZCAN	Kabul	
DOÇ.DR. OKTAY UYGUN	Kabul	
DOÇ.DR. YÜKSEL KIRIMLI	Kabul	

Ars Longa Vita Brevis



ÖZ

Çalışmada, kurucusu ve koruyucusu olarak çok karmaşık bir yapının çimentosu görevini yerine getiren hukukun, nasıl ortaya çıktığı ve günümüzdeki konumuna nasıl ulaştığı sorusuna, basit toplumların penceresinden bakarak cevaplar üretilmeye çalışılmıştır. Adet olduğu üzere her çalışma, çalışılan kavramın etimolojisiyle işe başlarken, biz hukukun oluşumundan yapısal bağlantılarına kadar tüm süreci, etnoloji verileri ışığı altında incelemeyi tercih ettik. Böylece etnolojiyi, bir nevi hukukun etimolojisi olarak kullanmış olduk.

Tüketici bir çalışmanın neredeyse imkansız hale geldiği günümüzde, amaçlara ulaşabilmek için Türkçe kaynakların tamamına yakın bir kısmı taranmıştır. Doyurucu ve kuşatıcı olması için yalnızca antropoloji değil psikoloji, felsefe, psikiyatri, hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi eserlerine de müracaat edilmiştir. İngilizce literatürde ise özellikle hukuk antropolojisi üzerine odaklanılmış ve özgünlük adına uzun alıntılardan kaçınılmıştır.

Günümüzdeki yapısının anlaşılabilmesi, büyük oranda köken ve yapısal bağlantıların açığa çıkarılmasına bağlı olan hukukun, en basit toplumlardan başlayarak gözlemlenmesi çalışmanın ana gövdesini oluşturur. Tez, soyut ve evrensel bir hukuk kavramının, yapısal ilişkiler nedeniyle imkansız olması gerçeğinden hareketle, hukuku, toplumsal çıkarların etrafında şekillenen yerel bir kavram olarak kurgulamıştır. Hukukla çıkar arasında kurulan doğrudan bağları görmek için, gözlerimizi ilkel topluma çevirdiğimizde, akrabalık yapısıyla karşılaşırız. Bu toplumlarda akrabalık, yalnızca doğrudan çıkar ilişkilerine işaret eden ve mal mübadelesinin hangi şartlarda yapılacağını gösteren karşılıklılık ilkesinin belirleyicisi değildir. Hırsızlıktan, cinayete kadar tüm suçlarda, hangi hukuk kuralının uygulanacağı sorusu akrabalık yapısı bilinmeden cevaplandırılmaz. Kuralların, kişiden kişiye farklılaşması sonucunu doğuran bu izafilik, hukukun akrabalık yapısına bağlı bir değişken olmasının sonucudur. Bu noktada iki ayrı hususun bilinmesinde yarar vardır: İlki akrabalığın, kan bağına dayanan nesnel bir gerçekliğe tekabül etmemesi, diğeri de ilkel zihnin, akrabalık yapısını, çıkarların gerçekleştirilmesinde bir araç olarak kullanması gerçeğidir. Buradan, hukukun belirleyicisi olan akrabalığın, çıkar dışında nesnel bir temeli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Çalışma, hukukun, yalnızca siyasi ve toplumsal yapıyla değil, özellikle ahlak, inançlar ve mitolojiyle de bağlantılı olduğunu göstermiştir.

ABSTRACT

In this study, it is aimed to come to conclusions, by looking into the subject from the frame of the primitive societies, about how the law, which is like the cement of a very complex structure as the founder and protective element of the structure, come out and reached its present position. As it became as a tradition, every study starts with the etymology of the studied subject, we aimed to examine the period of the law between its origin and its structural connection under the light of ethnology. By this way, we make use of ethnology as the etymology of the law.

So as to reach the determined targets, most of the Turkish sources have been combed. In order to make a more satisfying and effective study, not only sources of anthropology, but also sources of psychology, philosophy, psychiatry, sociology of law and philosophy of law have been combed. In the english literature, especially the main focus was on the anthropology of law, and so as to constitute a original study, we avoid especially long quotations.

The main body of this study is the observation of the law, whose structure can be more clearly understood by researching its origin and its structural connections, starting from the primitive societies. This thesis, has accepted the law as the local concept which existed with the social interest, considering that the abstract and universal law is impossible due to its structural relations.

If we want to see the connection between the law and social interest, we can see the kinship structure considering the primitive societies. In these societies, kin are not based on the interest and reciprocity principle which shows, under which circumstances goods exchange can happen. Also, the kinship structure can not be understood by not knowing clearly which law would be executed towards all kinds of crimes including theft, murder,...etc. The relativity which is a result of the differentiation of the rules between different people, is also a result of the law being variable due to kinship concept. At this point, it is useful to realize the two different matter: First, relationship is not only the biological matter that can be explained by only the blood connection; Second, the primitive mentality makes use of the relationship based on social benefits. From this on, kinship , as the main determination element of law, is mainly based on social benefits.

This study shows that, law, is not only connected with the political and social structures, but also with especially ethical values, beliefs and mithological issues..

ÖNSÖZ

Hukuk gibi son derece karmaşık bir toplumsal olguya ilkel toplumlar penceresinden bakmayı amaçlayan çalışma, özellikle uluslar arası hukukun niteliğine ilişkin kabuller üzerinde yeniden düşünmemizi gerektirmektedir. Hukukla çıkar arasındaki güçlü yapısal ilişkiler, gerek ulusal gerekse uluslar arası alanda tesis edilmeye çalışılan düzene, birde çıkar ilişkilerinin aracı olarak hukukun penceresinden bakmamızı zorunlu kılar. Bu bakış açısına, özellikle emperyal söylemlerin aracı olarak hukukun üstlendiği işlevleri görmek için ihtiyacımız olacaktır.

Basit toplumlardan, hukuk konusunda öğrendiğimiz bilgilerin iki tanesini hemen başlangıçta belirtmek istiyorum. Bunlardan ilki hukukun, toplumsal bütünlüğü koruma işlevini yürütürken, bütünlük dışında kalan ve o toplumun yabancı veya düşman olarak tanımladığı insanların en temel değerlerine bile kayıtsız kalabilmesidir. Basit toplumlarda, kabile veya şefliğe akrabalık bağlarıyla bağlı olmayanların, sıradan suçlarda bile ağır şekilde cezalandırılmaları veya ağır tazminatlara çarptırılmaları buna örnek olarak verilebilir. Günümüze gelince; her türlü insan hakları söyleminin ağızlarda sakız olmasına rağmen, işgal edilen Irak'ta yüz binlerce insanın katledilmesi, Birleşik Devletler halkını çok rahatsız etmemiştir. Çünkü siyasal bütünlüğün dışında kalan insanlar için, hukukun koruma mekanizmaları devre dışı bırakılmaktadır. İkinci nokta, hukukun aynı siyasal bütün içinde yer alan insan gruplarına karşı yüklendiği işlevle ilgilidir. Birçok ilkel toplumda, hukukun en yüksek statüyü işgal eden şeflere bile eşit olarak uygulanacağı dile getirilse de, fiilen bunun mümkün olmadığını gösteren çok sayıda veri derlenmiştir. Toplumlarda, hiyerarşik bir tabakalaşma oluştuğunda hukuk, bütünü temsil etme işlevini bırakarak, hakim tabaka ve grupların söylemlerine hizmet etmeye başlamaktadır. Yine günümüze dönecek olursak, 1982 anayasası, eşitliği defalarca vurgulamasına, hiç kimseye imtiyaz tanınmayacağını söylemesine rağmen, belirli bürokratik gruplara son derece geniş imtiyazlar tanımıştır. Ayrıcalıklar, bu grupları adeta birer kast haline dönüştürmüştür. Unutmayalım ki bu ayrıcalıklar hukuk adına ve anayasa tarafından verilmiştir.

Genelde antropolojinin özelde ise hukuk antropolojisinin ülkemiz açısından geç keşfedilmiş bir alan olması, başta kaynak azlığı olmak üzere birçok sıkıntının göğüslenmesini zorunlu hale getirmiştir. Yabancı dilden literatürün takibi ise kendine özgü sorunlar taşımaktadır. Temel antropoloji terimlerinin Türkçe karşılıklarının bulunması, bahsedilen zorluklardan biridir. Yine kavram ve terimlerde yeknesak kullanımın sağlanamamış olması da anılan zorlukların devamı niteliğindedir.

Olumsuzlukların yalnızca bilim seviyesinde olmadığı da zikredilmelidir. Boğaziçi Üniversitesi, Orta Doğu Teknik Üniversitesi ve Ankara Üniversitesi S.B.F. kütüphanelerinin, dışardan gelen öğrencilere, İstanbul Üniversitesi merkez kütüphanesiyle, Hukuk Fakültesi kütüphanesinin, kendi öğrencilerine sunduğundan daha iyi hizmet verdiğini üzümlere belirtmeliyim.

Her şeye rağmen, antropoloji literatürüne bütünüyle yabancı değiliz. Sabırlı çalışmalarıyla yolumuzu açan, bize öncülük eden, bir kaçının öğrencisi olma onurunu taşıdığım bilim adamları var. Tezdeki emeklerinden önce, antropoloji alanında çalışmayı mümkün kıldıkları için, kendilerine şükranlarımı sunmayı bir görev kabul ediyorum.

Çalışma boyunca titiz ve içten yardımlarıyla beni destekleyen, gerekli uyarıları yapan, metni defalarca okuyarak sabırla düzelten, tez danışmanım Doçent Dr. Mehmet Tevfik Özcan'a, yüksek lisans tezinden sonra, hukuk antropolojisi alanında çalışmam için beni teşvik eden, kaynaklara ulaşmam konusunda yardımlarını esirgemeyen, tezin son şeklini okuyarak değerli görüşlerini sunan Prof. Dr. Cemal Bâli Akal'a, kısa bir süre tez danışmanlığımı üstlenen ve tez takip jürimde bulunan Doçent Dr. Oktay Uygun'a ve Prof. Dr. Rona Serozon'a bir kez daha teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	III
ABSTRACT.....	IV
ÖNSÖZ.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VII
GİRİŞ.....	1

I. BÖLÜM: İLKEL TOPLUM ÜZERİNE

A) İlkel Toplum Ölçütleri.....	5
B) Toplumsal Örgütlenme Biçimleri.....	6
1. Hısımlık Grupları.....	6
a) Soy (Lineage).....	6
b) Sib.....	6
c) Fratri (Phratry).....	7
d) Yarım (Moeity).....	7
e) Klan (Clan).....	7
2. İlkel Toplumda Siyasal Örgütlenme.....	7
a) Oba (Band).....	7
b) Kabile (Tribe).....	10
c) Şeflik (Chieftainship).....	12
d) Devlet (State).....	14

II. BÖLÜM: İLKEL TOPLUMDA ÇATIŞMA..... 19

A) Çatışma Kaynakları.....	22
1. Tabii Kaynaklar Üzerindeki Mülkiyet Sorunu.....	23
2. Menkul Mallar Üzerindeki Mülkiyet.....	29
3. En Sık Rastlanan İhtilaflar.....	33
a) Cinayet.....	34
b) Tecavüz.....	36
c) Zina.....	38

d) Nas-ı Izrar.....	40
e) Hırsızlık.....	40
f) Büyü.....	42
g) Ensest.....	45
B) Çatışmanın Çözümü.....	47
1. Olumlu ve Olumsuz Yaptırımlar.....	49
2. Yaygın ve Örgütlü Yaptırımlar.....	49
a) Yaygın Yaptırımlar.....	49
b) Örgütlü Yaptırımlar.....	50
3. Yaptırımların Sınıflandırılması.....	51
a) Bedeni Cezalar.....	52
b) Mali Cezalar.....	53
c) Modern Kanunlarda Cezalar.....	54

III. BÖLÜM: İLKEL TOPLUMLARDA HUKUK

A) Hukukun Tanımı Temel Öncülleri ve Amaçları.....	59
B) Hukuk ve Cebir.....	73
C) Cebrin Niteliği.....	75
C) Kamu Hukuku – Özel Hukuk Ayırımı.....	78
D) Modern ve İlkel Usûl Hukuku Arasındaki Paralellikler.....	90
1. Elkoyma (Müsadere).....	93
2. İhkak-ı Hak	94
3. Güreş Müsabakası/ Yargılaması.....	94
4. Şarkı Düellosu.....	96
5. Tabiat Üstü Güçlere İnanç.....	97
6. Yemin.....	108
7. Suç Sınaması (Ordeals).....	112
a) Sıcak Bıçak Yargılaması.....	113
b) Köpek Balığı Testi.....	113
c) Dayak ve Bedeni Zorlamalar.....	114
d) Kpesiye.....	114
e) Zehirli İçkiyle Yargılama.....	114

IV. BÖLÜM:

HUKUKUN UYGULANMA BİÇİMİ OLARAK KARŞILIKLILIK İLKESİ

A) Toplumsal Yapı.....	117
B) Toplumsal Yapının Temeli Olarak Karşılıklılık İlkesi.....	119
1. Genelleştirilmiş Karşılıklılık.....	121
2. Dengelenmiş Karşılıklılık.....	122
3. Negatif Karşılıklılık.....	122
C) Aile Kendine Karşı Hareket Edemez/ Genelleştirilmiş Karşılıklılık.....	132
1. Meşru Hırsızlık Olarak Kufunda.....	136
2. İlkel Toplum Penceresinden Ötenazi.....	137
3. Günümüz İçin Küçük Bir Parantez.....	138
D) Kim Öldürmüştü Öldürülmelidir/ Dengelenmiş Karşılıklılık.....	140
1. Lex Talionis Kuralı ve Sınırlamaları.....	145
2. Lex Talionis ve İnançlar.....	149
3. Zararın Bir Tazminatla Karşılanması.....	150
E) Yabancı Düşmanlığı ve Negatif Karşılıklılık.....	152
SONUÇ	163
KAYNAKÇA	174
ÖZGEÇMİŞ	186

GİRİŞ:

Antropoloji çalışmaları, çatışma ve ihtilafın hemen hemen tüm insan toplulukları için evrensel nitelikte olduğunu göz önüne sermektedir. Tüm insan topluluklarında gözlemlenmesi bu olgunun, insan kültürü için en az cinsiyet kadar temel bir unsur olduğu iddiasının dile getirilmesine sebep olmuştur.¹ Bizler ihtilaf ve çatışmanın olmadığı hiçbir toplumu tanımıyoruz.² Çünkü kültürel örüntüler aracılığıyla işleyen kontrol şekilleri dışında, toplumsal ahlaka ya da yasalara itaati temin edecek hiçbir içgüdü yoktur.³ Hukuk, evrensel nitelikli bu olgunun yok edilemeyeceği gerçeği üzerine inşa edilmiştir. İnsan toplulukları, çatışmalardan arınmanın imkansız olduğu gerçeğiyle yüz yüze kaldıklarında, tam baskılama veya tamamen toplum dışına çıkarılması, bütüncül bir anarşiye yol açacağından, çatışmaları denetim altına alma ve yönlendirme yolunu seçmişlerdir.

Şartlar ne olursa olsun, anlaşmazlıkların çözümünü, üyelerine bırakan büyük toplumların dağılması kaçınılmaz olduğu için,⁴ en ilkel şartlarda yaşayan Andaman adası yerlilerinden, modern Avrupa dahil tüm insan toplumları bu olguyla baş etmek için çeşitli mekanizmalar geliştirmiştir. Denetim mekanizmalarının genel hatları benzerlikler taşımasına rağmen, antropoloji bize hukuk sistemlerinin tamamının temellerini biçimlendirecek mutlak doğrular ve yanlışlar olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla hukuk mekanizmaları evrensellik ve tüm toplumları ve kuşatma söylemlerine rağmen içinde buldukları toplumların inanç ve değerlerinden çok fazla etkilenmektedir. Bunun doğal sonucu hukukun, yerel bir bilgi olarak kalmasıdır.⁵ Buradan, tüm toplumlar için geçerli doğru ve yanlış kavramlarının olamayacağını, dolayısıyla kuralların evrensel nitelikten mahrum olduğunu ileri sürebiliriz. Örnek vermek gerekirse, günümüz toplumlarında kanunlarla koruma altına alınıp, en temel değer olarak, kutsallıkla kuşatılan vatan toprağı, bir başka toplum üyesi için mesela avcı-göçebe Kalahari çölü yerlileri için hiçbir anlama sahip olmayabilir. Bunun gibi kimi toplumlar zinayı, çok ağır bir suç olarak değerlendirip faili ölümle cezalandırırken, kimileri de yalnızca tazminatın yeterli olduğunu kabul edebilir. Buradan her toplumun, yapısal ilişkilerinin,

¹ P. Bohannon, **Law and Warfare**, s. XI, The Natural History Press, New York, 1967

² A.L. Epstein, "The Case Method in the Field of Law," s.206, **The Craft of Social Anthropology**, Tavistock, London, 1967

³ E. Adamson Hoebel, **Anthropology, The Study of Man**, s.500, McGraw-Hill, New York, 1972

⁴ J. Diamond, **Tüfek, Mikrop ve Çelik; İnsan Topluluklarının Yazgıları**, s. 384, Çev.: Ülker İnce, Tübitak, Ankara, 2003

⁵ C. Geertz, **Local Knowledge, Further Essays in Interpretive Anthropology**, s. 215
Basic Books, U.S.A. 1983,

kültürel genişlemesinin ve çevreye intibak stratejilerinin bir sonucu olarak, farklı değerlere, dolayısıyla farklı hukuk kurallarına sahip olduğunu söyleyebiliriz. Öte yandan insanın temel biyolojik ve genetik özellikleriyle, benzer toplumsal ihtiyaçları, farklı toplumlarda benzer düzenlemelerin yapılmasını dolayısıyla benzerliklerin oluşmasına yol açar.⁶

İlkel toplumların bizimkinden farklı olarak bütüncül bir kültürden yoksun olmaları özgün insan doğasına daha yakın oldukları anlamına gelmez.⁷ Buna rağmen antropolojinin bize sunduğu bilgiler, yalnızca ilkel toplum hakkında değil genelde insan toplumunun doğası hakkındadır.⁸

İlk bakışta göze çarpan şey genelde çatışmanın özelde ise norm ihlallerinin çözümü için ortak çizgilere sahip mekanizmaların kullanıldığı gerçeğidir. Şayet ihtilaf, toplumsal bütünlüğün içinde yer alan özneler arasında geçiyor ise kişisel insiyatiften hakeme daha sonra mahkemelere kadar uzanan bir dizi barışçı mekanizmalarla çözüme kavuşturulur. İhtilafların çözümünde iki ana usûl bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kişinin akraba gurubunca desteklendiği, karşı tarafa cebir uygulama gücünün gösterildiği “Müzakere usûlüdür.” Bu usûl, standart kurallara ve önceki ihtilaflara daha az atıfta bulunur; çözüm tarafların güç dengelerine göre değişken olacaktır. İhtilafların çözümünde diğer temel usûl “yargılamadır.” Yargılamayı yapanlar ya iktidarın bizzat kendisidir ya da iktidarın temsilcileridir. Dolayısıyla taraflardan üstün, kararları bağlayıcı çoğu zaman zorlayıcı bir konumda bulunur. Soyut ve standart kurallara müracaat etme önceki usûle göre çok daha fazladır. Yargılama, iddiaların dile getirilmesinden karar oluşum sürecine kadar daha fazla açıklık sunar.⁹ Bu tür ihtilaflarda, önceden öngörülen kurallara göre, toplumun tasvip edip benimsediği usûller dikkate alınarak taraflar için tatmin edici bir sonuç alınmaya çalışılır. Amaç toplumsal bütünlüğün iç düzeninin zarar görmeden ihtilafın çözülmesidir. Hukuk Antropolojisinin asıl konusunu toplumsal düzeninin tesisine yönelmiş bu tür usûl ve mekanizmaların oluşumu, işlevi ve dönüşümünü açıklığa kavuşturmak oluşturur. Tüm bu mekanizmalar en yetkin halini modern hukuk sistemlerinde bulur. En geniş ve kapsamlı halinde bile hukuk, bir siyasal bütünlüğün iç düzenini temin etmekten, çatışmaları barışçı yollarla çözüme kavuşturmaktan öteye gitmez. Öte yandan hukuk, toplumlar veya siyasal bütünler arasındaki çatışmaların çözümünde çok daha az belirleyici ve işlevseldir. Bir açıdan dış diyebileceğimiz bu alana geçtiğimizde, hukukun yerini diplomasi ve savaşın aldığını görmekteyiz. Diplomasi, bağımsız siyasal bütünler arasındaki ihtilafların sonuçlandırılmasında barışçıl usûllerin kullanılmasını içerir. Bu noktadan sonrası, ilişkilerde her türlü kuralın ve tabi ki hukukun en az seviyede

⁶ E.R. Service, **The Hunters**, s. 2, Prentice Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey, 1979

işlevsel olduğu savaş halidir. Savaş ve buna bağlı ilişki biçimleri hukuki çözümleri dışlamaları veya asgari seviyede hukuk içermeleri nedeniyle konumuz dışında kalacaktır.

Çalışma, genel bilgi mahiyetinde olan ilkel toplum ölçütlerinin ve soy gruplarının açıklanmasıyla başlamaktadır. Basitten karmaşığa doğru toplumsal örgütlenme formları olan oba, kabile, şeflik ve devletin genel hatlarını gösteren bilgiler verildikten sonra, soy, klan, sib gibi tezde sık kullanılan kavramalar açıklanmış daha sonra da insanlığın her zaman yüz yüze bulunduğu çatışma sorunu ele alınmıştır. Tabii kaynakların kullanımı ile kişisel kullanıma hasredilmiş menkul mallar üzerindeki haklar ayrı başlıklar halinde incelenmiştir.

Daha sonra cinayetten, hırsızlığa tecavüzdense kadar bir dizi ihtilaf ve bunların çözüm yolları, içinde geçtiği toplumsal bütünle birleştirilerek anlatılacaktır. Toplumun, düzeni sağlamak için oluşturduğu denetim mekanizmasının genel çizgileri ayrı bir başlık altında incelenecektir. Yaptırımların, toplumsal yapıyla ilgisi kurulduktan sonra, kişilere yönelik tüm yaptırımların genel bir şeması verilecektir.

Bunu izleyen bölüm hukukun farklı tanımlarına ayrılmıştır. Yazarlara göre değişen tanımların, ilkel toplumda hukukun varolup olmadığı sorusuyla çok yakından ilgili olduğu görüldükten sonra hukuk-devlet- siyasi iktidar ilişkisini anlama çabasına girilmiştir. Hukuk ve cebir ilişkisi tartışılırken, konunun sınırlarının ne kadar belirsizlikler taşıdığı ortaya çıkar. Toplumların hukuk anlayışlarının sahip oldukları, kültürel öncüller, toplumsal yapı ve inançlarca belirlendiğini gösteren sayfaları kamu hukuku – özel hukuk ayırımının kökenlerine inildiği bölüm izleyecektir. Masumiyet karinesinden, hakimlerin tarafsızlığına kadar bir dizi temel hukuk kavramının, ilkel hukuktaki benzerlerine yer verilerek modern hukukla paralellikler kurulduktan sonra, hukukun kültürel yanının ağır bastığı örneklere geçilecektir. İkel hukukun çözüm usûlleri olan suç sınamasından, tabuya, şarkı düellosundan güreş müsabakasına kadar birçok uygulama, sahip olunan inançların hukuk anlayışını ne kadar derinden etkilediğini göstermek için sunulmuştur. Özellikle Afrika toplumlarında görülen suç sınama (ordeals) usûlleri, hukukun evrensel olma iddiasının ne kadar zayıf kaldığına işaret edecektir.

Tezin temel hipotezi dördüncü bölümde ortaya konacaktır. Bu bölüm toplumsal yapı kavramının açıklanmasıyla başlayıp, yapının temeli olan karşılıklılık ilkesiyle devam eder. Ana hatlarıyla söylemek gerekirse, toplum içinde ve toplumlar arasında mal akışını

⁷ M. Şerif, *Sosyal Kuralların Psikolojisi*, Çev.: İsmail Sandıkçioğlu, Alan Yayıncılık, İstanbul, 1985

⁸ E. Evans Pritchard, *Sosyal Antropoloji*, s.141, Çev.: Fuat Aydın- Murat İnce-Muharrem Kılıç, Birey, İstanbul, 2003

⁹ P.H. Gulliver, *Introduction to Case Studies of Law in non-western Societies*” s. 17-19, *Law in Culture and Society*, Ed. By.,Laura Nader, University of California Press, California, 1997

düzenleyen karşılıklılık ilkesinin üç temel formu vardır. Aynı ayrı incelenen bu formların, yalnızca malların mübadelesini değil aynı zamanda hukukun nasıl uygulanacağını da belirleyen temel ilke olduğu gösterilmeye çalışılacaktır. Sahlins'in mal mübadelesini açıklamak için kullandığı üç ayrı alan muhafaza edilerek, toplumların temel ilkeleri ifade etmek için kullandıkları vecizeler, hukukun ayrı uygulanma biçimlerine başlık olarak seçilmiştir. Örneğin "aile kendine karşı hareket edemez" başlığı altında incelenen bölüm, Sahlins'in, genelleştirilmiş mübadele başlığı altında incelendiği alana denk düşer. Hane halkı ve en yakın akrabaları kapsayan daire, birçok durumda işlenen suçları karşılıksız bırakmaktadır. Cezalandırmada ki isteksizlik, mal akışındaki karşılıksız vermenin muadili bir dayanışma ruhunu ortaya koyar. Bu bölüm mal mübadelesiyle, hukukun uygulanması arasındaki sıkı irtibatı gözler önüne sererken bir başka soruyu gündeme getirmektedir. Soru, ilkel toplumlarda mal akışıyla somut hale gelen ama genel olarak çıkar ya da menfaat ilişkilerinin hukukun biçimlenmesindeki asli rolünün sorgulanmasına ilişkindir. Toplumların görmezlikten geldiği ya da çok ağır şekilde cezalandırdığı suçların yakından incelenmesi, tutumun kökeninde, mevcut ya da muhtemel çıkarların yattığını göstermektedir. Burası adaletin ya da hukukun evrenselliği temasının çözülmeye başladığı yerdir. Evrensel olan, tüm insanlara tarafsız ve eşit uygulanan hukuk kuralları değildir. Aksine hukuk, çıkar hesaplarının gereklerine uygun şekilde biçimlendirilmiş bir yapıdır. İkel toplum, kendini akrabalık ilişkileri aracılığıyla ifade ettiği için görünüşte hukuk da akrabalık yapısının bir fonksiyonu olarak karşımıza çıkar. Ancak görüntüye aldanmadan yapısal ilişkiler derinlemesine incelendiğinde, akrabalığın da karmaşık çıkarların düzenlenmesinin bir aracı olduğu görülür. Bize düşen görev, ilkel toplumun hukukla çıkar arasında perde olarak kullandığı akrabalık yapısını kaldırmaktır. Bu yapıldığında, çıkar ilişkilerinin hukukun birincil belirleyicisi olduğu görülecektir. Sonuç olarak toplumların, çıkarlarını önceleyen yapılar sergilemeleri açısından bir evrenselliğe sahip olduklarını, adaletin yerine de çıkarın ikame edildiği bir hukuk anlayışının benimsendiğini görüyoruz.

Çalışmada mümkün olduğunca fazla yazardan faydalanılmaya özen gösterilse de, dilimizde yayınlanmış eserler göz önünde tutulduğunda genelde antropolojinin özelde ise hukuk antropolojisi literatürünün çok sınırlı olduğu, tezin başlıca açmazlarından birinin de bu sınırlılıktan doğduğu kabul edilmelidir. Türkçe'de konuya ilişkin özgün eserlerin bir elin parmaklarını geçmemesi yalnızca kaynak sorunu açısından değil aynı zamanda farklı bakış açılarına dayanan yaklaşımları elde etmek için de engel teşkil etmektedir.

I. BÖLÜM: İLKEL TOPLUM ÜZERİNE

A) İLKEL TOPLUM ÖLÇÜTLERİ:

İlkel toplumları tanımlamamıza yardım edecek birçok kıstas bulunmaktadır. Nüfusun azlığı, basit bir ekonomi ve teknoloji,¹ toplumsal işbölümünün zayıf oluşu,² yazının ve devletin yokluğu³ ilk akla gelen ölçütlerden bazılarıdır. Birçok yazar “doğaya sıkı sıkı bağlılık,” “kolektif düşünce tarzı,”⁴ gibi farklı ölçütleri de kullanmaktadır. Yanlış olmakla birlikte ilk gözlemciler ilkel insanların din ve kutsaldan yoksun olduklarını da⁵ ileri sürmüşlerdi. Bu toplumların da sanayileşmiş batılı uluslar kadar eski bir tarihe sahip olduklarını⁶ ama yazının eksikliği nedeniyle bu insanların tarihlerinin bilinemediğini⁷ belirtmemizde yarar var.

Yukarıdaki ölçütlerin, şaşmaz biçimde belli toplum türlerine işaret ettiği düşüncesi yerine, her bir ölçütün önemli oranda izafi olduğu ve bu nedenle diğer ölçütlerle desteklenmesi gerektiği kabul edilmelidir. Şayet tek bir ölçütle tanımlamak zorunda bırakılsaydık, siyasal ve toplumsal örgütlenmesini mülkilik prensibi yerine “akrabalık” esasına dayandıran toplumların ilkel toplumu oluşturduğunu söyleyebilirdik.⁸ Buradaki “akrabalık” terimi hem aynı soydan gelenlerin kan bağına dayalı akrabalığını hem de evlilikler yoluyla sonradan oluşan hısımlığa dayalı akrabalık ilişkilerini içermektedir. Yetersiz nüfus ve buna bağlı olarak toplumsal işbölümünün gelişmemiş olması da çok önemli bir ölçüt olmakla birlikte biraz sonra göstereceğimiz gibi nüfusu milyonlara ulaşan örneklerin bulunması nedeniyle bu ölçüt yeteri kadar açıklık sağlamaktan uzaktır.

Birer ilkel toplum örneği sayımasak da antropoloji literatüründe sık sık adı geçen Meksika, Arnavut ve Filipin toplumlarının yazıya sahip olmaları “yazı” kriterinin izafiliğini,

¹ C. Lévi-Strauss, **Structural Anthropology**, s. 101, Volume: 1, Translated: Claire Jacopson – Brooke Grundfest Schoepf, Penguin, reprinted, London, 1993

² Evans Pritchard, **Sosyal Antropoloji**, s.16

³ M. Abélés, **Devletin Antropolojisi**, s. 65, Çev.: Nazlı Ökten, Kesit, İstanbul, 1998. Clastres, toplumları radikal biçimde tek ölçütle sınıflandırır: Devletsiz ve Devletli toplumlar. İlkel toplumlar, insanların hükmedenler ve hükmedilenler olarak iki karşıt gruba ayrılmasına izin vermeyen, devletsiz toplumlardır. P. Clastres, **Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu, Siyasi Antropoloji Araştırmaları**, s. 105, Çev.: Alev Türker-Mehmet Sert, Ayrıntı, İstanbul, 1992

⁴ S.V. Örnek, **100 Soruda İlkelerde Din, Büyü, Sanat Efsane**, s. 8, Gerçek, İstanbul, 1988

⁵ B. Dé Las Casas, **Kızılderililer Nasıl Yok Edildi ?**, s. 25, Çev.: Meryem Ural, Şule, İstanbul, 1997.- Clastres, **op. cit.**, s. 67

⁶ Evans Pritchard, **op. cit.**, s.16

⁷ Lévi-Strauss, **op. cit.**, s. 101, Volume1. - C. Lévi-Strauss, **İrk, Tarih ve Kültür**, s. 32, Çev.: Haldun Bayrı, Reha Erdem, Arzu Oyacıoğlu, Işık Ergüden, Metis, İstanbul, 1997

⁸ N. A. Chagnon, **Yanomamö, Savaş Doğanlar**, s. 67, Çev.: Burcu Bölükbaşı, Epsilon, İstanbul, 2004

Andora, Monako, Lihtenştayn gibi nüfusu çok az olduğu halde günümüzde Devlet olarak tanınan ülkelerde nüfus ve Devlet kriterlerinin izafiliğini ortaya koymaktadır. Lévi-Strauss'a göre Antik Meksika "yazısız" bir toplum olmasına karşın ekonomiden siyaset felsefesine kadar tüm toplumsal yapısı "basit" nitelenmesine uymamaktadır.

B) TOPLUMSAL ÖRGÜTLENME BİÇİMLERİ:

Alt başlığın birinci bölümünde, akrabalık örgütlenmesinin temel yapısını oluşturan kavramlar açıklanacaktır. Özellikle hukuk kurallarının farklı uygulanma gerekçeleri açıklanırken, karşımıza sık sık çıkan soy, klan gibi kavramlar, tazminat miktarından cezaların ağırlığına kadar birçok noktada belirleyici oldukları için, temel hipotezin kavranması, hısımlık gruplarının nasıl oluştuğunun iyi bilinmesine bağlı olarak değişecektir.

Şu hemen belirtmelidir ki ilkel topluma ilişkin temel sınıflandırma, soy grupları üzerinden değil, toplumsal yapının kırılma noktalarına denk gelen ve her biri siyasi iktidardan, hukuka, ekonomiden dine kadar bir dizi farklılaşmanın açıkça görülebildiği siyasal ölçütlere göre yapılacaktır. Önce çok kullanılan ve en işlevsel olan temel akrabalık kavramlarına bir göz atalım.

1. HISIMLIK GRUPLARI:

a) Soy (Lineage): Üyelerin müşterek kan bağı, ortak ataya kadar tek yanlı soya dayanarak sayabildikleri gruplardır.⁹ Üyelik doğumla kazanılıp, ölümle sona erdiği için, kişilerin ölüm ve yer değiştirmesine rağmen soy, nesnel varlığını sürdürmeye devam eder.¹⁰

b) Sib : Aynı kökten geldiklerine inanan ama gerçekte soy çizgisi ortak kökene kadar izlenemeyen tek yanlı soy çizgisine dayalı akraba grubudur.¹¹ Özcan'a göre, Sib'i, soydan ayıran özellik, ortak kökene ulaşmanın imkan dahilinde olmaması nedeniyle, birden fazla soy grubunun aynı sib'de bulunabilmesidir.¹²

⁹ L. Pospisil, *The Kapauku Papuans of West New Guinea*, s. 100, Holt Rinehart and Winston, New York, 1963

¹⁰ M. Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol, Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk*, s. 101, Özne, İstanbul, 1998- C.P. Kottak, *Antropoloji, İnsan Çeşitliliğine Bir Bakış*, s. 295, Çev. Edit., Sibel Özbudun, Ütopya, Ankara, 2001

¹¹ Pospisil, *The Kapauku*, s. 101

¹² Özcan, *İlkel Topumlarda*, s. 101

c) Fratri (Phratry): Müşterek bağlara sahip olduğuna inanan, çok sayıda sib'in oluşturduğu gevşek bir birliktir.¹³

d) Yarım (Moeity): Bir toplumsal grubu oluşturan iki parçadan her birine verilen addır. Yarım'lar, gerçekte olmasa da aynı soydan geldiklerini kabul eder.¹⁴

e) Klan (Clan) : Tüm üyelerin tek soydan geldiği kabul edilen, dışevlilik kuralına sadık kalarak evlenen gruptur. Belirli bir bölgede yerleşik olmaları, klanları sib'den ayırır.¹⁵

2. İLKEL TOPLUMDA SİYASAL ÖRGÜTLENME:

Belirli görevliler eliyle yürütülsün ya da yürütülmesin her toplumun farklı biçimlerde olsa da bir siyasal örgütlenmeye sahip olduğunu biliyoruz.¹⁶ En ilkelden günümüz toplumlarına kadar tüm insan topluluklarını nüfus, katmanlaşma din yerleşim vs. ölçütlerine göre değerlendiren Diamond, dört temel toplum türüne ulaşmıştır.¹⁷ Dikkatli bir bakış, aşağıdaki ayrımın toplumları kesin hatlarla ayırmaktan uzak olduğunu gösterir. Bir toplum türü için sayılan özelliklerin, genel çizgileri yansıttığı kabul edilerek, her zaman istisnalarına rastlanabileceği unutulmamalıdır. Aşağıda bu toplumlara ilişkin temel çizgiler sunulmuştur:

a) Oba (Band) :

Nüfusu yüzden az, çoğunlukla 25-40 arası kişiden oluşan yerleşik olmayan göçebe toplumlardır.¹⁸ Gıda üretiminde doğrudan doğruya tabiata bağlı olan avcı-toplayıcılar takımlar halinde yaşar.¹⁹ Nüfusun görece azlığı, kabile ve şefliklerin temel yapısı olan klan ve soy örgütlenmesinin burada oluşmasına izin vermez. Bir obanın tanımlanması, sınırların son derece bulanık olması yüzünden bir hayli zordur; obayı, içevlilik yasağı çerçevesinde birbiriyle evlenemeyecek kadar yakın ilişkilere sahip kişilerin oluşturduğu bütün veya toplayıcılık yaptıkları alanların sınırlarının farklılaşması sayesinde diğerlerinden ayrılan insanlar şeklinde tanımlamak mümkündür.²⁰ Belli bir bölgeyi mekan edinmeleri, genellikle

¹³ Pospisil, *The Kapauku*, s. 101

¹⁴ Özcan, *İlkel Toplumlar*, s. 102

¹⁵ *Ibid.*, s. 102

¹⁶ Abélés, *op. cit.*, s.10,

¹⁷ Diamond, *op. cit.*, s. 361

¹⁸ J. Fried- J.E. Pfeiffer, *The Study of People*, s. 485, Harper and Row Publishers, Inc. New York, 1977

¹⁹ Kottak, *Antropoloji*, s.268-273, Türkçe "Oba" teriminin çoğunlukla İngilizce *band* ve *horde* sözcüklerinin karşılığı olarak kullanıldığını belirtelim. M. Cemal, *Eşitlikçi Toplumlar*, s.146, Belge, İstanbul, 1996

²⁰ Service, *op. cit.*, s. 5

kardeşler ve onların ailelerinden oluşmaları buna rağmen bir soy örgütlenmesi oluşturmamaları belli başlı özellikleridir.²¹ Tabii kaynaklardan yararlanma metotları kadar, bu toplumların dayandığı örgütlenme ilkesi yani akrabalık yapıları da doğası gereği nüfus ve büyüklük üzerinde bir üst sınır getirecektir.²²

Nüfuslarını denetim altında tutukları sürece, günde birkaç saatlik çalışma karşılığında kendilerini rahatça besleyebilecek gıdaları temin edebilirler. Araç gereçlerin yetersizliğine ve basit teknolojilerine rağmen avcı-göçebeler çok az çalışır. Kung ve Hadza gibi bazı avcı-toplayıcıların verimlilikleri bahçecilik yapan toplumlardan daha yüksektir. Günde dört saatten az çalışma hayatlarını sürdürmek için yeterlidir.²³ Kalahari çölü Buşmanları da gıda sıkıntısı çekmeden görece rahat bir hayat sürdürmektedir.²⁴ Bu konuda Sahlins'in yorumu oldukça dikkat çekicidir; "Günümüz teknoloji çağında açlık bir kurumdur. Kültür evrimi ile birlikte açlık miktarı izafi ve mutlak olarak artmaktadır."²⁵ Sanılanın aksine ilkel kabul edilen insanlar değil, modern toplumlar üyelerini beslenme ve fakirlik sorunuyla baş başa bırakmaktadır. Çünkü fakirlik ne az sayıda eşyaya sahip olmak ne de amaçlarla araçlar arasındaki ilişkidir. Toplumsal bir statü olarak o, medeniyetin bir icadıdır.²⁶

Toplumsal yapının temel taşıını oluşturan göçebelik, bir yandan grubun dayanışmayı mümkün kılan kardeş ailelerinden oluşmasına, diğer yandan serveti, taşınması külfetli bir yük haline getirmesi nedeniyle eşitlikçi yapıya hizmet eder.²⁷ Servete dayalı farklı sınıflar oluşmamıştır. Çünkü göçebe hayat tarzı, servet birikimine dayalı toplumsal katmanlaşmayı imkansız hale getirir. Eskimolar hariç, tüm avcı-toplayıcıların göçebe hayat tarzına sahip olması, değerli eşyanın taşınmasını zorunlu kıldığı için, basitlik ve zayıflık ayrılmaz bir nitelik olarak toplumsal yapıya eklemlenir.²⁸ Bu sebeple toplumsal, cinsel ve siyasal eşitliğin titizlikle korunduğu, köleliğin yadsındığı ilişki biçimleri öne çıkmıştır. Az miktarda statü farklılaşması yaş ve cinsiyete bağlı olarak görülür.²⁹ Andaman adası yerlileriyle, Afrika Buşman ve Kung toplumlarında eşitlikçi yapının doğal bir sonucu olarak reis vb. olmadığı gibi böyle bir iddiaya sahip olan kişiler güçlü bir nefretle karşılanır.³⁰ Resmi ve kurumsal bir

²¹ Cemal, *op. cit.*, s.146

²² Chagnon, *op. cit.*, s. 164

²³ Service, *op. cit.*, s. 11-12 - M. Sahlins, *Stone Age Economics*, s. 17, Aldine Publishing Company, Chicago, t.y.

²⁴ M. Harris, *Yamyamlar ve Krallar, Kültürlerin Kökleri*, s.26, 29, Çev., M. Fatih Gümüş, İmge, Ankara, 1994. - Sahlins, *Stone Age*, s. 23

²⁵ Sahlins, *Stone Age*, s. 36

²⁶ *Ibid.*, s. 37

²⁷ Cemal, *op. cit.*, s.147

²⁸ Service, *op. cit.*, s. 4,72

²⁹ Chagnon, *op. cit.*, s. 275 - Service, *op. cit.*, s. 50

³⁰ J. Zerzan, *Gelecekteki İlkel*, s. 28-30, Çev., Cemal Atila, Kaos, İstanbul, 2000

liderlik olmadığı için grubun faaliyetlerine göre yetenek ve liderlik vasıflarına sahip üye, diğerlerinin rızasını alarak önderlik yapacaktır. Bir faaliyette önder olan kişi, diğerinde önderi takip eden, yönetilen biri olur. Bu durum özgün bir iktidar ilişkisi doğurur – şayet iktidar ilişkisi olarak görülürse-; hiç kimse mutlak manada zayıf ya da iktidar sahibi değildir.³¹ Busama yerlileri lideri “etin güzel kısmını başkalarına dağıtan kendisine ise kemiği ayıran” kişi olarak tanımlar. Lider, kırıntılarla idare etmesini bilen kişidir.³² İlerde değinilecek olan şefler, toplum büyüdükçe ortaya çıkmakta ve yerliler tarafından çok daha farklı biçimde tanımlanmaktadır.

Aile, grubun düzenini sağlayan yüz yüze ilişkileri içeren ve sürekliliği olan tek örgütlenmedir. Kararlar tüm üyelerin katılımıyla alınır. Akrabalık, ilişkilerin rengini belirleyen hakim yapıdır. Toplumsal katmanlaşmanın yetersizliği, bu yapılardan beslenen belli bir dinin ya da ideolojinin niçin bu toplumlarda daha az etkin olduğunu kolayca açıklar. Belli bir din görevlileri sınıfı, tapınak vb. ibadet yerleri bulunmaz. Özellikle Güney Amerika yerlilerinin inançları, bir tanrı inancına yer vermediği için, tanrı gölgesinin, temsilciler aracılığıyla topluma düşmesi söz konusu bile olmaz.³³ İnançlarının özünde tanrılar değil ruhlar vardır.³⁴ Picon, İran Basseri’leri gibi göçebeler için dinsiz veya dinselliği az toplum denemeyeceğini olsa olsa bu toplumlarda ritüel ve simgesel tutumların, kendilerini ifade ediş biçimlerinin, yerleşik toplumlardan daha farklı olduğundan bahsedebileceğini ileri sürmektedir.³⁵

Dobu halkı nüfusu elliye geçmeyen köylerde avcılık-bahçecilikle geçimini temin eden, politik örgütlenmeleri, şefleri ve dar anlamıyla yasaları bulunmayan bir halktır. Buna rağmen anarşi ve kargaşayı önleyen, kişileri ve aileleri kindarlık ve husumet duygularıyla bir araya getiren bir toplumsal yapılanmaları vardır.³⁶

Otoritenin belirsizliği, belirli bir iktidar tipinin olmayışı,³⁷ liderlerin iktidardan mahrum³⁸ yalnızca eşitler arasında birinci oluşu çatışmaların, resmi görevliler eliyle çözüme kavuşturulmasını engelleyen unsurlardır. İlkel siyasal sistem zora dayalı kurumları içermediği³⁹ için, liderlerin kuralları ihlal edenlere karşı yaptırım uygulama güçleri yoktur.⁴⁰

³¹ Service, *op. cit.*, s. 50

³² Sahlins, *Stone Age*, s. 249

³³ Clastres, *op. cit.*, s. 67

³⁴ J. G. Frazer, *Altın Dal*, s. 340-341, C. 1, Çev., Mehmet H. Doğan, Payel, İstanbul, 1991

³⁵ F.R. Picon, “Göçebelik,” s. 340, Çev., Yunus Koç, *Antik Dünya ve Geleneksel Toplumlarda Dinler ve Mitolojiler Sözlüğü*, Yöneten Yves Bonnefoy, Çeviri Ed. Levent Yılmaz, C. 1, Dost, Ankara, 2000

³⁶ R. Benedict, *Patterns of Culture*, s.121, Mentor Book, New York, 1952

³⁷ Picon, *Ibid.*, s. 340.- Service, *op. cit.*, s. 5,73

³⁸ P. Clastres, *op. cit.*, s. 106

³⁹ Abélés, *op. cit.*, s. 113

⁴⁰ C. B. Akal, *İktidarın Üç Yüzü*, s. 153, Dost, Ankara, 1998

Oba örgütlenmesi, gerek kendi içinde gerekse obalar arasında çıkan ihtilafların çözüme kavuşturulmasını sağlayacak kişi ve kurumlardan tümüyle yoksundur. Dolayısıyla yasa, sözleşme, polis ya da benzeri kurumlar oba örgütlenmesinde bulunmaz.⁴¹

b) Kabile (Tribe) :

Nüfus, biraz daha artarak yüzölçümü rakamlara ulaşmıştır. Göçebelik terkedilmiş ve bir köye yerleşmiştir. Akrabalık toplumsal yapının temel unsuru olurken, artan nüfusa paralel olarak klanlar belirmeye başlamıştır. Kişiler arasında eşitlik devam ettiği için toplum, katmanlaşma ve köleliğe henüz yabancıdır. Bürokrasi oluşmadığı gibi ekonomik uzmanlaşmayı sağlayacak şartlar da henüz yoktur. Rütbeli soylar ya da sınıflara rastlanmaz. Toplumsal konum babadan oğula geçmez.⁴² Din bir ideoloji olarak işlevsel değildir.

Avcılık- Toplayıcılık yanında bahçecilikte üretim biçimi olarak önem kazanmıştır. Kişiler günde yalnızca üç saat çalışarak tüm ihtiyaçlarını karşılayabilirler.⁴³ Ancak materyal kültür, servet birikimini mümkün kılacak şartlardan uzaktır. Dolayısıyla toplumsal katmanlaşma ve sınıflaşma emareleri henüz gözükmez. Buna rağmen mutlak bir eşitliğin bu toplumlara dahi uzak olduğu şu örnekle izah edilebilir; hemen hemen tüm üyeler benzer beslenme ve giyinme düzeyine sahip olmasına rağmen toplumsal hiyerarşide kimileri alt sıradadır; mesela Yanomamö'ler için "çiğneyecek tütünü olmayan kişi" fakir kabul edilir.⁴⁴

İhtilaflar, gayri resmi şekilde klanlar arasında yürütülen müzakereler aracılığıyla çözülmektedir. Taraflar arasında aracılık yapan, onları ikna eden fakat kararlarını destekleyecek araçlardan ve ceza uygulayacak güçten yoksun, sınırlı otoriteye sahip kişiler ortaya çıkmıştır.⁴⁵ Mesela Zuni'ler için "halkın lideri" olmak ya da iktidar peşinde koşmak anlaşılır şeyler değildir. Bu nedenle hakkı ihlal edilen kişinin, kendi gücüne dayanarak saldırganı cezalandırması, toplum için meşru davranış biçimi olmaya devam etmektedir.⁴⁶ Eşitler arasında birinci olan liderler, barışı tesis etmek için güçlü bir savaşçı olmak

⁴¹ Diamond, *op. cit.*, s. 361

⁴² *Ibid.*, s. 365-366. Diamond kabile toplumlarında köleliğin olmayışını, kölenin yapabileceği uzmanlık gerektiren işlerin yokluğuyla açıklamaktadır. Diamond'ın gerekçesi yanlış gözüküyor; bu toplumlarda köleliğin bulunmaması, işbölümü ve uzmanlığın yokluğundan değil – köleler çoğu zaman uzmanlık gerektiren işler yapmazlar- materyal kültüre bağlı olarak verimliliğin azlığına ve artı değer üretimindeki yetersizliğe bağlıdır. Bu tür toplumlarda köleler, tükettikleri kadar üretebildikleri için maddi anlamda yararlı değillerdir ve bu nedenle kurumsallaşmış bir köleliğe rastlanmaz. Kölelik kurumu, kölelerin kişisel ihtiyaçlarından fazlasını üretmeye başladığında yani artı değer üretebildiklerinde mümkün hale gelmiştir. Eski Mısır Yunan ve Roma toplumlarında kurumsallaşmış kölelik, uzmanlıktan çok tekdüze bedeni işlerin yapılmasında kullanılmıştır. V. Service, *op. cit.*, s. 56

⁴³ Chagnon, *op. cit.*, s. 42- Clastres, *op. cit.*, s. 22

⁴⁴ Chagnon, *op. cit.*, s. 147

⁴⁵ Kottak, *Antropoloji*, s. 297

⁴⁶ Akal, *op. cit.*, s. 153

zorundadır. Çoğu zaman fiilen güç kullanmak zorunda olduklarından vahşilikleri oranında ünlenirler.⁴⁷ Afrika Nuer toplumunun Leopar Derili Şefi⁴⁸ yahut Yanomamö reisi Kaobawa⁴⁹ bu liderlerin tipik örneğini oluşturur. Liderin iktidarı sınırlı olduğu için⁵⁰ huzurun sağlanması, ancak saygın ve örnek kişiliği sayesinde mümkündür. Adaletin gerçekleşmesi için çalışmak liderliğe giden yolu açacaktır.⁵¹ Örneğin Comanche toplumunda savaşta cesaret gösteren, yiğit kişilerden adil (*Champion at-Law*) liderler seçilir. Akrabası veya arkadaşı olmasa da ihtilaflarda zayıf kişilerin yanında yer alarak, adaletin gerçekleşmesini sağlar. Akraba ve yandaşlardan farklı olarak yardımları karşılığında maddi bir çıkar elde etmez. Büyük bir onur ve prestij tek kazancıdır.⁵² Bu ise diğerlerinden daha fazla tehlikeye maruz kalmak demektir.⁵³ Halka ait binaların, yani kamusal alanların yokluğu, kabileleri şefliklerden ayıran kıstaslardan biridir.⁵⁴

Şimdiye kadar anlatılan oba ve kabile toplumlarında ortaya çıkan ihtilafların halli, çoğu zaman toplumda sivrilmiş liderlerin ya da ailenin önde gelenlerin katılımıyla oluşan ve özünde müzakere bulunan usûllerle yapılır. Yüz yüze ilişkiler ve kişisel bağlantıların kullanılması esasına dayanan ve özünde siyasi olan bu usûlü Service, *adjudication* (yargılama) olarak adlandırmaktadır.⁵⁵ Kan ya da sihri akrabalıkla birbirine bağlanmış olan kabile üyeleri, aralarında çıkan ihtilafların çözümünü daha büyük nüfusa sahip toplum türlerinin ihtiyacı olan yasalar ve polislere ihtiyaç duymaksızın sağlayabilir.⁵⁶ Anlaşmazlığa düşen kişilerin pek çok ortak akrabaya sahip olma ihtimali bir hayli yüksektir. Ancak nüfusun artışına bağlı olarak birden fazla yerleşim yerine dağılan, yüzyüze ilişkilerin zayıfladığı toplumlarda, ihtilafların halli köklü bir şekilde farklılaşacaktır. Bu farklılaşmanın ilk emareleri Şefliklerde ortaya çıkar. Eşitliğin yerini hiyerarşi, tarafların görevlerini de şef ve ona bağlı görevliler alacaktır. Özellikle Gluckman'ın ayrıntılı olarak anlattığı Afrika şeflerinin, düzenli yargılama yapan atanmış görevlileri ve düzeni sağlayan adamlarının bulunması, suçların ve haksız fiillerin yazının eksikliğine rağmen ayrıntılı bir şekilde bilinmesi, şimdiye kadar anlatılan toplumlardan kesin ve geri dönüşsüz bir şekilde kopuşu gösterir. Bu değişiklikler,

⁴⁷ Chagnon, *op. cit.*, s. 44-45

⁴⁸ *Ibid.*, s.262-265

⁴⁹ C. P. Kottak, *Cultural Anthropology*, s. 265-266, Random House, New York, 1975

⁵⁰ Clastres, *op. cit.*, s. 39. Clastres'in, ilkel toplumların lideri güçsüz bırakarak, kesin bir iktidarsızlığa mahkum ettiklerine ilişkin yorumu, ilkel siyasal örgütlenme üzerine yazılmış en özgün düşüncelerden biridir.

⁵¹ Service, *op. cit.*, s. 51

⁵² E.A. Hoebel, *Law-Ways of Comanche Indians*, s. 198-200, *Law and Warfare*, The Natural History Press, New York, 1967

⁵³ Chagnon, *op. cit.*, s.262-265

⁵⁴ Diamond, *op. cit.*, s. 366

⁵⁵ Service, *op. cit.*, s. 52

⁵⁶ Diamond, *op. cit.*, s. 365

devletli topluma yaklaştırdığı ölçüde, Şeflikleri ilkel toplum örgütlenmesinden uzaklaştıracaktır.

c) Şeflik (Chieftainship) :

Binlerce kişiye ulaşan nüfus birden fazla köye dağılmıştır. Toplumsal katmanlaşmaya bağlı olarak, belirli klanların merkezi bir konuma geçtiğini, kararların veraset yoluyla yönetici olan Őeflerce alındığını görüyoruz. Ticaret tekeli, büyü kullanımı,⁵⁷ din ve ihtiyacı olanlara toprak tahsisi, Şefin erkini artırmak için kullandığı araçlardır. Şeflerin siyasal iktidarı ele geçirerek toplum üzerinde güç kullanmaları, ilk kez bir klanın diğerü üzerinde üstünlük kurmasıyla ortaya çıktığı için kandaşlığa dayalı bir iktidardır.⁵⁸ Devlet kurulmadığı için gerçek bir siyasal iktidardan söz etmek için henüz erkendir.⁵⁹ Kabile toplumlarında bulunan klanların eşitliği düşüncesi yerini, Şefin klanının, diğerlerinden üstün olduğu anlayışına bırakmıştır. Toplum, verasetle Őefliđi ele geçiren kişiler ve halk olmak üzere farklı iki katmana ayrılmıştır.⁶⁰

Buna rağmen sıradan halkla seçkinler arasında keskin farklılıklar bulunmaz.⁶¹ Şef aynı zamanda ihtilafların çözüm merciidir. Sınıfsal farklılaşmaya bağlı olarak kölelik ve din öne çıkmıştır. İktidar kutsallıktan hiçbir zaman ve hiçbir yerde ayrılmadığı için⁶² Şef, güç ve otorite kazandıkça iktidarı kutsallık halesiyle çevrilir. Özellikle Afrika Şefliklerinde rastlanan Şefin kutsallığı teması, aslında her zaman ve her yerde geçerli mantığın dışa vurumundan başka bir Şey değildir. Şefin otoritesini meşrulaştıran din, aynı zamanda aralarında kan bağı olmayan kişilerin birbirlerini öldürmeden yan yana yaşamalarını sağlayan ortak paydayı oluşturur.⁶³ Oba ve Kabilelerin akrabalık, yaş ve cinsiyet esaslı toplumsal yapısı, Şefliklerde devam etmekle birlikte,⁶⁴ bunlara dinin eklenmesiyle kan esaslı örgütlenmenin aşılarak devlete giden yolda bir adım daha atılmış olur. Nüfusun artışı iç çatışmalara ciddi anlamda zemin sağlamaktadır. Aynı Şefliğe bağlı olarak yaşayan insanların, birbirleriyle akraba olmaları önceki iki toplum türüne göre bir hayli düşüktür. Bu ise yabancılarla sık sık

⁵⁷ F. Oppenheimer, *Devlet*, s.144, Çev., Alaaddin Şenel- Yavuz Sabuncu, Engin, İstanbul, 1997

⁵⁸ J. H. Turner, "Hukuksal Sistem Evrimi: Analitik Bir Model," s.428, Çev.: Haydar Burak Gemalmaz, *İ.Ü.H.F.M.*, C.LXI, Sayı 1-2, İstanbul, 2003

⁵⁹ P. Bourdieu, *Pratik Nedenler / Eylem Kuramı Üzerine*, s.109, Çev.: Hülya Tufan, Kesit, İstanbul,1995

⁶⁰ Diamond, *op. cit.*, s. 369

⁶¹ Kottak, *Antropoloji*, s. 320

⁶² Abélés, *op. cit.*, s. 151

⁶³ Diamond, *op. cit.*, s. 373

⁶⁴ Kottak, *Antropoloji*, s. 319

karşılaşmaya ve onlarla dostane olmayan biçimde ilişkiler kurulmasına neden olur. Çözüm, bir kişinin, yani Şefin güç kullanma tekeli eline almasıdır.⁶⁵

Şef ve akrabaları toprak su orman vb. stratejik kaynakların denetimini üstlenmiş⁶⁶ olmalarına rağmen, akrabalık temelli toplum yapısı, diğerlerini bu kaynaklardan mahrum edecek düzenlemelerin yapılmasına engel teşkil etmektedir. İktisadi yapı, oba ve kabilelerden daha karmaşık hale gelmiş, yalnızca genelleştirilmiş veya dengelenmiş mübadeleye dayalı mal akışı yerini, arz ve talebe göre belirlenen fiyatlara uygun, paralı yahut parasız alış verişe bırakmıştır. Hukuksal gelişme ve ekonomik büyüme arasındaki güçlü nedensel bağlantılar bilinmektedir.⁶⁷ Bu nedenle ekonomik gelişimi, şeflerin kuralların uygulanmasını sağlayacak düzenlemeler yapması ve hatta ihtilafların çözümüne doğrudan katkıda bulunma şeklinde hukuksal gelişim izleyecektir. Şefler üretim, tüketim ve dağıtımı düzenlemekle görevli tam zamanlı siyasi uzmanlar olarak⁶⁸ armağan haraç, tazminat vb. yollarla topladığı her türlü emtiayı tekrar dağıtarak, grubu içinde mal akışını düzenler.⁶⁹ Diamond, katmanlı toplumsal yapıya ve merkezi bir yönetime sahip tüm toplumların ortak çelişkilerinin, Şeflik aşamasında ortaya çıkmaya başladığını, bu sorunlar içinde en önemlisinin halkın, emeklerinin karşılığı olan ürünlerin yönetici sınıfa aktarılmasına gösterdiği rıza olduğunu söylemektedir. Bu sorunun cevabı siyasi örgütlenmeye giden tüm toplumlar için ortaktır: Genel düzeni koruyarak, şiddeti durdurmak.⁷⁰ Toplumsal denetim ve adaletin tesisi, kişilerin görevleri olmaktan çıkmış, Şef ve adamlarının bir imtiyazı haline gelmiştir. Bu imtiyazı, meşru güç kullanma tekelinin ilk çekirdeği olarak görmek mümkündür.⁷¹ Mesela bugünkü Uganda devleti topraklarında yaşayan Bunyorolar, şefleri *mukama*'nın izni olmaksızın kan davası güderek öç alamazlar.⁷² Bu düzenleme, merkezileşmiş toplumların oba ve kabile gibi toplumsal yapılara karşı en önemli üstünlüğünü oluşturur.

Benedict, Kuzey Amerika Kwakiutl kabilesinde Şefin eylemlerinde aşırılığa kaçmasını yasaklayan bir tabu bulunduğunu, böylece Şefin aşırılıklarının denetlenebildiğini⁷³ söylese de biz Şef'lerin konumunu en iyi açıklayan vecizenin Hawai toplumuna ait olduğu görüşündeyiz: "Reis toprakta dolaşan bir köpekbalığdır."⁷⁴

⁶⁵ Diamond, *op. cit.*, s. 367

⁶⁶ Kottak, *Antropoloji*, s. 320-321

⁶⁷ Turner, *Ibid.*, s.428

⁶⁸ Kottak, *Antropoloji*, s.319

⁶⁹ Diamond, *op. cit.*, s. 367

⁷⁰ *Ibid.*, s. 371

⁷¹ Akal, *op. cit.*, s. 154

⁷² Harris, *Yamyamlar...*, s. 119

⁷³ R. Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.204, Çev.: Mustafa Topal, Öteki, İstanbul, 1998

d) Devlet (State):

İnsanlık tarihinde devlet o kadar önemli bir yer işgal etmektedir ki ona sahip olmayan oba kabile ve şefliklerle, devletli toplumlar arasındaki fark, insanlarla primatlar arasındaki fark gibi görülür.⁷⁵ Günümüze kadar yapılmış en işlevsel tanımı yaparak konuya girmek, toplumsal örgütlenme biçimlerinin devletle birlikte niçin çok önemli ve geri dönülemez bir aşamaya geldiğini gösterecektir. Weber, Devleti, şiddetin meşru kullanımını tekeline tutan bir topluluk olarak tanımlamıştır.⁷⁶ Bu tanımın iki temel unsuru vardır; bunlardan ilki, devlet iktidarı dışında hiç kimsenin üyeler üzerinde maddi ya da manevi cebir-şiddet uygulama hakkının bulunmamasıdır. Diğeri ise kendisini meşru şiddet kullanımı tekeliyle ifade eden ama aslında bizatihi meşruiyet üretiminin yalnızca ve yalnızca devlete ait olduğunun gösteren unsurdur. Kriz durumları dışında devletin kurduğu düzenin meşruluğuna ilişkin hiçbir sorun çıkmaz.⁷⁷ Bundan böyle topluluk adına söz söyleme gücü ne şefin ne şamanın ne de onların kutsal atalarının olacaktır.

Yüz binleri bulan nüfus birden fazla şehirde yaşamaktadır. Toplum, sınıfsal farklılıklara dayalı katmanlara bölünmüştür; bütün devletli toplumlar, aynı zamanda sosyo-ekonomik açıdan katmanlaşmış toplumlardır. Bunun anlamı her devletin bir sınıf devleti olması,⁷⁸ yani belirli insan gruplarının, stratejik kaynaklara rahatça ulaşım imkanına sahipken, bir kısmının bundan mahrum edilmesidir.⁷⁹ Halkın güçlü bir merkezi hükümet altında birleşmesini sağlayan, yerellikleri ve farklılıkları törpüleyen ve yönetimi meşrulaştıran bir din anlayışıyla karşılaşırız.⁸⁰ İhtilafları çözen hakimler ve yasalar vardır. Karar mekanizmaları merkezileşmiş ve tek tek bireyler dışlanmıştır. Oba ve küçük takımlar halinde yaşayan insan gruplarından, devlete giden süreçte yetki ve güç kullanımı gittikçe merkezileşmiş ve nihayet devlet tekeline bırakılmıştır. Bu aşamadan sonra iç ya da dış iktidar dengelerini korumak veya değiştirmek devletin birinci amacı haline gelir.⁸¹ Daha önce siyasi gücü kendi ellerinde tutan tüm otoriteler, yetkilerini devlete bırakmak zorunda kalacaktır;

⁷⁴ M. Sahlins, **Tarih Adaları**, s.88, Çev.: C. Hakan Arslan, Dost, Ankara, 1998

⁷⁵ Kottak, **Cultural...**, s.151

⁷⁶ M. Weber, **Sosyoloji Yazıları**, s. 288, Çev.: Taha Parla, Hürriyet Vakfı İstanbul, 1993

⁷⁷ Bourdieu, **op. cit.**, s.127. Abrahams'a göre de meşruiyet statik olmaktan çok dinamiktir ve devletin işlevleriyle iç içe geçmiştir. Bu nedenle devletin herhangi bir andaki meşruiyeti, vatandaşın talep ettiği hukuk ve düzeni sağlama yeteneğine bağlıdır. R. Abrahams, **Vigilantism: Order and Disorder on the Frontiers of the State**, s. 42, **Inside and Outside of Law**, Ed., Olivia Harris, Routledge, London, 1996

⁷⁸ Oppenheimer, **op. cit.**, s. 33-37

⁷⁹ Kottak, **Cultural...**, s.151

⁸⁰ Frazer, **op. cit.**, s.303, C. 1

⁸¹ Weber, **op. cit.**, s. 289

Devlet onların yerini alır.⁸² Yönettiği insan toplulukları içindeki sosyo-ekonomik farklılıkları daha açık deyişle sınıflı toplum yapısını koruyup devam ettirmek, devletin en önemli amaçlarından biridir. Devletin dışta düşmanlara, içte kanunsuz davrananlara karşı yürüttüğü koruma görevi, biraz önce bahsedilen sınıfsal niteliğinin bir sonucu olarak, üst sınıfların tahakküm ve gelirlerini garanti altına alma amacından sonra gelir.⁸³ Bu nedenle devlet, insanlık tarihinde çok önemli bir aşama olsa da bu cümleden onun iyi bir şey olduğu anlamını çıkarmamalıyız.

Bir diğer amaç da bütüncül düzeni temin etmektir. Bunun içinde ihtilafları çözüme kavuşturacak yargı ve kolluk güçleri kurulur.⁸⁴ Güç kullanımının tekelleşmesinin zorunlu sonucu, hukuk sistemlerinin gelişerek daha etkin hale gelmesidir.⁸⁵ Tek tek bireyler, haklarını korumak için, yasaları kendi güçleriyle uygulamaktan vazgeçmedikçe, devletin güç kullanma tekeli olamayacağı açıktır. Sınırları belirli toprak parçası üzerinde bir devlet ancak, siyasi örgütlenmenin temeli olarak akrabalık ve kan bağları yerine mülklik ilkesinin konmasıyla kurulabilmiştir.⁸⁶ Daha sonra, belirli bir toprak parçası üzerinde yaşayan insanları “vatandaş” kabul edip onları yabancılardan farklı bir statüye yerleştirerek⁸⁷ önceki siyasal örgütlenmelerden ayrılır. Arkaik ya da modern devletlerin kendi içinde vatandaşlarına farklı haklar tanıması, temel toplumsal katmanlaşmanın yahut sınıflı yapının bir yansımasıdır.

Yazılı bir hukuk sistemi, -istisnaların olduğu unutulmamalıdır- ihtilafların çözümümüyle görevli hakim, polis gibi meslek memurları, kamu hizmetlerini yürüten bürokratik seçkinler, devleti önceki toplumsal örgütlenme türlerinden ayırır.⁸⁸ Profesyonel hukukçuların, hukukun uygulanmasını rasyonel temellere kavuşturduğu iddiası sıkça dillendirilmekle birlikte A.B.D. gibi en gelişmiş devletlerde bile fakir ve zenginlerin farklı adalet uygulamalarına maruz kaldığı bilinen bir durumdur.⁸⁹ Devlet, hukukun uygulanmasında önceki siyasal örgütlenmelerin başaramadığı birkaç alanda başarılı olmuştur. Bunlardan ilki meşru cebir kullanımının devletin tekelinde olmasıdır. Resmi görevliler dışında hiç kimse suçluları cezalandırma hakkına sahip değildir. Öte yandan kan davaları ve oç alma gibi devlet öncesi toplumların kişi ve akrabalarına bıraktığı eylemler, kamusal alana taşınarak devletin görevleri

⁸² *Ibid.*, s. 84

⁸³ Oppenheimer, *op. cit.*, s. 34

⁸⁴ Kottak, *Cultural...*, s.152

⁸⁵ Turner, *Ibid.*, s. 429

⁸⁶ Abélés, *op. cit.*, s. 17-18

⁸⁷ Kottak, *Antropoloji...*, s. 325

⁸⁸ Diamond, *op. cit.*, s. 376

⁸⁹ Kottak, *Antropoloji...*, s. 326

arasına alınmıştır.⁹⁰ Hatta medeni kanunlarla bir adım daha atılarak, karı kocayla çocukların ilişkisi bile kişisel olmaktan çıkartılıp, müdahale sınırları içine alınmıştır.⁹¹

Devlet, geçmişi tarih öncesi devirlere kadar giden eski bir siyasi örgütlenme biçimidir.⁹² Mezopotamya, Nil ve Kuzey Çin sahip oldukları uygun coğrafi ve iklim şartları nedeniyle, bilinen en eski devletlere ev sahipliği yapmıştır.⁹³ Tarih öncesi kurulmuş devletler “arkaik,” günümüz devletleri ise “modern” ya da “sanayi devleti” olarak adlandırılır.⁹⁴ Oppenheimer’a göre, ister tarihte ister günümüzde olsun tüm devletlerin kökeninde bir tahakküm ilişkisi bulunur. Devletlerin varlık sebebi de bir insan grubunun diğerine boyun eğdirerek, onları ekonomik anlamda sömürmesidir.⁹⁵ Diamond, nüfus artışının toplumsal katmanlaşmaya neden olduğu için devletin habercisi olduğunu, ancak yoğunlaşan nüfusun karmaşık toplumla sonuçlanacak olaylar zincirinde nasıl bir işlev yüklendiğinin tam olarak bilinemediği görüşündendir.⁹⁶ Gluckman, Afrika’da kurulan devletlerin kökeninde sanılanın aksine nüfus yoğunluğu ya da fetihçi dış akınların bulunmadığını, bunların dış ticaret ya da ulus içi farklılaşmaya yaslanan devletler olduğu iddiasını dile getirmiştir.⁹⁷ İddiasını temellendirmek içinde Afrika’nın nüfus yoğunluğu en düşük (4/ M2) Bemba ve Zulu kabilelerinde, çok güçlü Şeflikler kurulduğunu oysa Tiv ve Nigeria gibi yoğun nüfusa sahip (200/M2 - 70/M2) kabilelerde şeflik kurumunun bulunmadığını örnek verir. Buna rağmen nihai yargısı, hükümet olmaksızın siyasi örgütlenmeye gidebilmenin nüfus açısından bir üst sınıra tabi olduğu şeklindedir.⁹⁸

Gıda üretimi, nüfus yoğunluğunu ve toplumsal katmanlaşmayı belirleyen en önemli unsurdur.⁹⁹ Bu süreçte gerçekliğinden kuşku duyulmayacak şey, nüfus artışının ancak yüksek miktarlarda gıda üretimiyle mümkün hale gelmesidir. Ekonomik büyüme ve refahın hukuksal gelişimi artırması¹⁰⁰ bununda siyasal yapılar ve merkezileşmeyi getirmesi doğaldır. Haksız fiillerin, Eski Mısır’da artan ticari ilişkilerin bir sonucu olarak ilk kez İ.Ö. 17. yüzyılda Hammurabi kanunlarında yer alması¹⁰¹ ekonomik gelişme ile hukuksal gelişmenin bir

⁹⁰ Kottak, *Cultural...*, s.153

⁹¹ Kottak, *Antropoloji...*, s. 326

⁹² Oppenheimer, *op. cit.*, s. 33

⁹³ Harris, *Yamyamlar...*, s. 109- Diamond, *op. cit.*, s. 379

⁹⁴ Kottak, *Antropoloji...*, s. 325

⁹⁵ Oppenheimer, *op. cit.*, s. 46

⁹⁶ Diamond, *op. cit.*, s. 381

⁹⁷ M. Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, s. 143, Basil Blackwell, Oxford, 1971

⁹⁸ *Ibid.*, s. 84

⁹⁹ Diamond, *op. cit.*, s. 472

¹⁰⁰ Turner, *Ibid.*, s.428

¹⁰¹ Mebrure Tosun- Kadriye Yalvaç, *Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı*, s. 3, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989. Hammurabi Kanunları için, İ.Ö. 21. Yüzyılı işaret eden Turner’ın yanlış olma ihtimali yüksek olduğu için Tosun-Yalvaç ikilisine atıfta bulunulmuştur. Turner, *Ibid.*, s. 426

aradalığını göstermesi açısından anlamlıdır. Kamu Hukukunun özel hukuktan farklılaşarak daha etkin hale gelmesi toplumsal örgütlenmenin oba ve kabile yapısından şeflik ve Devlet aşamasına geçişine bağımlı olması gibi haksız fiillerin ve mahkemelerin ortaya çıkışı da ileri derecede ekonomik kalkınmaya bağımlıdır.¹⁰² Ekonomik büyüme ile hukuksal gelişim arasındaki birbirini besleme süreci Çin örneği ile açıklanabilir: İmparatorluk Kodu gelişmiş bir ceza hukuku ortaya koyduğu halde haksız fiiller, mübadele ve ticaret ilişkilerini düzenlememiş ve bunları yerel geleneklere bırakmıştır. Sonuç; yetersiz yasal düzenlemelerin ekonomik yapıya katkısının sınırlı kalması nedeniyle hukukun genel ekonomiye olumsuz yansımaları şeklinde olmuştur.¹⁰³

Bol gıda, nüfus artışını, nüfus artışı da toplumsal katmanlaşmayı ateşlemektedir.¹⁰⁴ Küçük toplumsal yapıların daha büyük siyasal organizasyonlar içinde erimesi iki şekilde olmaktadır: Ya bir dış tehlikenin baskı ve tehditlerinden korunmak için ya da fetihler aracılığıyla bütünleşme sağlanmaktadır. Fransız tehdidi altında birleşen Alman prenslikleri birinciye, G.Afrika Zulu toplumunun diğer kabileleri boyunduruk altına alması ikinci guruba örnektir.¹⁰⁵

Yukarıda açıklanan oba, kabile ve şeflikler antropolojinin çalışma alanına giren ilkel toplumları oluşturur. Bu toplumlarda güçlü bir bütünlük arzusu, doğaya saygı ve tarihin reddi¹⁰⁶ gibi güçlü dip akıntılar benzer niteliklerdir ve bunların modern toplumlardan ayrıldıkları noktalara işaret eder. Unutulmaması gereken şey, farklı biçimlerde olsa da tüm toplumların, grupların ya da toplumun yönetilmesi anlamında bir siyasete ve kişilerin eylemlerini etkileme, yönlendirme anlamında iktidar gücüne sahip olduğudur.¹⁰⁷

“Siyasi İktidar” yapısı da ilkel ve modern toplumlar arasındaki farkı ortaya koymak için kullanılan bir ölçüttür. Toplumları siyasi iktidar türlerine göre sınıflandırdığımızda yukarıdakine benzer sonuçlara ulaşıldığı görülecektir. Akal’ın bölünmemiş toplum içinde saydığı ; “öndersiz toplumlar,” “güçsüz önderli toplumlar” ve “güçlü önderli toplumlar”¹⁰⁸

¹⁰² Turner, *Ibid.*, s.426

¹⁰³ *Ibid.*, s.426

¹⁰⁴ E.J. Lampe, “Hukukun Kavram ve Gelişmesi,” s. 39, Çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, **H.F.S.A. 2.Kitap**, AFA, İstanbul 1995. Lampe, diğer ihtimal olarak hiyerarşik toplumların karşılıklı olarak birbirlerini güçlendirmesinden bahsetmektedir.

¹⁰⁵ Diamond, *op. cit.*, s. 388

¹⁰⁶ C. Lévi-Strauss, **Structural Anthropology**, s. 319, Volume: 2, Translated: Monique Layton, Penguin, Reprinted, London, 1993

¹⁰⁷ Abélés, *op. cit.*, s. 78

¹⁰⁸ Akal, *op. cit.*, s.21,156. Yazar, aynı eserin bir başka yerinde siyasi iktidar tiplerine göre toplumları aynı sınıflandırmaya sadık kalarak üç guruba ayırmaktadır; 1- Farklılaşmamış siyasi iktidarlı toplum 2- Farklılaşmış ve kutsallaşmış siyasi iktidarlı toplumlar 3- Farklılaşmış ve Kişiselleşmiş (kral devlet) ya da kurumsallaşmış (ulus devlet) siyasi iktidarlı toplumlar. *Ibid.*, s.165

ayrımı kabaca oba, kabile ve Őflik ayırımına denk gelmektedir. Her iki sınıflama, devletli toplumlari diğer tűrlerin dıŐında ve farklı bir alana yerleŐtirir.



II. BÖLÜM:

İLKEL TOPLUMDA ÇATIŞMA:

Çalışmanın başlangıcında, çatışma ve ihtilafın olmadığı hiçbir topluma rastlanmadığını söylemiş ve bu olguların evrensel niteliğine vurgu yapmıştık. Tüm insan topluluklarının benzer çatışmalarla yüzleşmek zorunda kalmasını da yasa ve benzeri kurallara uyulmasını sağlayacak herhangi bir içgüdüünün olmamasına bağlamıştık. Bu noktada bir miktar duraksayarak şu sorunun cevabını aramalıyız. Çatışmanın içeriği ve konusu da kendisi gibi evrensel midir? İlkel toplumu diğer toplumlardan farklı veya ayrıcalıklı kılan noktalar var mıdır?

Her toplumsal yapı, özgün bir hukuk sistemi kadar özgün bir suç profili ortaya koymaktadır. Filipinler'de yerleşik Kalinga toplumunda, hakaret, yaralama ve cinayet suçları bolca işlenmesine karşın, cinsel saldırı ve kadına ilişkin ihtilaflar asgari seviyededir.¹ Oysa Liberya'da yerleşik Kpelle ve Brezilyada yaşayan Yanomamö halkı, tam tersi bir portre ortaya koyar; Gibbs'e göre Kpelle halkı arasındaki biricik ihtilaf kadınlar üzerinedir.² Köy içi ihtilafların çoğunun kadınlar üzerindeki cinsel haklara ilişkin olduğunu söyleyen Chagnon'a göre de şiddet, Yanomamö kültürünü şekillendiren en önemli unsurdur.³ Buradan hukukun ve toplumsal denetimin birer toplumsal bağ olduğunu ve parçası oldukları kültürü yansıttıkları sonucuna ulaşabiliriz.⁴ Konuya ilişkin çarpıcı açıklama Zerzan tarafından yapılmıştır; yazara göre, savaş ve saldırganlık, tarımın yol açtığı toplumsal eşitsizliklerin sonucunda oluşan uygarlığın bir ürünüdür. Avcı-toplayıcı yerliler, şiddetten ve savaştan uzak durmakla kalmaz, aynı zamanda ona karşı tiksinti ve nefret de besler. Şiddet uygulayan avcı-göçebeler, sömürgeci batılılarla kurulan ilişki sonrası, özgün kültürün kaybedilmesi sonucu görülmeye başlanmıştır.⁵

Suç profilleri, toplumsal değerlerle uyumlu bir grafik çizmektedir. Adam yerine konma ve yüksek statü elde etmenin cinayet işlemekten geçtiği Kalinga toplumunda, en etkin kişiler en çok adam öldürenlerdir. Benzer bir yargıyı Doğu Anadolu kırsalında bulabiliriz. Burada da işlenen cinayet sayısı, erkeğin yiğitlik göstergesi kabul edilir.⁶ Cinayet işleyen

¹ R.F. Barton, *The Kalingas, Their Institutions and Custom Law*, s.232, The University of Chicago Press, Chicago, 1949

² J.L. Gibbs, *Law and Personality: Signposts for a New Direction*, s.195, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

³ Chagnon, *op. cit.*, s. 47,

⁴ Fried – Pfeiffer, *op. cit.*, s. 476

⁵ Zerzan, *op. cit.*, s. 32,

⁶ A. Ünsal, *Anadolu'da Kan Davası*, s.121, Çev.: Niyazi Öktem-Emre Öktem, Y.K.Y., İstanbul

erkeklerin daha fazla kadın ve buna bağlı olarak daha fazla çocukla ödüllendirildiği Yanomamö toplumu, bize bu konuda yol gösterecektir.⁷ Prestijle cinayetin yanyanalığı, niçin yaralama ve öldürme suçlarının bu toplumlarda yaygın olduğunu göstermeye yeterlidir. Öte yandan Afrika Liberya'da yaşayan Kpelle toplumunda erkek, zina davasıyla kadınlar üzerindeki cinsel iktidarını, diğer erkeklerle karşı saldırganca tutumunu ve sosyo- ekonomik gücünü ortaya koyabildiği için, birden fazla psikolojik tatmin duygusu yaşar.⁸ Bu durum Kpelle'de ihtilafların niçin kadınlar üzerine yoğunlaştığını açıklar.

İnsanın temel ihtiyaçlarını gösteren Maslow çizelgesine⁹ baktığımızda, her bir ihtiyacın potansiyel bir çatışma alanı içerdiğini görürüz. Yeme, içme, uyuma, karşıt cins ve barınmaya ilişkin temel maddeler, insanlar için değerli olan şeylerin başında gelir. Psikolojik açıdan ihtiyacın artışına paralel olarak, nesnenin değeri de artacaktır.¹⁰ Temel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik ertelenemez psikolojik baskılar, bu değerlerin elde edilmesi ve korunması için kurulan toplumsal ilişkilerin ve bunlar üzerine çıkan ihtilafların belirleyicisi konumundadır.¹¹ Kıt kaynakların denetimi ve kullanımı sorunu, çıkar çatışmalarının başlıca kaynağını oluşturur.¹² Brezilya Yanomamö'leri gibi verimli topraklarda yaşayan ve izafi olarak bolluk toplumu diyebileceğimiz gruplarda niçin çatışma ve savaşların sıkça görüldüğünü sorduğumuzda, Chagnon'un cevabı açıktır: Verimli ovalarda yaşayan Yanomamö grupları, bu toprakları ellerinde tutabilmek için daha saldırgan ve savaşçı olmak zorundadır. Rakip köy ve kabile baskıları bunu zorunlu kılar. Oysa aynı bölgede olmakla birlikte verimsiz tepe ve dağlarda yaşayan gruplar, bu tür baskılara maruz kalmadıkları için daha az cinayet işlemekte ve daha az yağma yapmaktadır.¹³ Bu cevap, çatışmaların kökeninde kıt kaynakların bulunduğu tezini tamamen desteklemektedir. Savaş, kan davası ve intikam

⁷ Chagnon, *op. cit.*, s. 374. Chagnon, cinayeti kültürel bir olgu daha fazla sayıda kadına sahip olmayı ise biyolojik ödül olarak değerlendirmektedir; burada toplum, kültürel başarıyı, biyolojik olarak ödüllendirmektedir. Pekala tersi de düşünülebilir; fiziksel güce dayalı cinayeti, biyolojik vaka, evlilik ve çocuk sahibi olmayı ise kültürel bir olgu olarak değerlendirdiğimizde biyolojik üstünlüğün kültür tarafından ödüllendirildiği sonucuna ulaşabiliriz.

⁸ Gibbs, *Ibid.*, s. 195

⁹ İ. Alev Arık, *Motivasyon ve Heyecan Ders Notları*, s. 28, İstanbul Üniversitesi, Edebiyat Fakültesi Psikoloji Bölümü Yayınlanmamış Ders Notları

¹⁰ Şerif, *op. cit.*, s. 96

¹¹ D. Morris, *Çıplak Maymun*, s. 8, 37, İnkılap Kitapevi, İstanbul, 1990. Yazar tüm kitap boyunca iki temel iddiayı ileri sürmektedir: Birincisi, insan davranışlarının, kültür ne kadar karmaşık ve ileri düzeyde olursa olsun özünde biyolojik gerçekliğe dayandığı, bu sebeple de bütünüyle toplum ve kültür tarafından belirlenmeyeceği, ikincisi de insan zekası ve bilgisinin ne kadar ilerlerse ilerlesin insan biyolojisini aşamayacağı görüşüdür. Biyolojik determinasyona bu derece aşırı vurgunun ihtiyatla karşılanması gerektiğini aksi halde kültürel yapıyı çözmekte zorlanacağımızı düşünüyorum.

¹² W. Aubert, *Law as a Way of Resolving Conflicts: The case of Small Industrialized Society*, s. 283, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

¹³ Chagnon, *op. cit.*, s. 181-186

olgularının, avcı-göçebelerden daha çok tarım toplumlarına ait olması bu gerçeği yansıtır.¹⁴ Tarafları tatmin edecek kadar kaynak bulunmayışı insan ilişkilerini sorunlu alana taşıyacaktır. Neslin devamına ilişkin cinsellik ihtiyacı da özellikle cinsel suçlar ve kadına ilişkin ihtilafların altındaki sebeptir. Çatışmanın asgariye indirilmesi için insanoğlunun icat ettiği tüm yasalar ile evlilik ensest vb. toplumsal kurumlar, aynı zamanda temel problemleri gizlemeye yaradığı için, sorunların anlaşılıp çözülmesi daha da zorlaşmaktadır.

Toplumsal çatışmaların yalnızca gerilim ve acı üretmediğini, olumlu yanlara da sahip olduğunu belirtmek durumundayız. Özellikle kabile düzeyinde örgütlenmiş toplumlarda, düşmanlarla yürütülen olumsuz ilişki biçimleri, dayanışmayı artırıp, grup kimliği ve bilincine önemli katkılarda bulunur. İç ihtilaflar ise gerilimli ilişkilerin ürettiği olumsuz enerjinin, kontrollü boşalmasını sağlayarak, birikime dayalı patlama ve büyük yıkımları engeller.¹⁵ Çatışmaların olumlu özelliği denildiğinde vurgulanmak istenen bu yöndür. Modern toplumlar, ihtilafı bütünüyle toplumsal yapıdan çıkarmaya dönük yapılanmaya sahip olduğu için, ilkel kültürlerin sahip olduğu bu mekanizmalardan yoksundur.

Endüstri devriminden önce biricik üretim kaynağı toprak olduğuna göre, gıda üretimi, barınma ve avlanma gibi temel ihtiyaçların giderilmesine yönelik iktisadi faaliyetlerin odağında toprağın yer alması kaçınılmazdır. Toprağın, mülkiyet ilişkileri dolayısıyla toplumsal katmanlaşmada en önemli unsur olduğunu, hatta sınıflı toplumların oluşmasına en büyük katkıyı yaptığını biliyoruz. Toprak mülkiyetine dayalı sınıflı toplum modeli, feodal Avrupa'nın tüm ortaçağ ve sonrasına damgasını vurmuştur. Sanayi devriminden sonra, üretim fabrikalara kaydığı için, toprak mülkiyetinin sınıfsal statü belirleyicisi olma özelliği de kaybolmuştur. Toprağın izafi değer yitimi her toplumda gözlenebilen bir olgu değildir. Çünkü birçok toplum sanayi devrimini yaşamadığı gibi antropolojinin çalışma alanını oluşturan birçoğu da üretim için doğrudan toprağa bağlı değildir. Mesela avcı-göçebe toplumlar için belirli bir toprak parçasının mülkiyeti önem taşımaz.¹⁶ Dolayısıyla mülkiyete ilişkin ihtilaflara daha az rastlanılır. Mülkiyetin önemsiz olduğu avcı-toplayıcılardan, tarım yapan ilkel toplumlara geçtiğimizde radikal bir değişikle karşılaşırız; mülkiyet, en yüce değer haline gelmiştir.¹⁷ Birçok ihtilafın kökenine baktığımızda, mülkiyetin algılanamadığı bu farklılıkla karşılaşırız. Mülkiyetin başlı başına bir ihtilaf kaynağı teşkil ettiğine ilişkin görüşler ve bunları destekleyen çok sayıda örnek vardır.¹⁸ Ancak sorun bu kadar basit değildir. Tabii

¹⁴ Zerzan, *op. cit.*, s. 38

¹⁵ Fried – Pfeiffer, *op. cit.*, s. 477

¹⁶ Zerzan, *op. cit.*, s. 40,

¹⁷ *Ibid.*,

¹⁸ R.D. Schwartz – J.C. Miller, "Hukuksal Evrimleşme ve Toplumsal Karmaşıklık," s. 203, Çev.: Sururi Aktaş,

kaynakların kullanımı her insanı doğrudan ilgilendirdiği için, hayati öneme sahip bu sorun farklı biçimlerde çözüme kavuşturulmuştur.

A) ÇATIŞMA KAYNAKLARI:

İlkel toplum içinde yaşanan ihtilafları, kişilerin bedensel bütünlüğüne yönelmiş eylemler, mallara yönelik eylemler, siyasal bütünlüğe ve toplumsal değerlere karşı işlenmiş suçlar olarak gruplandırmak mümkündür. Ancak bu ayrım hiçbir zaman günümüz hukukundakine benzer şekilde, kesin hatlarla ayrılmış ceza hukuku -medeni hukuk ayrımıyla örtüşmez. Yine kamu hukuku özel hukuk ayrımı da bu toplumlar için geçerliliğini korumakla birlikte içeriğinin günümüzden bir hayli farklı olduğunu görüyoruz.

Birinci grupta kişilere karşı işlenen suçlar yer alır; kişinin bedensel bütünlüğüne yönelmiş eylemlerden cinayet, müessir fiil, öldürmeye teşebbüs, iftira ve hakaret, tecavüz, zina, kara büyü, suçları bu gruba girer.

İkinci grupta mallara karşı işlenen suçlar bulunur; hırsızlık, borçları ödememek, eşyalara zarar vermek, hayvanların öldürülmesi, mahsulün tahribi, kulübe, çit, set vb. yıkılması suçları bunlara örnek olarak verilebilir.

Üçüncü grubu da siyasal bütünlük ve toplumsal değerlere karşı işlenen suçlar oluşturur; yönetimin verdiği emirlere karşı gelmek, düşmanla işbirliği yapmak, savaştan kaçmak, mali yükümlülüklerden kaçınmak siyasal suçlara dahildir. Toplumsal değerlere ilişkin suçlara, en başta tüm tabuların ihlali, kara büyü yapmak, Tanrıya mesela Kur'ana saygısızlık¹⁹ gibi suçları girer.

Bunların yanında bizim anlamakta bir hayli güçlük çektiğimiz ancak o kültürel bağlam içinde bir anlam ifade eden eylemler vardır; kabileye bela ve hastalık getireceğine inanıldığı için ikiz çocukların, doğumda önce ayakları gelen çocukların (ters doğum) ve önce üst dişleri dökülen çocukların, şeytani nitelikli görülüp öldürülmelerinde olduğu gibi.²⁰ İkiz ya da daha fazla sayıda çocuk doğurmanın ancak hayvanlara mahsus olduğu inancı, bu çocukların öldürülmelerine sebep olur. Vendalar'da alt çene dişleri önce çıktığı için öldürülen çocuklar için sorumluluk yoktur zira bu çocuklar, insan olarak kabul edilmezler.²¹ Bu hallerde faillere ceza verilmesini engelleyen güçlü dinsel ve ahlaki inanışlar vardır.²² Ahlak ve dinin yanı sıra

A.Ü. Erzincan Hukuk F. Dergisi, C. III, S. 1

¹⁹ C.O. Frake, *Struck by Speech: The Yakan Concept of Litigation*, s.156, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

²⁰ I. Schapera, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, s.261, Frank Cass & Co. Ltd., London, 1970

²¹ Akal, *op. cit.*, s.144

²² Kottak, *Antropoloji...*, s.301

güçlü psikolojik dinamiklerin de bu tür fiillerin icrasını kolaylaştırdığına hiç kuşku yoktur, zira Şerif'e göre bu tür uygulamaların, toplum tarafından olağan davranış formuna getirilmesi mümkündür.²³

Bu suçlar değerlendirilirken şu hususların da göz önünde tutulması gerekir: Bu fiillerin kendisi kadar kime karşı ve nerede işlendiği öylesine önemlidir ki bazen basit bir hırsızlık veya zina suçu bile failin hayatına mal olabilir. Burada unutulmaması gereken şey suçun, failin de dahil olduğu akraba ya da soy gurubu veya hiç değilse aynı yerleşim yerinde mesela aynı köyde işlenmesidir. Daha öncede anlatıldığı gibi soy çizgisi veya yerleşim ilkesi faile verilecek cezanın ağırlığını etkileyecek birinci unsurdur. Bu iki ilkenin Kalinga'da olduğu gibi Barış Koruyucuları (Pact Holder) vasıtasıyla genişletilmesi yahut Comanche toplumunda olduğu gibi sanal kardeşlik bağıyla desteklenmesi, suç işleyenler için önemli güvenceler getirmektedir.

1. TABİİ KAYNAKLAR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET SORUNU:

Birçok ilkel toplumda toprak, su kaynakları, orman ve av sahaları gibi doğal kaynakların mülkiyetinin belirli bir klan ya da kabileye ait olduğunu, buraların klan ya da kabilece elbirliğiyle sahiplenildiğini, üyelerin bu kaynakları kullanmasına herhangi bir sınırlama getirilmediğini görüyoruz.²⁴ Stratejik kaynaklar üzerinde özel mülkiyet tesis edilmediği için, herkes hayatını sürdürmek için ihtiyaç duyduğu kaynaklara rahatlıkla ulaşabilir.²⁵

İndirgemeci bir yaklaşımla ilkel toplum olarak sınıflandırdığımız ve henüz devletle tanışmamış toplumlar arasında da bir ayrıma gidilmelidir: Birinci gruba tarımla uğraşmayan ve geçimlerini yalnızca avcılık, balıkçılık ve tabii çevreden toplanılan gıdalarla sağlayan avcı-toplayıcı toplumlar girmektedir. Bu toplumlar, tarım yapan çiftçilerin aksine ihtiyaçları olan tüm gıda ve diğer nesnelere belirli bir toprak parçasına bağlı olmadan elde ettikleri için, özellikle toprak ve diğer kaynaklar üzerinde bir mülkiyet iddiaları yoktur.²⁶ Avlanmak için gerekli silah ve araç gereçlerden mahrum olan hiç kimse bulunmadığı için, üretime bağlı sömürü ilişkileri kurulamaz.²⁷ Afrika'da yerleşik Mbutiler, Kalahari Buşmanleri, Kung toplumu, Hazda ve Naskapiler, Andaman adası yerlileri, Eskimolar ve Kuzey Amerika

²³ M. Şerif, *op. cit.*, s. 122

²⁴ Benedict, *Kültür...*, s.192- Service, *op. cit.*, s.23. -Gluckman, *Politics...*, s. 58. - Pospisil, *The Kapauku...*, s.14 Özellikle küçük akarsu, nehir göl ve denizlerdeki mülkiyet, klan kabile ve konfederasyon gibi soy gruplarına aittir.

²⁵ Kottak, *Cultural...*, s.141 – B. Güvenç, *İnsan ve Kültür*, s. 212-213, Remzi, İstanbul,1994

²⁶ Cemal, *op. cit.*, s. 246

²⁷ Service, *op. cit.*, s. 24, 84

Kızılderilileri bu grupta yer alır. Üretim araçları ve tabii kaynakların herkesin kullanımına açık olmasının yanı sıra, hiçbir grup veya kişinin servet üretimini olanaklı kılan araçların denetimine sahip olmaması,²⁸ özel mülkiyet kavramını anlamsız kılmaktadır. Servetin, taşınmak zorunda kalınan can sıkıcı eşya kalabalığı olarak görülmesinde sürekli hareket etme zorunluluğunun önemli bir payı vardır. Hareket özgürlüğü ile mülkiyet zıt olarak konumlandığı için, toprak üzerinde modern anlamıyla bir mülkiyet hakkında bahsetmek mümkün değildir.²⁹

En ilkel materyal kültüre sahip Andaman adası yerlileri avlanmak ve yaban bitkisi toplamak için kullandıkları doğal çevreyi grubun ortak mülkiyeti olarak kabul eder. Topraklar, yabancılara karşı birlikte savunulur.³⁰ Eşitlikçi, paylaşımcı ve saldırganlığı reddeden bu insanlar, kesinlikle her türden otorite ve sınıfsal farklılaşmaya karşıdır.³¹ Gıda ve av hayvanı popülasyonu öylesine düzensizdir ki bir Shoshone topluluğunun belirli bir toprak parçasını bütünüyle ve sürekli sahiplenmesi çok anlamsız olacaktır. Amerikan Pueblo'ları, kabile toprakları üzerinde hiç kimsenin bireysel mülkiyet iddiasında bulunamayacağını açıkça dile getirmektedir.³² En önemlisi, avcı-göçebelerin mülkiyeti, bağımsız bir ekonomi içinde ifade edilen soyut bir değer şeklinde değil, akrabalıkla belirgin hale gelen toplumsal ilişkilerin ifadesi olarak görmesidir.³³

İkinci grubu tarım yaparak artı ürün oluşturabilen, bu nedenle belirli bir toprak parçasına bağımlı olan toplumlar oluşturur. Birincilerden farklı olarak, geçim araçları önemli hale gelmiş ve kıskançlıkla korunan haklarla düzenlenmeye başlanmıştır. Bu toplumlar, yalnızca tarım ve hayvancılık uğraşlarıyla değil aynı zamanda mülkiyet hakkının belirgin ve toplumsal açıdan önemli hale gelmesiyle de diğerlerinden ayrılır. İki olgunun birçok toplumda yanyanalığı, özel mülkiyetin ortaya çıkışıyla tarım ve hayvancılık arasında doğrudan bir ilişki olduğunu göstermektedir.³⁴

Filipin de yerleşik Ifugao ve Kalinga toplumu, Avustralya'da yerleşik Kapauku ve Trobriand Adası yerlileri, Afrika'da yerleşik Tswana, Zulu ve diğer kabilelerin materyal kültürleri olan tarım ve hayvancılık, aynı zamanda servet birikimini mümkün hale getirdiğinden, ekonomik değeri haiz, toprak, hayvanlar, av malzemeleri vb. üzerinde özel mülkiyet tesis edilmiştir. Bu nedenle ekilebilen tarla ve bahçelerde, gerçek şahısların

²⁸ R.L. Beals- H. Hoijer, *An Introduction to Anthropology*, s. 469, The Macmillan Company, New York, 1965

²⁹ Sahlins, *Stone...*, s. 11-13,

³⁰ Service, *op. cit.*, s. 97

³¹ Zerzan, *op. cit.*, s. 30

³² E. A. Hoebel, *Keresan Pueblo Law*, s. 114, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

³³ Cemal, *op. cit.*, s.176

mülkiyete çok yakın bir kullanım hakkı³⁵ elde ettiğini ve bu alanların o kişilere ait olduğunu görüyoruz. Buna rağmen, modern anlamıyla tam bir mülkiyet hakkından söz etmemizi engelleyecek önemli farklılıkların olduğu unutulmamalıdır. Yanomamöler ve Afrika Lango'ları her üç dört yılda bir oturdukları köyden taşındıkları için, kişilerin kullanım ve mülkiyet hakları bu sürelerle sınırlıdır.³⁶ Yine bu toplumlar, kabile üyeliğiyle mülkiyet hakkı arasında doğrudan bir bağlantı kurar. Toprak üzerindeki mülkiyet hakkı, tüm yükümlülükleriyle birlikte kabile üyeliğinin kabulüne bağlıdır.³⁷ Amerikan Hopi toplumunda, toprak klana ait olup, satılmadığı gibi yabancı birine miras olarak bırakılamaz.³⁸ Bu nedenle belli bir soyun üyesi olmak, o soyun yerleştiği doğal çevreden sınırlama olmaksızın yararlanma hakkı verir.³⁹ Kabileden sürekli ve kesin olarak ayrılan kişilerin mülkiyet hakları da sona erecektir.⁴⁰ Bu ilkeyle bağlantılı olarak kimi toplumlar toprakların yabancılara satışını yasaklamıştır. Dost kabul edilen kabile üyelerine toprak tahsisi de çoğu zaman bir izne tabidir.

İlkel toplumlardaki mülkiyet hakkı, “komünist”⁴¹ ya da “kapitalist”⁴² ilkelerle tanımlanamayacak kadar farklı görünüm ve içeriğe sahiptir.⁴³ Komünizmi, sahip olduğu birçok anlam nedeniyle tanımlamak zor olsa da “üretim araçları ve tabii kaynaklar üzerinde, kamu veya devlet mülkiyetinin tesis edilmesi” biçiminde tanımladığımızda, özellikle avcı-toplayıcıların tabii kaynakları ortaklaşa kullanmaları nedeniyle, görünüşte komünist oldukları söylenebilir.⁴⁴ Ancak bu yalnızca görünüştedir ve aldatıcıdır. Çünkü, gerek kapitalizm gerekse komünizm, akrabalık temelinde örgütlenen, ekonominin kâr ve sermaye değil de aile etrafında şekillendiği toplumlar için bir anlam ifade etmez. İlk olarak, ekonomik faaliyetler günümüz toplumlarında olduğu gibi, toplumsal hayatın ayrı ve soyut bir alanı olarak görülmez. İkincisi, ekonomi, toplumsal örgütlenmenin yani akrabalık örgütlenmesinin bir sonucudur. Üçüncüsü bu toplumlarda özel mülkiyet, eşyanın kullanımıyla belirgin hale gelen dar bir anlama

³⁴ E. Reed, **Kadının Evrimi**, C.II, s. 177, Çev.: Şemsa Yeğin, Payel, İstanbul, 1995

³⁵ Schapera, **Tswana...**, s.205. Schapera, topraklar üzerindeki mülkiyet hakkının bir çeşit yararlanma hakkı olduğunu belirtmektedir.

³⁶ S.F. Moore, **Descent and Legal Position**, s. 384, **Law in Culture and Society**, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997 – Chagnon, **op. cit.**, s.156

³⁷ Gluckman, **Politics...**, s. 294

³⁸ Beals-Hoijer, **op. cit.**, s.470

³⁹ Pospisil, **The Kapauku...**, s. 39

⁴⁰ Hoebel, **Keresan...**, s. 114- Gluckman, **Politics...**, s. 85

⁴¹ Güvenç, **op. cit.**, s.213 – E. Scheurmann, **Göğü Delen Adam Samoa'yı Anlatıyor**, s. 81, Çev.: Erol Özbek, Ayrıntı, İstanbul, 1993

⁴² Pospisil, **The Kapauku...**, s. 3, 18. Pospisil'e göre materyal kültür açısından taş çağını yaşayan Kapauku toplumu gelişmiş bir bireycilik nedeniyle “ilkel kapitalizm” ismini hak eder.

⁴³ B. Malinowski, **Crime and Custom in Savage Society**, s.20, Kegan Paul, Trench Trubner Company, London, 1926 - Gluckman, **Politics...**, s. 41- Polanyi'de İlkel insanın kapitalist ya da komünist psikolojiye sahip olduğu iddialarının çürütüldüğünü söylemektedir. K. Polanyi, **Büyük Dönüşüm / Çağımızın Siyasal ve Ekonomik Kökenleri**, s.87, Çev., Ayşe Buğra, İletişim, İstanbul, 2003

⁴⁴ Service, **op. cit.**, s. 22-24

sahiptir. Bu nedenle kişiye, çalışmadan başkalarının emeğiyle geçinmesini sağlayacak imkanları sağlamaz.⁴⁵ Son olarak modern siyasi/hukuki metinlerin “kutsal, dokunulmaz ve devredilemez”⁴⁶ niteliklerle donattığı mülkiyet hakkı, özellikle bu toplumlar için aynı özel anlamlara sahip değildir.

Mülkiyet arzusunun biyolojik temelden yoksun oluşu ve kişiyle eşya arasındaki objektif ilişkilerden kaynaklanmaması⁴⁷ nedeniyle, mülkiyete atfedilen önem, toplumsal kurallara uygun olarak artırılabilirdi⁴⁸ gibi tersine önemsiz hale de getirebilir. Çünkü mülkiyet hakkının temelinde, bir içgüdü bulunmaz.⁴⁹ Modern ekonomik düzene hakim olan, çıkarlarını azamileştirmek için sürekli çalışan insan veya birileri kazanırken diğerlerinin kaybettiği ilişki düzeni⁵⁰ ilkel toplum örneğinde ve özellikle avcı-göçebeler için geçerli değildir. Amaç, belirli bir ürünün elde edilmesi olduğu kadar dayanışmanın sergilenmesidir. Bu ise ekonominin kâr yerine, toplum odaklı niteliğinden kaynaklanır.⁵¹ Bu toplumlar cömertliği en büyük erdem, tutumluluğu ise cezalandırılması gereken bir davranış olarak görür. Şartlar kötüleşip kıtlık arttıkça, biriktirmek yerine dağıtım ve paylaşımı öne çıkartarak günümüz ekonomik ilkelerinin tam tersine hareket edilir.⁵² Comanche gibi kabilelerde belirli bir toprak parçasının kime ait olduğuna ilişkin ihtilafların çok az oluşu,⁵³ geçim kaynağı olarak toprağa doğrudan bağımlılığın bulunmamasıyla ilgilidir.

Ekonomik değeri çok yüksek olan ve doğrudan geçim kaynağı niteliğindeki mallar menkul ya da gayri menkul fark etmez, gerçek kişilere aittir. Özellikle kişisel kullanıma hasredilmiş silahlar, süsler, giysiler, muskalar vb. menkul mallar çoğunlukla sahibiyile özdeşleştirilir ve kişinin özel mülkiyetinde olduğu kabul edilir.⁵⁴ Service’e göre bu tür menkul malların toplum mülkiyetinde olması hem yararsız hem de anlamsız olacaktır. Afrika’da

⁴⁵ Beals- Hoijer, *op. cit.*, s.470

⁴⁶ A. Göze, **Siyasal düşünceler ve Yönetimler**, s. 533, Beta, İstanbul, 1993. Modern düşüncenin kendini ifade ettiği en güçlü toplumsal olaylardan biri Fransız İhtilalidir. İhtilalden hemen sonra yayınlanan 26 Ağustos 1789 tarihli “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” insanın doğal, devredilemez ve kutsal hakları olduğunu ilan ettikten sonra bu hakların neler olduğunu belirtir; özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme hakkı. Antropoloji bize eşya üzerindeki hiçbir hakkın dokunulmaz, kutsal v.s.olmadığını gösteren doneleri sunduğuna göre; toplumun bir bölümüne, diğerleri üzerinde tahakküm kurma imkanı sağlayan eşyanın niçin kutsallık zırhıyla korunduğunu anlamakta güçlük çekmekteyiz.

⁴⁷ C. Lévi-Strauss, **The Elementary Structures of Kinship**, s. 86, İngilizce’ye Çev.: James Harle Bell- John Richard von Sturmer, Beacon Press, Boston, 1969

⁴⁸ Pospisil, **The Kapauku...**, s. 31. Pospisil Kapauku da alacağın artırılması çabasını, zorlayıcı bir içsel güdüye bağlasa da, toplumun değer yargılarından bağımsız böyle bir güdünün olamayacağını Şerif bize göstermiştir. Şerif, *op. cit.*, s. 118

⁴⁹ Lévi-Strauss, **The Elementary...**, s. 86-

⁵⁰ M. T. Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, s.102, Donkişot, İstanbul, 2001

⁵¹ Fried- Pfeiffer, *op. cit.*, s. 467

⁵² Service, *op. cit.*, s. 15-16

⁵³ Hoebel, **Law-Ways...**, s. 194

⁵⁴ Service, *op. cit.*, s. 23

sığırlar, Filipinler’de pirinç tarlaları ve su kaynakları,⁵⁵ Avustralya’da domuzlar ve patates tarlaları üzerinde kişisel mülkiyet tesis edilmiştir.⁵⁶ Köprü, sulama kanalları ve istinat duvarı gibi ortaklaşa kullanılan gayri menkullerin bile özel mülkiyete dahil edildiği toplumlar vardır.⁵⁷ Buraların kullanımı, sahibine öngörülen kira bedellerini ödemekle mümkün olmaktadır.

Çoğu zaman, ailelerin içinde yaşadıkları baraka ve kulübeler de özel mülkiyete konudur.⁵⁸ Kabile reisinin, toplumun önderi olarak tüm toprakların sahibi olması gerçek anlamda mülkiyet hakkına işaret etmez. Mesela Afrika’da yaşayan Tswana ve Lozi toplumu reisleri, tüm kabile topraklarının simgesel anlamda sahibi gözükmese de sebepsiz yere üyelerin topraktan istifa etmesini engelleyemediği gibi toprakları ne o ne de bir başkası yabancılara satabilir.⁵⁹ Her evli erkek tarım yapabileceği kadar toprağın kendine tahsis edilmesini talep edebilir. Bunun için herhangi bir ödeme yapması söz konusu değildir. Gluckman, toprak üzerindeki nüfus baskısı artıp toprağın ekonomik değeri yükseldikçe, kişilerin belirli toprak parçaları üzerindeki haklarının daha hassas kurallarla korunduğunu,⁶⁰ Kottak ise tabii kaynaklar üzerindeki nüfus baskısının artışına bağlı olarak stratejik kaynaklar üzerine ihtilafların görünmeye başladığını⁶¹ söylemektedir. Nüfus artışı, ileri derecede toplumsal tabakalaşma ve sömürge yönetimlerinin getirdiği sorunlar nedenleriyle, bir çok ilkel toplumun, özgün yapılarının bozulduğunu, buna bağlı olarak da devletli toplumlara özgü sorunların görünmeye başladığını görüyoruz. Meksika gibi devletle tanışmış geleneksel toplumlarda bile kural, toprak mülkiyetinin kamuya ait olmasıdır. Buna rağmen toprağa ilişkin ihtilaflar ve özel mülkiyetin önemi artmaktadır.⁶²

Toprak üzerindeki mülkiyet hakkı ölümle mirasçılara geçer.⁶³ Kişi gerektiğinde toprağını, kullanması için çocuklarına, arkadaş ve akrabalarına tahsis edebilir. Bu işlem, belirli bir bedel karşılığında yapılabileceği gibi Tswana örneğinde olduğu gibi karşılıksız da olabilir.⁶⁴ Eğer Trobriand toplumunda olduğu gibi anasoylu bir toplum söz konusu ise, miras tek yanlı olarak yalnızca anneden intikal edecektir.⁶⁵ Bu durumda erkek ya da kız fark etmez çocuklar yalnızca annelerinin mirasını alır. Avustralya’da yerleşik, Babasoylu Kapauku

⁵⁵ Barton, *The Kalingas...*, s.103 – Kottak, *Cultural...*, s. 149

⁵⁶ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 9

⁵⁷ *Ibid.*, s. 29

⁵⁸ Chagnon, *op. cit.*, s. 250

⁵⁹ Schapera, *Tswana...*, s.196 -Gluckman, *Politics...*, s. 294

⁶⁰ Gluckman, *Politics...*, s. 294

⁶¹ Kottak, *Cultural...*, s. 150

⁶² O. Lewis, *Tepoztlan, Meksika’da Bir Köy*, s.55, Çev., Çiğdem Girgiç Çalab, Epsilon, İstanbul, 2002

⁶³ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 22

⁶⁴ Schapera, *Tswana...*, s.204

⁶⁵ B. Malinowski, *Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek*, s. 87, Çev.: Şemsa Yeğin, Epsilon, İstanbul, 2003

toplumunda en büyük erkek evlat, esas mirasçı olduğu için mirasta aslan payını alacaktır. Ölen kadın ise, miras yine erkek oğula kalmakla birlikte annenin şahsi eşyaları en büyük kızına kalacaktır.⁶⁶ Kişi, izin vermedikçe terk ettiği tarla veya barakaları hiç kimse işgal edemez.⁶⁷ Ancak Şef, kabileye ait orman ve bakir tarlaların izinsiz kullanımını engelleyebilecektir.

Su kaynakları tıpkı toprak gibi öncelikle ortak mülkiyete tabidir. Suyun birçok toplum için taşıdığı hayati öneme rağmen Amerikan Pueblo'larında olduğu gibi su yüzünden hiçbir ihtilafın yaşanmadığı toplumlar vardır.⁶⁸ Ancak su kuyularının bu kuyuları açanların olduğu kabul edilmektedir. Set ve baraj yaparak su üzerinde hakimiyet kuranların diğerlerinin buraları izinsiz olarak kullanmalarını engelleyebilecekleri kabul edilir.⁶⁹

Mera otlak çayır ve fundalıklarda ortak mülkiyete tabidir. Kabile üyeleri herhangi bir izin almaksızın hayvanlarını bu alanlarda otlatabilir.⁷⁰ Av sahaları ve balık tutulan nehir ve göller de özel mülkiyete tabi değildir; isteyen kabile üyesi bu alanlardan rahatça istifade edebilir.⁷¹ Avcı- Göçebe Kuzey Amerika yerlilerinde av sahaları ve balık tutmaya ilişkin son dönemde görülmeye başlayan ihtilaflar⁷² Amerikan sömürgeciliğinin, yerlileri sınırlayan toprak düzenlemeleriyle ilgilidir.

Ekonomik değeri haiz her türlü malın ister gayrimenkul isterse menkul olsun erkeklere ait olduğu belirtilmelidir. Kapauku'da domuzlar, Afrika'da sığırlar, Filipinler'de pirinç tarlaları erkeklerindir. Cinsiyete göre mal sahipliği, en büyük erkek evladın esas mirasçı kabul edilmesiyle kuşaktan kuşağa aktarılarak sürdürülür. Ancak sömürge idarelerinin otantik kültürlerle müdahale ederek geleneksel yapıları bozması nedeniyle, Afrika'da miras paylaşımı gittikçe daha eşitlikçi olma yolunda adımlar atmaktadır. Mirasta aslan payının en büyük erkek evlada ait olması, kız çocukları yanında diğer erkek kardeşlerin artan itirazlarıyla karşılaşmaktadır. Başka bir gerekçeyle de olsa Trobriand adasında miras ilkesi erozyona uğramaktadır. Soy ve mirasın anadan geçmesi ama evliliklerin baba yerli yapılması baba ve oğul arasındaki duygusal bağın miras ve diğer haklarla desteklenmesini engellemektedir. Çünkü burada oğul anasoylu örgütlenmenin bir sonucu olarak babasının değil annesinin mirasçısı olmaktadır. Bu ise toplumsal gerginliklere kapı aralamaktadır.⁷³

⁶⁶ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 27-8, 38

⁶⁷ Schapera, *Tswana...*, s.199

⁶⁸ Hoebel, *Keresan...*, s. 111,

⁶⁹ Schapera, *Tswana...*, s.210

⁷⁰ *Ibid.*, s.211- Barton, *The Kalingas*, s. 100

⁷¹ Barton, *The Kalingas*, s. 85-87

⁷² Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.255

⁷³ Malinowski, *Crime...*, s. 101

Tam olarak gayri menkul kabul edilmese de ev olarak kullanılan baraka ve kulübelerin mülkiyetinin genelde kadınlara ait olduğu da bir ayrıntı olarak zikredilmelidir.⁷⁴

2. MENKUL MALLAR ÜZERİNDEKİ MÜLKİYET:

Kimi yazarların ilkel toplumlarda bireysel bilinç yerine ortak bilincin bulunması nedeniyle, eşya üzerinde şahsi mülkiyet yerine, ortak mülkiyetin tesis edildiğine⁷⁵ ilişkin iddiaları özellikle menkul mallar açısından kesinlikle gerçekleri yansıtmamaktadır. Çünkü kişilerin şahsi ihtiyaçlarını gidermek için kullandığı tüm menkuller üzerinde, özel mülkiyet hakkı tesis edilmiştir.⁷⁶ Kelsen'in örnek olarak sunduğu Afrika Kafir toplumunda, tüm toprak ve suların üzerindikilerle birlikte klana ve dolayısıyla Şef'e ait olması,⁷⁷ modern anlamıyla mülkiyet hakkına işaret etmez. Schapera'nın Tswana için söyledikleri, Kafir'ler içinde geçerlidir; Şef bu toprakları kullanmaktan kimseyi alıkoyamadığı gibi yabancılara satamaz. Klan üyeleri ihtiyaç duydukça toprakları kullanabilecektir.

Her türlü giyecek, süs eşyaları, savaş ve av malzemeleri, dinsel objeler, küçük ve büyükbaş hayvanlar, binek hayvanları, para yerine kullanılan deniz kabukları, su ve yemek kapları, üzerinde sahiplerinin tam bir tasarruf hakkı bulunur. Kişisel ihtiyaçların giderilmesi amacıyla özgülenmiş bu eşyalar üzerindeki mülkiyet Service tarafından "Şahsi Mal" olarak tanımlanmıştır.⁷⁸ Savaş ve avcılık malzemelerinin erkeklere, yemek pişirmek ve saklamak için kullanılan kapların kadınlara ait olması neredeyse genel bir kural halindedir.

Koyun, keçi, sığır, hindi v.b tüm evcil hayvanlar özel mülkiyete tabidir. Şefin savaşlar dışında bu mallar üzerinde herhangi bir tasarruf yetkisi yoktur. Malikleri bunlar üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir.⁷⁹

Ana hatlarıyla mülkiyet sorununa baktığımızda şu sonuçlara ulaşmak mümkündür: Gerek tabii kaynaklara gerekse diğer geçim araçlarına ulaşma açısından ilkel toplumun modern toplumlara göre ayrıcalıklı bir yeri olduğu söylenebilir. Kişiler, tarım yapacakları kadar toprak sahibi olmaktan yahut av, balık v.s. için ihtiyaç duyulan orman göl ırmak gibi tabii kaynakları kullanmaktan alıkonamaz. Bir klan veya kabile üyesi olmak kişiye doğrudan, o klan veya kabilenin tasarrufunda bulunan doğal çevreyi kullanma hakkı sağlar. Bu alanlarda

⁷⁴ Benedict, **Kültür Örüntüleri**, s.117. Evleri erkeğin inşa etmesine rağmen mülkiyetin kadına ait olması nedeniyle Zuni örneği ilginçtir

⁷⁵ H. Kelsen, **Society and Nature, A Sociological Inquiry**, s.18, Kegan Paul, Trench Trubner & Co. Ltd. London, 1946

⁷⁶ Malinowski, **Crime...**,s.20 - Gluckman, **Politics...**, s. 58 - Service, **op. cit.**, s. 72

⁷⁷ Kelsen, **op. cit.**, s.18

⁷⁸ Service, **op. cit.**, s. 72

⁷⁹ Schapera, **Tswana...**, s.215

günde ortalama üç saatlik bir çalışma kişiye ihtiyaç duyduğu temel maddelerin sağlanması için yeterlidir.⁸⁰ İhanet, tabuların çiğnenmesi vb. ağır suçlar işlenmedikçe kişi klan ve köyünden sürgün edilemediği gibi, toprak ve diğer alanları kullanması da engellenemez. Malinowski'nin Trobriand adası yerlilerinin kullandığı balık teknesi üzerine söyledikleri konuyu son derece iyi özetlemektedir: Teknenin mülkiyeti gerçek bir kişiye aittir ve ayrıca mürettebatı bulunur. Gerek malikin gerek çalışanların birbirlerine karşı adetlerce belirlenmiş bir dizi yükümlülükleri vardır. Tekne sahipliği, çalışma yükümlülüğü, balıkların dengeli paylaşımı, bakım ve diğer işler çevresinde oluşan öyle bir ilişkiler zinciri kurulmuş ki bu ilişki ne komünist ne de kapitalist ilkelerle açıklanabilir.⁸¹ Söylenebilecek şey, tekne sahipliğinin yani mülkiyetin, kaba sömürü ilişkilerini, işçilere dayatmaktan uzak konumda olduğudur. Hiç kimse, şahsına ait bir eşya dolayısıyla diğerinin zararı pahasına menfaat elde edemez.⁸²

Bir üst yapı olmadan altyapının olamayacağını,⁸³ toplumsal ilişkilerin, mülkiyetin üzerine çıkarak kendi şartlarını dayatabildiğini bu toplumlarda görebiliyoruz. Sebebine gelince, kapitalizm öncesi ekonomi, aslında günümüzde ekonomi olarak adlandırılan ilişkiler zincirinin reddine dayanmaktadır. Burada ekonomik edimler, simgesel anlam taşır ve bu değişim mübadelenin herşeyden önce kişisel bağlar oluşturmaya yarayan bir simge olmasıyla kendini açığa vurur.⁸⁴ Zenginlik, bireysel çıkarın korunması amacıyla çok toplumsal statü ve hakların korunması amacıyla hizmet ettiği için arzu edilmektedir. Maddi zenginliğe bu amaçlara hizmet ettiği sürece değer verilir. Üretim, dağıtım ve mübadelenin her bir aşaması ekonomik değil, toplumsal çıkara göre ayarlanmış ilişkiler zinciri olup toplumdan topluma değişmekle birlikte her durumda ekonomi dışı amaçlara hizmet etmektedir.⁸⁵ Cömertliğin baş tacı edildiği, toplumsal statü elde etmenin paylaşmadan geçtiği bu toplumlarda mübadele yoluyla elde edilen şey, kâra dayanan sermaye değildir. Toplumdan saygı görmek, itibar ve statü elde etmek, kısaca "toplumsal sermaye"ye ulaşmak, tüm mübadelelerin ve teşebbüslerin nihai amacını oluşturur.⁸⁶ Servet hiçbir toplumda, özellikle ilkel toplumlarda, günümüzde ki gibi toplumsal ilişkilerin tek belirleyicisi konumunda değildir.

Örneğin Zuni'ler, mülkiyete ilişkin değer yargılarını öylesine düzenlemişlerdir ki tören ayrıcalıklarına sahip olmak, zengin olmaktan çok daha önemli hale gelmiştir.⁸⁷ Amerikanın Kuzey Batı sahillerinde yaşayan Kızılderililerde, ekonomi maddi ihtiyaçların karşılanmasının

⁸⁰ Chagnon, *op. cit.*, s.170

⁸¹ Malinowski, *Crime...*, s.20

⁸² Service, *op. cit.*, s. 24

⁸³ Sahlins, *Tarih Adaları*, s.157

⁸⁴ Bourdieu, *op. cit.*, s.189

⁸⁵ Polanyi, *op. cit.*, s. 88-89

⁸⁶ Service, *op. cit.*, s. 21

ötesinde geçmiştir. Bu toplumlarda en değerli kabul edilen imtiyaz, şarkılar v.b. hakların, çok az maddi değeri vardır.⁸⁸ Şöhretli ve soylu olmak için büyük emekler sonucu biriktirilen servet ve zenginlik, çelişik biçimde ya dağıtılır ya da doğrudan yok edilir. Zenginlik, toplum tarafından öyle tanımlanmıştır ki elde avuçta ne varsa dağıtmayı zorunlu kılar. Mülkiyet, ihtiyaçların giderilmesi amacından çok, rekabette diğerlerini geçebilmek için istenir.⁸⁹ Toprak sahibi olanlarla olmayanlar farklı toplumsal sınıflar oluşturmazlar. Sermaye birikiminin yetersizliği, herhangi bir grubun diğerini sömürmesine veya denetim altına almasına engeldir.⁹⁰ Soyluluk ve şöhretin her basamağı bir öncekinden daha fazla değeri dağıtmak anlamına gelir.⁹¹

İlkel toplumların “eşitlikçi toplum” olarak adlandırılmasına⁹² yol açan bu veriler mutlak olarak düşünüldüğünde yanılgılara yol açacaktır. Modern toplumlara göre daha az olsa da hem kişiler, hem aileler, hem de ailelerin oluşturduğu akraba grupları arasında zenginlik ve asalete dayalı servet ve statü farklılıklarına rastlanır. Zerzan, eşitlik kriterinin tarım toplumları ile avcı-göçebeler arasındaki sınırı çektiğini belirtir ve Afrika’da yerleşik avcı-toplayıcı San toplumunun eşitlikçi yapısını muhafaza ederken komşuları tarım yapan Bantu kabilelerinin hiyerarşik temelli olduğunu söyler.⁹³ Servete dayalı ileri derecede katmanlaşmış Kalinga toplumu bu haliyle sınıflı bir toplum sayılabilir. Soylu klanların Reis ve Kralı seçtikleri Malinezya ve Afrika kabileleri de bir başka açıdan tabakalı toplumlara örnektir. Kast sisteminin en katı haliyle uygulandığı Hint toplumları da dünyadaki en katı sınıflı toplumu temsil etmektedir. O halde bu toplumları modern toplumlardan kalın bir çizgiyle ayıran nitelikler nelerdir? Kast sisteminin uygulandığı toplumları ayrı tutarsak, ilkel toplumlar, kişileri belirli yapı ve kalıplar içinde tutmak açısından daha gevşektir. Mülkiyet hakkı, mutlak, dokunulmaz ve kutsal bir hak olarak görülmez. Kabile üyeliği ve diğer ilişkilerle sınırlanmış bir değişkendir. Eğer bu iki toplum türü arasında bir farklılık sözkonusu olacaksa, bunun öncelikle toplumsal yapının katmanlaşmasına yol açan unsurlarda aranması gerekir. Katmanlaşma veya sınıflı toplum yapısı, nüfus artışı ve gıda üretimiyle bağlantılı olarak servet birikimiyle doğrudan ilişkilidir. Bu toplumlar, sömürüyü kurumsallaştıracak üretim teknolojilerinden mahrumdur. Eğer Güney Amerika And Dağları yerlileri örneğinde olduğu gibi gelişmiş bir tarım ve sulama sayesinde, ihtiyaçtan fazla gıda üretilmiş ise

⁸⁷ Benedict, **Kültür Örüntüleri**, s. 97

⁸⁸ **Ibid.**, s.197

⁸⁹ Sahlins, **Tarih Adaları**, s. 250

⁹⁰ Lewis, **op. cit.**, s.76-77

⁹¹ Benedict, **Kültür Örüntüleri**, s.198

⁹² Diamond, **op. cit.**, s. 24 -Kottak, **Antropoloji...**, s. 272; Yazarlar yerleşik olmayan, avcı-toplayıcı oba ve kabilelerin eşitlikçi yapısına vurgu yapmaktadır.

hiyerarşik toplum ve sömürü ilişkilerinin, hemen ilkel toplumsal yapıya hakim olduğunu görüyoruz.⁹⁴

Eşitlikçi toplumsal yapıyı, “Soylu Yaban” yerine, nüfus, üretim araçları ve kurumsallaşmış sömürü düzeneğinin kurulmasındaki yetersizliklerde aramak daha mantıklıdır. Gevşek bir katmanlaşma ve hiyerarşi nedeniyle toplumsal hareketliliğe imkan tanıyan bir yapı sözkonusudur. Soyluluğun belirli klanlara hasredildiği şeflikleri dışarda bırakmak şartıyla, eğer bir bölünme sözkonusu ise en alt tabakadan en üst tabakaya dikey hareketlilik bir kuşak içinde mümkün olduğu halde, gelişmiş toplumlar için aynı şey mümkün değildir. Weber’in de işaret ettiği gibi, modern toplumlarda belirli uzmanlıklara dayalı mesleklerin uzun ve pahalı bir eğitim sürecine ihtiyaç duyması bunun da ancak belirli bir sınıfa mensup kişilerce karşılanabilmesi⁹⁵ dikey hareketliliği sınırlayan bir unsurdur. Mesleklere dayalı işbölümü modern insanların büyük bir çoğunluğunu tam zamanlı çalışır hale getirmiştir. Oysa hiçbir ilkelin uzmanlığı, öğrenilmek için, böylesine ağır ve pahalı bir eğitim sürecine ihtiyaç duymaz.

İlkel insanın günde birkaç saat çalışarak hayatını idame ettirdiği düşünülürken, modern insanların ömür boyu çalışmaya mahkum edilmiş özgür köleler olduğu ortaya çıkar.⁹⁶ Üstelik modern toplumlar tüm niteliklerin tek niceliğe yani paraya indirgenebildiği toplumlardır. Oysa para ekonomik yapısı gereği, ilkel toplumlarda modern ekonomide oynadığı büyümlü-sihirsel rolü oynayamaz. Para servet birikimini ve aktarılmasını olağanüstü kolaylaştırarak, zenginliğin eşitsiz dağılımını pekiştirmekte, bu ise toplumsal katmanlaşmayı artırmaktadır.

Bu yapının kurulması ve sürdürülmesindeki kilit rolü dolayısıyla miras hukukuna da değinmek gerekir. Servet ve prestij kaynağı olan ekonomik değeri yüksek gayrimenkul, inek, domuz ve para yerine kullanılan inci, deniz kabukları v.s. nin miras bırakılması kabul edildiğinde,⁹⁷ çalışmak zorunda olmayan insan grupları oluşur. Bu, servet dolayısıyla doğuştan farklılık demektir ve toplumsal katmanlaşmanın hızlanarak artması, kaçınılmaz sonuç haline gelir. İncelenen tüm toplumlarda, miras hukukunun kıskançlıkla korunan kurallara bağlanması, ilkel toplumların eşitsizliğe temayüllerinin diğerlerinden farklı olmadığını göstermektedir. O halde ilkel toplumlar için kullanılan “eşitlikçi toplum” kavramı, olumlu bir ahlaki değere sahip olmak yerine, eşitsizliği kurumsallaştıracak kültürel

⁹³ Zerzan, *op. cit.*, s. 31

⁹⁴ Clastres, *op. cit.*, s. 81-82

⁹⁵ Weber, *op. cit.*, s. 214

⁹⁶ Chagnon, *op. cit.*, s.170

⁹⁷ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 27

yapılardan yoksunluk şeklinde anlaşılmalıdır. Her iki toplum üyelerinin de zenginliğe bakış açısı aynıdır. Toplumsal katmanlaşmanın dayanağını ikisinde de servet oluşturur. Modern bir toplumda mesela İngiltere’de yönetici elite dahil olmak için iyi bir eğitim yanında bunu mümkün kılacak bir servet gereklidir. Servet, Kalinga toplumunda *Pangat*, Kapauku toplumunda *Tonowi* olmak için gereken şeydir. Servetin oynadığı rol açısından burada da bir farklılık yoktur. Kapitalistleşmeyi geniş halk yığınlarını mülksüzleştirme süreci olarak kabul ettiğimizde, temel farklılığa ilişkin bir ipucu yakalayabileceğimizi düşünüyorum. Servetin belirli ellerde birikim süreci, ilkel toplumlar için bir hayli yavaş, çoğu zaman da imkansızdır. Üstelik bu toplumlarda hiç kimse geçim araçlarından mahrum edilmez. Oysa modern ekonomi, servetin kartopu şeklinde çoğalmasının tarihidir.

Biraz önce de söylediğimiz gibi, ilkel toplum kavramı kendi içinde homojen bir yapıya işaret etmez. Avcı- Toplayıcılar nüfus, servet birikimi ve siyasal örgütlenmede gösterdikleri yetersizlikler nedeniyle herhangi bir katmanlaşmaya izin vermeyen toplumlardır. Burada cesur bir savaşçının, obanın lideri olmaması için herhangi bir engel yoktur. Dolayısıyla dikey hareketliliğin en yaygın ve en hızlı olduğu gruba bunları örnek verebiliriz. İlkel toplum içinde incelenen Kapauku’da ise statü ve servet neredeyse eş anlamlı kelimelerdir. Serveti olmayanlara aşağılayıcı biçimde çapulcu denir ve ancak zengin bir kişinin toplum sorunları hakkında söz söyleyebileceği kabul edilir. Botswana özdeyişi; “Ancak sığırı olan adam konuşabilir.”⁹⁸ vecizesiyle durumu ifade eder.

3. EN SIK RASTLANAN İHTİLAFLAR:

Daha önce, suçlarla toplumsal değerler arasında bir paralellik kurmuş ve her toplumun özgün bir suç profili ortaya koyduğunu söylemiştik. Bunun doğal sonucu, toplumların genel çizgileri benzeşen ama özgünlüğünü koruyan bir hukuk sistemi ortaya koymasıdır. Aşağıda cinayetten, büyüye kadar bir dizi suçun, farklı toplumlarda nasıl değerlendirildiğini ve çözüme kavuşturulduğunu bulacaksınız. Suça bakış açılarını ve çözüm usûllerini değerlendirerek, yalnızca o toplumları daha yakından tanıma imkanı bulmayacak, aynı zamanda kendi toplumumuz için ipuçları da elde edeceğiz. Şu uyarının hemen yapılmasında büyük yarar var: İşlenen suçlara ne kadar ilginç çözümler üretilirse üretilsin, hepsinin altında o toplum için geçerli sağlam bir mantığın olduğu kabul edilmelidir. Bir başka toplum üyesine tutarsız görünen mantığın, kendi toplumu için son derece işlevsel olması hiçde az rastlanan bir olgu

⁹⁸ O. Gulbrandsen, *Living Their Lives in Courts: The Counter-Hegemonic Force of the Tswana Kgotla in a Colonial Context*, s. 148, *Inside and Outside of Law* Ed., Olivia Harris, Routledge, London, 1996

değildir. Önemli olan ulaşılan çözümlerin, o toplumun adalet duygusuna uygun düşmesi ve üyelerin adalet talebini karşılamaıdır.

a) Cinayet:

Erken dönem antropologlar, küçük bir kabiledede yaptıkları birkaç yıllık saha çalışması sonucu yazdıkları eserlerde, herhangi bir cinayet vakasına rastlamadıkları için, ilkel insanları yumuşak başlı itaatkar ve şiddetten kaçınan insanlar olarak resmetmişlerdir. Anarşi ve karmaşa yerine belirli bir düzenin varlığı, kurallara içgüdüsel olarak itaat eden “soylu yaban” kavramının literatüre girmesine neden olmuştur.⁹⁹ Nüfus hacminin ve yoğunluğunun az olması, uyuşmazlıkların sayıca az görülmesinin başlıca sebebidir.¹⁰⁰ Oysa yapılan istatistiki çalışmalar, cinayetin başlıca ölüm sebeplerinden biri olduğunu göstermektedir.¹⁰¹ Yanomamö toplumunda tüm ölümlerin %25’i savaş ve şiddet olaylarından meydana gelirken, yetişkin erkeklerin %40’ı en az bir cinayete iştirak etmiştir.¹⁰²

Kasten veya ağır kusurla işlenen cinayetlerde fail ölüm cezasına çarptırılır. Cezanın böylesine açık bir şekilde ifade edilmiş olmasına rağmen cinayet, en karmaşık, halli en güç ve uzun süren ihtilafların kaynağını oluşturur. Çoğu zaman bir kan davası, sıradan bir cinayetin tarafları tatmin etmeyen şekilde çözülmesi üzerine patlak verir. Kan davaları, toplumsal gelişimin ilk evrelerine kadar izlendiğinde, cinayetin toplum tarafından örgütlü biçimde cezalandırılan en eski suç olduğu görülür.¹⁰³

Failin kastı birçok toplumda titizlikle araştırılır. Mesela Kalinga toplumu, failin ağırlığı ile failin kusurluluğunu dikkatle araştırır. Çünkü kasten adam öldürme ile kasdi olmayan öldürmeler diyet açısından birbirinden farklıdır.¹⁰⁴ Kalinga geleneklerine göre; kesin bir şekilde ispat edilmek şartıyla, kaza sonucu meydana gelen ölümlerden kişi sorumlu tutulmaz.¹⁰⁵ Kaliforniya Yurokların’da yalnızca olgu ve zarar miktarı gözönüne alınır. Hiçbir zaman niyet, ihmâl, taksir veya kast soruşturulmaz.¹⁰⁶ Suçun tasarlanmış olması da Yuroklar için ağırlaştırıcı bir unsurdur.¹⁰⁷ Ancak genel olarak kastın birçok toplumda dikkate alındığını, taksir ve ihmâl sonucu oluşan ölümlerle, kaza ve tesadüf sonucu meydana gelmiş

⁹⁹ Scheurmann, *op. cit.*, s. 20-21-C. Wells, *İnsan ve Dünyası*, s.153, Çev.: Bozkurt Güvenç, Remzi, İstanbul, 1994

¹⁰⁰ Schwartz –Miller, *Ibid.*, s. 203

¹⁰¹ Diamond, *op. cit.*, s. 372

¹⁰² Chagnon, *op. cit.*, s. 375

¹⁰³ Kelsen, *op. cit.*, s. 54

¹⁰⁴ Özcan, *İlkel Toplumlarda...*, s. 245

¹⁰⁵ Barton, *The Kalingas...*, s. 220

¹⁰⁶ A.R. Radcliffe- Brown, *Structure and Function in Primitive Society, Essays and Addresses*, s. 216 with a foreword by E.E. Pritchard and Fred Eggan, The Free Press, New York, 1965

ölümlerin cezalarında, ciddi bir indirim yapıldığını görüyoruz. Örneğin gerçek kaza ve tesadüfler, (Afrika) Botswana'da yaşayan Ngwato ve Kgatla kabilelerinde cezalandırılmaz. Hatta Yanomamö'ler uyuşturucu alan kişilerin de eylemlerinden dolayı sorumluluklarının olmadığını kabul etmiştir.¹⁰⁸ Bunun yanısıra, tecavüz, hırsızlık veya öldürme kastıyla hareket eden saldırganın öldürülmesi de meşru müdafaa kapsamında görüldüğü için, kendini savunan kişi cezalandırılmaz.¹⁰⁹

Ağır ihmal yahut taksir sonucu bir ölüm meydana gelmişse, çok yüksek oranlı bir tazminat faili ölüm cezasından kurtaracaktır. Afrika Lango toplumunda klanlar arası cinayet, üyesini kaybeden klana, evlilik için gerekli başlık parasına denk miktarda sığırın, tazminat olarak ödenmesiyle çözüme kavuşturulur. Cinayet sonucu üyesini kaybeden taraf, sığırları yeni bir evlilik için kullanacak, doğacak çocuklarla eski gücüne kavuşabilecektir.¹¹⁰ Bölgede başlık parası olarak ödenen ortalama yedi sığır, cinayetlerde tazminat olarak ödenen miktara denktir.¹¹¹ Nuer kabilesinden Basilisk, Frank'ın karısıyla zina yapmış ve Frank tarafından öldürülmüştür. Basilisk'in yakınları iki seçenikle karşı karşıyadır; ya kan davası güdüp Frank'ı öldürecekler ya da tazminat olarak ödenecek sığırlarla, kendilerine bir gelin alıp soylarının güçlenmesini sağlayacaklar.¹¹² İkinci şıkkın tercih edilmesi, tarafların aynı klana mensup olmaları nedeniyle daha mantıklıdır. Katilin yeteri kadar sığırı yok ve fakat evliliğe uygun bir kız kardeşi varsa maktülün erkek kardeşi, tazminat olarak bu kızı alabilir. Böylece başlık parası ve diyet arasında kurulan örtülü ilişki, yerini doğrudan mübadeleye bırakır. Zuni ve Pueblo toplumlarında cinayet nadiren işlenen bir suçtur. Ailelerin devreye girerek tespit ettiği tazminatın ödenmesiyle çabucak çözüme kavuşturulur.¹¹³ Böyle durumlarda kan davası güdülmemesi, uyumlu toplumsal yapının doğal sonucudur. Kapauku'da bir cinayet işlendiğinde cezanın belirlenmesi, ancak kimin öldürüldüğü sorusu cevaplandırıldıktan sonra mümkün hale gelir: Adam öldürmek suçu aynı sibe mensup birine karşı işlenmişse katil oklanarak öldürülür. Maktül aynı konfedarasyonda fakat bir başka sib'e mensup ise katil cezalandırılmak üzere, kendi akrabalarının öldürülenin yakınlarına teslim edilir. Siyasi bütünün dışından birini öldürülmek ise cezalandırılmayı gerektiren bir suç olarak görülmez.¹¹⁴ Kalinga'da domuz avına çıkan iki kuzenden biri diğerini kazaen çok ciddi şekilde yaralamış, yaralı, olay yerine gelen çocuklarına, yaralamasının tamamen bir kaza sonucu oluştuğunu ve

¹⁰⁷ Wells, *op. cit.*, s.151

¹⁰⁸ Chagnon, *op. cit.*, s. 234

¹⁰⁹ Schapera, *Tswana...*, s.260 - Barton, *The Kalingas*, s. 229

¹¹⁰ Moore, *Ibid.*, s. 375

¹¹¹ *Ibid.*, s. 393

¹¹² Kottak, *Cultural...*, s.148

¹¹³ Benedict, *Kültür...*, s.117,133

kuzenin her hangi bir şekilde cezalandırılmaması gerektiğini açıkladıktan sonra ölmüştür. Ölümden sorumlu kuzen, yalnızca cenaze masraflarına katılarak cezalandırılmaktan kurtulmuştur.¹¹⁵

Nüfus baskısını azaltmak için, tüm avcı-toplayıcı toplumların, çocukları düzenli bir şekilde öldürdüğünü biliyoruz.¹¹⁶ Daha sonra değinilecek olan bu uygulamaya göre, toplum olağan hale getirdiği fiili, artık cinayet olarak kabul etmez. Günümüz ceza hukukuyla bağlantısı nedeniyle zikretme gereği duyduğum bir başka benzerlik de gayri meşru çocuğunu öldüren anneye gösterilen hoşgörölü ve yumuşak tavidir.¹¹⁷

Tswana'da cinayet işleyen fail, köy dışındaki yüksek kayalıklardan aşağı atılarak cezası infaz edilir. Ceset, kurt ve çakallara bırakılır. Maktulün yakınlarına bir tazminat ödemesi yapılmaz.¹¹⁸

b) Tecavüz:

Kadınlara tecavüz etmek hemen hemen tüm toplumlarda ağır bir suçtur. Eylemin önceki dönemlerde cezasının çok daha ağır olduğunu ve failin ölümle cezalandırıldığını¹¹⁹ söylemek mümkündür. Ancak genel eğilim, fiilin "cinsel hırsızlık"¹²⁰ olarak görülüp, mağdurun bir tazminatla tatmin edilmesi yönündedir. Reed'in, kadının kocaya ait bir mal olarak görüldüğü için tecavüzün cezalandırıldığını¹²¹ söylemesi de bu kabulün dışında değildir. Çünkü her iki halde de suçun mağduru kadının kocasıdır.

Tazminatın nasıl tespit edildiğine gelince. Birçok toplum bazı kıstasları ortaya koyarak uygulamayı standart hale getirmiştir. Özellikle Afrika ve Kapauku'da, evlilik sırasında kadının ailesine ödenen başlık parası, mağdur kocaya tazminat olarak ödenecek bedele esas teşkil eder.¹²² Bu bedele başlık parası yanında elbise, ziynet ve gıda almak için yapılan masraflar da eklenir. Mağdur koca kavramı kesinlikle tesadüfen kullanılmamıştır. Zira suçun mağduru, kadın üzerinde hakimiyet kuran erkektir. Kadın çoğu zaman erkeğin

¹¹⁴ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 146

¹¹⁵ Barton, *The Kalingas...*, s. 220

¹¹⁶ Service, *op. cit.*, s. 28

¹¹⁷ Schapera, *Tswana...*, s.261

¹¹⁸ *Ibid.*, s.260

¹¹⁹ *Ibid.*, s.261

¹²⁰ Pospisil, *The Kapauku...*, s.55. Zinanın da, Avustralya yerlilerince "cinsel hırsızlık" olarak tanımlandığını görüyoruz. V., Cemal, *op. cit.*, s. 220

¹²¹ Reed, *op. cit.*, C.II, s. 196

¹²² R. Verdier, *Ontology of the Judicial Thought of the Kabré of Northern Togo*, s. 143, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997 - Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 169

mülkiyetinde bir varlık¹²³ olarak düşünül­düğü için, üzerinde hakimiyeti olan koca, baba, ağabey, erkek kardeş, amca gibi kişilerin, suçtan asıl zarar gören kişi olduğu kabul edilir. Bekar bir kıza tecavüz edilmişse, tazminat olarak, evlenmiş olsaydı ödenecek başlık parası babasına ödenecektir. Çünkü baba, suç nedeniyle kızını evlendirmekte zorluk çekecek belki de başlık parasından mahrum olacaktır. Bu ise kendisi için son derece ağır bir maddi kayıp anlamına gelir. Suçun mağduru koca baba vs. olduğu için dava bu kişiler tarafından açılır, alınacak tazminat da bu kişilere ait olur.¹²⁴ Benzer düşünce biçimi, günümüz Anadolusun'da bile geçerliliğini korur; kaçırılan kızları dolayısıyla yüklü başlık parasından mahrum kalan ailenin şerefi, ancak kızın başlık parasının ailesine ödenmesiyle kurtarılmıştır.¹²⁵

Kendisine tecavüz eden adamı kuzeniyle pusu kurarak öldüren Onek isimli kadın, sömürge idaresince kurulan bölge mahkemesinde yargılanmış, ancak kadın ve kuzen ceza almamıştır. İki bölge arasındaki barışçı ilişkiler de zarar görmemiştir. Çünkü iki yanışın birbirini iptal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.¹²⁶

Surinam Djukaların'da kızın ailesine 50 Surinam Guilders yani yaklaşık 30 Amerikan doları ödenir ki bu para 1960'lı yıllarda ortalama insanlar için büyük bir meblağdır. Tazminat ödemeyen fail, sömürge idaresi polisine şikayet edilecektir.¹²⁷

Ceza kanunumuzla paralel bir uygulamadan bahsetmek istiyorum. Tswana'da bekar kıyla ilişkiye girip hamile bırakan delikanlı, şayet kıyla evlenirse tazminat ödemekten kurtulur. Ancak buna rağmen evlilik gerçekleşmezse tazminatı ödemek zorundadır.¹²⁸

Tswana'da çok sayıda sığır kadının kocasına veya babasına verilirken, Ngwato kabilesinde ek olarak, faile ağır bir dayak da atılır. İhtilafı çözen mahkemeye de ziyafet vermesi için bir sığır sunulur.¹²⁹

¹²³ Sahlins, *Tarih Adaları*, s. 41

¹²⁴ Schapera, *Tswana...*, s.263

¹²⁵ Ünsal, *op. cit.*, s.104

¹²⁶ Barton, *The Kalingas...*, s. 250

¹²⁷ A.J.F. Köbben, *Law at the Village Level: The Cottica Djuka of Surinam*, s. 129, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

¹²⁸ Schapera, *Tswana...*, s.265-266

c) Zina :

18.yüzyılda Afrika'da yaşıyan Hotanto toplumu için zina bir tabu olup cezası ölümdür.¹³⁰ Özellikle yüksek statülü erkeklerin karılarıyla yapılan zina ile suçüstü yakalanma halinde cezası daha ağırdır.¹³¹ Ceza, eski zamanlara göre bir hayli yumuşamıştır; suçüstü yakalanan zanilerin öldürülmesi, önceki dönemlerde yaygın bir cezalandırma olmasına karşın, şimdilerde yalnızca sıkı bir dayak atılması ve öngörülen tazminatın tahsili yeterli görülmektedir.

Pospisil, ağır mali kayıplar nedeniyle, önceleri yalnızca fakir erkeklerin zina yapan karılarını öldürmekten vazgeçtiğini, daha sonra tüm erkeklerin aynı şekilde davrandığını, şimdilerde zina yapan kadınların yalnızca dövüldüğünü yazmıştır. Sonuç olarak cezada belirgin bir yumuşamanın olduğu açıktır.¹³² Örneğin karısını aşığıyla mağarada yakalayan Comanche, karısının saçlarını bıçağıyla kesip dayak attıktan sonra, zani adamdan 6 at, eyer ve koşu takımlarıyla, savaş elbiselerini tazminat olarak aldıktan sonra, karısıyla yaşamaya devam etmiştir.¹³³

Eskimolar'da durum biraz farklılık gösterir; erkekler, karılarının başkalarıyla ilişki kurmasına izin verir ve bu bir kıskançlığa ya da ihtilafa yol açmaz. Buna rağmen ihtilafların çoğu kadınlar yüzünden çıkar. Zina ve kadın kaçırma en sık rastlanan suçlardandır.¹³⁴ Birçok durumda zina, yalnızca tarafları ilgilendiren özel kusur veya özel suç kapsamında görülür.¹³⁵ Surinam Djuka'ları da zinayı günah olarak görmezler. Yalnızca kocanın sahip olduğu bir hakkın ihlali olarak düşünülür. Dolayısıyla suçüstü yakalansa dahi, zani yalnızca sopa veya kırbaç gibi yaralayıcı aletler kullanılmadan dövülür. Tarafların ileri gelenleri ödenecek tazminatı müzakere eder, tespit edilen tazminat ödenmekle ihtilaf kapanır.¹³⁶ Kapauku, Avustralya ve Andaman toplumlarında zina "cinsel hırsızlık" olarak adlandırılır. Mağdur kocaya tazminatın ödenmesi, ihtilafın çözülmesi için yeterlidir.¹³⁷ Birçok durumda tazminat, evlilik sırasında kadın için ödenen başlık parasına denk bir meblağdan oluşur.¹³⁸ Afrika

¹²⁹ *Ibid.*, s.260

¹³⁰ G. Badou, *Hotanto Venüsü*, s. 43-44, Çev.: Pınar Dirim, Epsilon, İstanbul, 2003

¹³¹ Malinowski, *Crime...*, s.118

¹³² Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 285

¹³³ Hoebel, *Law-Ways...*, s. 190

¹³⁴ Kottak, *Cultural...*, s.139

¹³⁵ E. A. Hoebel, *Man, in the Primitive World, An Introduction to Anthropology*, McGraw-Hill Book Company, New York, 1958, s. 476

¹³⁶ Köbben, *Ibid.*, s.120-121,

¹³⁷ Pospisil, *The Kapauku Papuans...*, s.55. – Cemal, *op. cit.*, s. 221

¹³⁸ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 169

Pakotların'da Hawk ve Dove klanları arasında yapılan zina için, bir kulübe dolusu keçi ve iki buzağı tazminat ödenmesine karar verilmiştir.¹³⁹

Kapauku'da aşığıyla kaçan evli kadın için, başlık parası kadar bir tazminat mağdur kocaya ödenirse düşmanlık için çok az sebep kalmış demektir.¹⁴⁰ Afrika Kgatla'da 4-8 arası sığır tazminat olarak kocaya ödenecektir. Diğer bölgelerde sığır sayısı bir miktar daha yüksek tutulmuştur.¹⁴¹ Genelleştirilmiş karşılıklılığın bir sonucu olarak, failin aynı bölgeden olması, tazminat miktarının düşük tutulmasına yol açar.

Tangu'da zina toplumsal değil kişisel bir sorunu olarak görülür ve bu sebeple boşanma, tazminat gibi kişi odaklı yaptırımlar uygulanır.¹⁴² Zuni'ler için zina, kadının kocasını değiştirme sürecinin bir parçasıdır ve ayrılık dışında bir yaptırımı bulunmaz.¹⁴³ Meksika'da ise erkeğin bir ayrıcalığı olarak düşünülür; iyi bir eş kocasının kendisini aldatmasına ses çıkarmamalıdır. Ancak erkeğin zinasının çocuklara hastalık getireceğine olan inanç nedeniyle, kıskanç kadınlar çocukları hastalandığında kocalarını zinayla suçlar.¹⁴⁴

Kalinga'da suçüstü yakalanan zani erkek genellikle öldürülür. Diğer hallerde kocaya bir tazminat ödemesi yapılır. Tazminat miktarı yaralama ve öldürmeye göre düşüktür çünkü yalnızca kocanın öç alma hakkından vazgeçmesi karşılığıdır.¹⁴⁵

Kocasını aldatan Yanomamö kadının en hafif cezası bıçakla yaralanmaktır. Kimi zaman kızgın kocalar karılarını okla öldürerek cezalandırırlar.¹⁴⁶ Başka bir olayda çılgına dönen koca, baltayla karısının kolunu keserken bir diğeri karısının iki gözünü çıkararak kör etmiştir.¹⁴⁷ Bone isimli Comanche koca, başkasıyla ilişkisini itiraf eden karısının burnunun yarısını keserek cezalandırmıştır.¹⁴⁸ Çok karılı aileye sahip olan Jibaro erkeği çok kıskançtır ve bu nedenle, zinaya oldukça sert tepki verir. Erkeğin aldatan karısını bıçak veya mızrakla yaralaması bazan da öldürmesi olağandır.¹⁴⁹

¹³⁹ Gluckman, *Politics...*, s.113

¹⁴⁰ Pospisil, *The Kapauku Papuans...*, s. 61

¹⁴¹ Schapera, *Tswana...*, s.267

¹⁴² K.O.L. Burridge, *Disputing in Tangu*, s. 232, *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannan, The National History Press, New York, 1967

¹⁴³ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.124

¹⁴⁴ Lewis, *op. cit.*, s.110,135

¹⁴⁵ Barton, *The Kalingas...*, s. 245

¹⁴⁶ Chagnon, *op. cit.*, s. 243

¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 245

¹⁴⁸ Hoebel, *Law-Ways...*, s. 202

¹⁴⁹ R. Karsten, *Blood Revenge and War Among The Jibaro Indians of Eastern Ecuador*, s.310, *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannan, The National History Press, New York, 1967

Surinam Lantiwe köyünde *Ba Bemba ve Sa Pabieng* zina yapmış, akraba grupları müzakereler sonucu 2 şişe likörün mağdur kocaya tazminat olarak ödenmesini kararlaştırarak ihtilafı çözmüşlerdir.¹⁵⁰

d) Nas-ı Izrar:

Kişi, malına verilen zarar nedeniyle duruma göre iki şıktan birini seçecektir. Ya malın değerini tazminat olarak alır veya eski hale iade ister. Bu halde zarar gören mal yenisiyle değiştirilir veya tamir edilir: Ölen ineğin yerine bir diğerrinin tazminat olarak verilmesinde olduğu gibi.

Tazminatın belirlenmesinde, failin kusurluluğu önem taşır. İhmal sonucu veya kasten verilen zararların tazmini zorunlu olduğu gibi, bazı hallerde kazayla oluşan zararlardan dahi sorumluluk söz konusudur.¹⁵¹ Kapauku ve Tswana'da hayvanların ekili tarlalara verdiği zararlardan sahipleri sorumludur.¹⁵² Çobanlar da görevlerini iyi yapmadığı için dövülür. Zarar veren hayvan bir köpek ise öldürülür.¹⁵³ Yeni Gine Tangu'da domuz avı için kurulan tuzağa, bir av köpeği düşmüş ve telef olmuştur. Tuzağın sahibiyile, köpeğin sahibi farklı köylerden olmasına rağmen, bu tür kayıplarda meşru kabul edilen 1 sternlik tazminatın ödenmesi, ihtilâfın çözümü için yeterli olmuştur.¹⁵⁴

Şayet malına zarar verilen kişi farklı bir kabilenin üyesi ise tazminat ödenerek halledilecek mesele, savaşa kadar uzayacak ihtilafların kaynağı olabilir. Karsten'in belirttiği gibi evcil hayvanların ekili arazilere verdiği zararlar, Ekvator'da yerleşik Jibaro toplumu için başta gelen savaş sebeplerinden biridir.¹⁵⁵

Ifugao ve Bantu toplumlari kazayla oluşan zararlardan kişileri sorumlu tutmaz.¹⁵⁶

e) Hırsızlık :

Kimi yazarların ilkel toplumlari "Oralarda hırsızlık işlenmesi olanaksız bir suçtur çünkü çalınacak şey azdır"¹⁵⁷ türünden cümlelerle tasvir etmesi, insanı şaşkına çevirmektedir. Bu tür iddiaların ciddiye alınacak bir tarafı yoktur. Çünkü inceleme konusunu oluşturan toplumlarda en yaygın suçlardan biri hırsızlıktır. Ancak bir ayrıntı olarak şu bilinmelidir ki

¹⁵⁰ Köbben, *Ibid.*, s.122,

¹⁵¹ Schapera, *Tswana...*, s.270

¹⁵² Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 197

¹⁵³ Schapera, *Tswana...*, s.270

¹⁵⁴ Burridge, *Ibid.*, s. 227-228

¹⁵⁵ Karsten, *Ibid.*, s.309

¹⁵⁶ Wells, *op. cit.*, s.151

¹⁵⁷ Wells, *op. cit.*, s.149 - M. Tezcan, *Kültürel Antropoloji*, s.134, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara,1997

mülkiyet esasına dayalı katmanlaşmış toplumlarda hırsızlık, servet birikiminin olmadığı toplumlara göre daha fazladır. Hırsızlığın, avcı-toplayıcı toplumlarda, mesela Eskimolar'da,¹⁵⁸ veya Amerika Zuniler'inde,¹⁵⁹ Kalinga ya da günümüz devletli toplumlarına göre daha az olmasının nedeni, çalınacak şeylerin az olması değil, tabii kaynaklara serbestçe ulaşabilme imkanlarının tüm üyelere sunulmasıdır.¹⁶⁰ Buna rağmen bir avcı toplayıcı Lakota üyesinin Crow kabilesine ait yüzlerce atı yağmalaması Şamanlık yapan İri Boynuzlu Kara Geyik'in anlatılarına rahatça girmiştir.¹⁶¹ İndirgemeci yaklaşımlardan sakınmak hataların azaltılması açısından yararlı olacaktır. Söz konusu toplumlarda nüfusun az oluşu ve yüz yüze ilişki biçimleri, suçların denetimini kolaylaştırmaktadır. Örneğin, Malinezya'da gıdaya muhtaç olmak ve çalmak, alçaltıcı ve utanç verici bir durum olarak görülür. Dolayısıyla gıda hırsızlığı az rastlanan bir suçtur. Hırsız, aşağılanıp hakaret edilerek cezalandırılır.¹⁶² Aksine Dobulular için hırsızlık ve aldatma erdem kabul edilir.¹⁶³

Cezası esas olarak çalınan şeyin iadesi yahut tazmin edilmesi olmakla birlikte değişik uygulamalara rastlamak mümkündür. Suçun işlendiği yere ve işleyen kişinin akrabalık derecesine göre ceza ve tazminat miktarları değişiklik gösterir. Sık rastlanan bir uygulama, çalınan şeyin değerinin iki katının, hırsızdan tazminat olarak alınmasıdır.¹⁶⁴

Ceza, suçun işlendiği yere göre ya da şartlara göre değişiklik gösterebilir: Kapauku'da komşusunun domuzunu çalıp, başka köyden birini suçlayan ve bu nedenle köyler arasında bir çatışmaya yol açan kişi, köy için ağır sonuçlar doğurduğu için öldürülerek cezalandırılmıştır.¹⁶⁵ Bozkırda sürü çalan hırsızlar, suçüstü yakalanırsa öldürülebilecektir.¹⁶⁶ Tswana'da keçi otlaktan çalınmış ise cezası 1 sterlindir (2 keçi bedeli) ama fiil, ağıldan ve çit, kapı vs. korunaklar kırılarak icra edilmiş ise ceza 1 sığır olacaktır. Önceki dönemlerde Tswana'da, hırsızın tüm mallarına el konulmakta ise de artık bu şekilde bir ceza uygulanmıyor.¹⁶⁷

Hırsızlık taraflar arasında değil de mahkeme yahut aracılar vasıtasıyla çözüme kavuşturuluyorsa, tazminatın yanı sıra Kalinga'da *Pangatlar*'a¹⁶⁸ ödeme yapılır.

¹⁵⁸ Kottak, *Cultural...*, s. 141

¹⁵⁹ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.117

¹⁶⁰ Kottak, *Antropoloji...*, s. 293-294

¹⁶¹ J. G. Neihardt, *İri Boynuzlu Kara Geyik Anlatıyor*, s. 89-90, Çev.: Ünsal Özünlü, İmge, Ankara, 1998

¹⁶² Malinowski, *Crime...*, s.117

¹⁶³ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.180

¹⁶⁴ Schapera, *Tswana...*, s.271-Barton, *The Kalingas...*, s. 162- Radcliffe- Brown, *Structure...*, s.214

¹⁶⁵ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 194

¹⁶⁶ Schapera, *Tswana...*, s.271

¹⁶⁷ *Ibid.*, s.273

¹⁶⁸ Barton, *The Kalingas...*, s. 250

f) Büyü :

Kabile toplumları için büyü yapmak, bu yolla başkalarına zarar vermek hala en korkutucu suçların başında gelir. Çünkü kara büyüün tehlikeli ve ölümcül sonuçlar doğuracağına ilişkin inanç, tüm avcı-göçebe toplumlarda yaygındır.¹⁶⁹ Bunun doğal sonucu ilkelin, büyüyle öldürülme korkusunu sürekli içinde taşımasıdır.¹⁷⁰ Ölümlerin ve kötü hastalıkların kara büyü sonucu gerçekleştiğine inanılması, büyü yapmayı en büyük suçlardan biri haline getirir.¹⁷¹ Birçok toplum, rakiplerini veya düşmanlarını öldürmek, kocadan intikam almak¹⁷² yahut hasta etmek için yapılan “kara büyü” ile şifa bulmak, aşık olunan kişiyi etkilemek, hayvanların çoğalmasını sağlamak veya talih getirmesi için yapılan büyüleri birbirinden ayırır.¹⁷³

Büyü, toplumsal yapı, özellikle de intikam alma gelenekleriyle yakından ilgili olduğundan, çoğu durumda toplumsal denetim mekanizmalarının bir parçası olarak çalışır. Kuzey Amerika’da yerleşik Comanche gibi toplumlarda suçüstü yapılamamış veya bir itiraf elde edilememiş ise büyü dışında delil elde etme imkanı pek yoktur.¹⁷⁴ Büyücüler, masumiyeti ve haklılığı ispat etme gücünü ellerinde tuttukları için, son derece etkin ve saygın bir konuma sahiptir. Adaletsizliklerin ve hukuk dışılığın cezalandırılmasında etkin bir rol almaları nedeniyle büyü, hukuki işleve sahip bir kurum¹⁷⁵ olarak toplumsal yapıya eklemlenir. Çoğu zaman da şef ve diğer yöneticilerin hizmetine girer. Baş kahinin dolayısıyla büyüün, kralın denetiminde olması, dışardan saçma olarak görülen uygulamaların toplumsal yapının önemli bir parçası olduğunun göstergesidir.¹⁷⁶

Kişiler başlarına gelen hastalık, ani ölüm ve diğer belaların mutlaka bir büyüden kaynaklandığına inandığı için, kendi büyücülerine giderek kimin hangi büyüü yaptığını öğrenmesini ve büyüü bozacak karşı tılsımın harekete geçirilmesini ister. Büyünün varlığından ve korkunç etkilerinden en küçük şüphe duyulmadığı için, bu eylem de diğerleri gibi suç kapsamında görülür ve cezalandırılır. Büyüye olan inanç, zihinlerde öylesine derine kök salmıştır ki Dobu insanı için, büyüsüz herhangi bir varoluş alanı mümkün değildir.¹⁷⁷

¹⁶⁹ E.R. Service, *op. cit.*, s. 91

¹⁷⁰ Frazer, *op. cit.*, s.307, C. 2,

¹⁷¹ Malinowski, *Crime...*, s. 83

¹⁷² Lewis, *op. cit.*, s.111. Lewis’e göre, Tepoztlan erkeği, karısının kendini kontrol etmek için yapacağı bu tür büyülerden çok korkar.

¹⁷³ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s.25-27

¹⁷⁴ Hoebel, *Law-Ways...*, s. 192

¹⁷⁵ Malinowski, *Crime...*, s.86-92

¹⁷⁶ Evans Pritchard, *Sosyal Antropoloji*, s.115

¹⁷⁷ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.157

Bazı toplumlar, açıkça insan yahut hayvan saldırıları dışında meydana gelen tüm ölümlerin büyü sonucu oluştuğuna inanır.¹⁷⁸

Bir genç kızı büyü yaparak hastalandırıldığı iddiasıyla yargılanan Zuni delikanlısı, ölüm cezasıyla karşı karşıya kalmıştır.¹⁷⁹ Yakın akrabalarına büyü yapmakla suçlanan bir Ifugao'lu yerli öldürülmüştür.¹⁸⁰ Sık görülen bebek ve çocuk ölümleri de hastalık, beslenme yetersizliği vb. sebepler yerine, çoğunlukla ata ruhlarının kötü etkileriyle açıklanır.¹⁸¹

Büyünün, tabii olayları etkilediğini kabul eden ilkel zihne ilişkin en doyurucu açıklamalar Frazer tarafından yapılmıştır. Yazara göre büyü, arzu edilen olayın simgesel olarak taklitine dayanan bir mantığa sahiptir. Eğer birine zarar vermek isteniyorsa kuklası yapılarak ateşe atılır. Kişinin gerçektende zarar göreceği kabul edilir. İlkel, duygusal olarak istenen şeyin tabiatta da gerçekleşeceğine inanır.¹⁸² Frazer'e göre bu çağdaş nedensellik yasaının yanlış uygulanmasından başka bir şey değildir.¹⁸³

İlkel zihinde fazlasıyla yer tutan büyü uygulamalarının toplumsal eşitliği sağlamada bir sigorta işlevi gördüğü iddiası da dile getirilmiştir. Bu son derece önemli ve çarpıcı iddianın sahibi Gluckman'a göre, Bembalar'da, komşu veya arkadaşlardan fazla av ve ürüne sahip olan kişiler, ürünleri büyü yoluyla çalmakla suçlanır. Ormanda bir kovan bal bulmak şans, iki kovan bal bulmak çok büyük bir şans olarak nitelendirilirken, üç kovan bal bulmak büyü ile suçlanmaya sebep olur.¹⁸⁴ Ortaçağ Avrupasında büyücülük suçlamasına maruz kalanların toplumun güçsüz, fakir kesimlerinden olması, yine aynı dönemde yönetici sınıfların servet ve iktidarlarına yönelmiş hareketlerin dine vurgu yapması, cadılık olgusunun, toplumsal ve ekonomik eşitsizliğe karşı muhalefet hareketleriyle birlikte gelişmesi¹⁸⁵ Gluckman'ın iddiasını desteklemektedir. Büyüye olan inanç sayesinde insanlar, büyü yapan kimsenin mistik güçlere kavuştuğunu, sıradan insanların yapamayacağı şeyleri yapabilme gücü elde ettiğine inanmaktadır. Özellikle kıtlık zamanlarında refah içinde olanlar, yalnızca büyü suçlamasına maruz kalmazlar, aynı zamanda büyü ve sihrin getireceği belalar da bu kişiler için korkutucudur. Büyü suçlamasının ardında, elde edilen ürünün eşit bir biçimde dağıtılması talebi olduğu rahatlıkla görülebilir. Yazara göre büyü ve sihir, toplumun eşitlikçi temelini sürdürmeye yarayan bir araçtır. Büyü aşırı refahı kınamaktadır, çünkü diğer inançlar gibi büyü

¹⁷⁸ Chagnon, *op. cit.*, s. 37-153,

¹⁷⁹ C. Lévi-Strauss, *Din ve Büyü*, s. 47, Çev.: Ahmet Güngören, Yol, İstanbul, 1993

¹⁸⁰ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s.216

¹⁸¹ Badou, *op. cit.*, s. 54

¹⁸² Frazer, *op. cit.*, s.10, C. 1- s.246, C. 2

¹⁸³ Frazer, *op. cit.*, s.12, C. 1

¹⁸⁴ Gluckman, *Politics...*, s. 59

¹⁸⁵ M. Harris, *İnekler, Domuzlar, Savaşlar ve Cadılar/ Kültür Bilmeceleri*, s.189 vd., Çev.: M. Fatih Gümüş, İmge, Ankara, 1995

de ortalamaya ve standartlara meyillidir.¹⁸⁶ İddiasını güçlendirmek için Gluckman, Avrupa'da büyü yapma suçlamasının Endüstri Devriminden sonra yasa dışı kabul edildiğini, bunun da toplumdaki eşitlikçi yapının bozulmasına giden yolda atılan önemli bir adım olduğunu ileri sürmektedir.

Büyü ile tabiatüstü güçlerden ne talep edilmekte ise büyücüler tarafından benzer şeylerin onlara sunulması, Kelsen tarafından, ilkel zihnin, karşılıklılık ilkesini büyü içinde geçerli kabul ettiği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁸⁷ Bu tür büyülere örnek olarak, Zuni'lerin yağmur yağdırmak için, kayaları birbirine çarparak gök gürültüsüne benzer sesler çıkarmasını ya da etrafa su saçarak yağmur yağışını taklit etmelerini verebiliriz.¹⁸⁸

Birçok ilkel toplumun aksine Kalinga toplumu, büyü uygulamasına ve bunlara ilişkin suçlara çok az yer verir. Barton'a göre bu durum toplumun son derece rasyonel olması ve mistik inançlarının zayıflığıyla açıklanabilir. Ancak kelle avcılığının faydaları¹⁸⁹ yahut düşmanla yemek yeme tabularının varlığı hatırlandığında, mistik inançların az olduğundan bahsedilemeyeceği açıktır. Bu durum, daha önce bahsettiğimiz büyüün toplumsal işleviyle açıklanabilir. Zira özelde büyü, genelde dinsel inançların toplumsal eşitliğe yatkın olduğunu daha önce aktarmıştık. Kalinga toplumunun, toprak ve servete dayalı katmanlaşmış yapısı, niçin büyüye ilişkin suçların bu toplumda daha az işlev gördüğünü açıklamaktadır. Barton'un mistik inançların zayıflığı açıklaması yerine, servete dayalı sınıflı toplumda, eşitlik talebini dile getiren büyü ve buna bağlı suçların daha az yer tutacağı iddiası daha tutarlı gözükmektedir.

Tswana'da hastalanan kişi büyücüye giderek kaynağını öğrenir ve büyüün çözülmesini ister. Eğer inkar edilirse şefe gidecektir. Şef, delillerin yeterli olduğunu düşünürse, büyücülükle suçlanan kişiden hastanın iyileştirilmesini ister. Hasta iyileşirse sorun çözülmüştür. Aksi halde kişi, ormanda ağaca bağlanıp, vahşi hayvanlara yem edilir.¹⁹⁰ İngiliz sömürge idaresinin 1927 tarihli bildirisinde büyü-sihir-şamanlık eylemleri yasaklanmıştır. Halkın büyüye olan inancı devam etmekle birlikte, büyücülük nedeniyle cezalandırma kalkmıştır.

¹⁸⁶ Gluckman, *Politics...*, s. 221

¹⁸⁷ Kelsen, *op. cit.*, s. 70-71

¹⁸⁸ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.80

¹⁸⁹ Barton, *The Kalingas...*, s. 236 Barton'a göre kelle avcılığının arkasında, kesilip eve getirilen kafanın evin bereketini artıracığı, hayvanları, toprağı ve kadınları daha verimli kılacağı, dökülen kanın ise kısırlığa iyi geleceğine ilişkin inanç bulunur.

¹⁹⁰ Schapera, *Tswana...*, s.274

g) Ensest :

Toplumlar, sahip oldukları hısımlık sistemine göre, kimin kandaş kimin yabancı olduğunu çok farklı biçimlerde tanımladıkları halde, şartlara ve niteliklere bakılmaksızın, tüm toplumların kınadığı biricik eylemin ensest olduğunu görüyoruz.¹⁹¹ Çünkü hiçbir toplumsal kural, ensest kadar sürekli ve kültürel bakımdan ayrıntılı biçimde ele alınmamıştır.¹⁹² Lévi-Strauss'un yasağın insan toplumunun kökenini oluşturduğu, hatta doğrudan topluma işaret ettiğini¹⁹³ söylediğinde, anlatmak istediği şey daha çok bu evrensel niteliktir. Yakın akrabalarla ilişki, dünyanın her yerinde büyük günah ve namusa uygun olmayan davranış olarak karşımıza çıkar.¹⁹⁴ Fiil, ilkel zihinde öylesine derin bir şekilde kök salmıştır ki ensestin topluma ve tabiata aykırı bir eylem¹⁹⁵ ve her türlü belanın kaynağı olduğu düşünülür.¹⁹⁶ Bu suçu işleyenlerin kutsal adetleri çiğnedikleri için toplumu kirlettiği ve arınmanın da ancak suçlunun öldürülmesiyle sağlanacağı inancı yaygındır.¹⁹⁷ Oysa Lévi-Strauss'un açıkça gösterdiği gibi, ensest tümüyle toplumsal bir olgudur¹⁹⁸ ve cinsel ilişkileri düzenleyerek toplumun şiddet ve karmaşadan korunması amacına hizmet eder.¹⁹⁹

Endonezya'da cinsel suçların özellikle ensest ilişkinin kuraklık ve kötü mahsulün sebebi olduğuna,²⁰⁰ Afrika Luba halkı bela getireceğine,²⁰¹ Kapauku'da ensest ilişkiye girenlerin sağır olacağına, ayrıca akrabaların üzerine bela yağacağına,²⁰² Trobriand adasında

¹⁹¹ Sahlins, *Stone...*, s. 200 - G. Bataille, *Erotizm*, s 221, Çev.: Mehmet Mukadder Yakupoğlu, Bilkamat Basım Sanayi, Ankara, 1993

¹⁹² Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s. 53

¹⁹³ Lévi- Strauss, *Structural...*, s.19, Volume 2

¹⁹⁴ Oppenheimer, *op. cit.*, s. 113

¹⁹⁵ Lévi-Strauss, *The Elementary...*, s. 308. İkel zihnin, ensesti tabiata aykırı bir eylem olarak kabul etmesinin altında yatan mantık şu şekilde açıklanabilir: Wagner'e göre bir toplumsal olgunun şeyleştirilmesi veya doğallaştırılması, bu olguların inşa edilmiş (Tabiinin karşıtı olarak toplumsal nitelikli) niteliğinin bilinçten tamamen silinmesi amacına hizmet eder. Aynı şekilde toplumun temel kurumlarının doğallaştırılması da sonradan inşa edilmiş olma niteliklerinin silikleşmesine, giderek doğal ve ideal düzen olarak algılanmalarına yol açmaktadır. Bir toplumsal kurum, tabii olarak algılandığı oranda değişime ve farklı yapılanmalara direnç gösterecektir. P. Wagner, *Modernliğin Sosyolojisi, Özgürlükler ve Cezalandırma*, s. 118-9 Tüm toplumlarda rastlanan ensest tabusu, yasağın kökeni toplumsal mantık tarafından tabiata dayandırıldığı sürece hem evrensel niteliğe bürünmüş hem de değişime karşı direnmiştir. Bu tuzaktan 19.y.y erken dönem antropologları da kurtulamamış ve yasağın kökenini doğal bir nefrete dayandırmışlardır.

¹⁹⁶ Reed, *op. cit.*, C. I, s. 42

¹⁹⁷ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s.213

¹⁹⁸ Cemal, *op. cit.*, s. 207

¹⁹⁹ Bataille, *op. cit.*, s.56-57.

²⁰⁰ Kelsen, *op. cit.*, s. 114

²⁰¹ L. De Heusch, "Kutsal Krallıklar," s. 684, Çev., Jean Louis Mattei, *Antik Dünya ve Geleneksel Toplumlarda Dinler ve Mitolojiler Sözlüğü*, Çeviri Ed. Levent Yılmaz, C. 2, Dost, Ankara, 2000

²⁰² Pospisil, *The Kapauku...*, s. 38

tabiatüstü güçlerin günahkarları cezalandıracağına²⁰³ inanılır. Bazı Yamana mitleri, ensest ilişki kuranların nasıl hayvana dönüştüğünü izah eder.²⁰⁴

Kapauku'da *Didee Bagee* yakın, hakiki akraba anlamına gelir ve evlenmeleri yasak olan kişilere işaret eder. Bunların birbirleriyle mahrem konuşma yapmaları, cinsel şakaları tabu, ilişkileri de ensest kabul edilir. Cezası ölümdür.²⁰⁵ Wog isimli Kapaukulu 1947 yılında ikinci derece paralel kuzeniyle ilişkiye girince oklanarak öldürülmüştür.²⁰⁶ Avustralya'da yerleşik *Wotjobaluk*'lar, yasak kapsamındaki kadını kaçıran kişiyi ölümle cezalandırır.²⁰⁷ Malinezya toplumu için klan içi ilişki ensest kapsamında olmakla birlikte, hiç kimse kişinin anne tarafından birinci derece paralel kuzeniyle olan ilişkisini sorun haline getirmemiştir. Çünkü bu tür ilişkiler ensest kabul edilse bile kolayca affedilebilir cinsten bir hata olarak değerlendirilmektedir. Oysa kardeşler arası ensestin düşünülemeyecek kadar ağır bir suçtur. Ensest ilişki ortaya çıktıktan sonra kirliliğin ortadan kalkması için taraflar intihara zorlanabilir.²⁰⁸ Büyülü sözler eşliğinde yapılan arınma ritüeliyle tecavüzün yol açacağı kötülüklerden korunmaya çalışılır.²⁰⁹

Bunca katı görüşe rağmen ensest ilişki, çekiciliğini ve varlığını dün olduğu gibi bugün de sürdürmeye devam etmektedir. Zira cinsel tabuların çiğnenmesi heyecan vericidir.²¹⁰ Buna ek olarak ensest, tabuyu ihlal etme gücüne sahip olanları, toplumsal statü ve iktidar açısından diğerlerinden ayırma işlevine sahiptir. Akal'ın da işaret ettiği gibi, çeşitli toplumların özellikle önderlerini ensest ilişkiye zorlamalarının kökeninde, onları hem kutsal hem lanetli kılarak sıradan insanların üzerine çıkarma gayesi bulunur.²¹¹ Öte yandan evlilik kurallarının ihlal edilerek ensest ilişkilerin meşrulaştırılması, kişinin toplumsal konumu ve statüsünü yansıtır. Şayet yeteri kadar güçlüyseniz ve arkanızda desteğiniz varsa, bu kuralları kendi lehinize değiştirebilir ve diğerlerini de bunu kabul etmeye zorlarsınız.²¹²

Geçmiş dönemlerde daha katı bir yaklaşım sergilenip, hiç duraksamadan suçluların öldürülmesi yoluna gidilmekte iken şimdilerde ilişkinin görmezden gelinmesi daha yaygındır.

²⁰³ Malinowski, *Crime...*, s.79

²⁰⁴ Kelsen, *op. cit.*, s. 154

²⁰⁵ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 36

²⁰⁶ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 164

²⁰⁷ C. Lévi-Strauss, *Yaban Düşünce*, s.133, Çev.: Tahsin Yücel, Y.K.Y. İstanbul, 1993

²⁰⁸ Malinowski, *Crime...*, s. 79-80

²⁰⁹ *Ibid.*, s.81

²¹⁰ I. D. Yalom, *Divan*, s. 330, Çev.: Özden Arıkan, Ayrıntı, İstanbul, 2003

²¹¹ Akal, *op. cit.*, s. 304-305

²¹² Chagnon, *op. cit.*, s. 299-300. Burada unutulmaması gereken nokta ensest ilişki olarak görülen evliliklerin, sınıflayıcı akrabalık terimleri gereği hala, kız kardeş vb. içermesidir. Gerek Pospisil'in gerekse Chagnon'un verdiği örneklerin hiçbirinde ensest kavramının özünü oluşturan , çocuk – anne baba, kız-erkek kardeş ya da çocukla birinci derece akrabalar arasında evlilik yapılmamıştır.

Afrika Ngwato kabilesinde, erkek-kız kardeş ensesti herkeste nefret uyandırmasına rağmen suçlulara dokunulmamıştır.²¹³ Yeni Gine Tangu'da baba-kız ensest ilişkisi kuvvetli bir kınama ve redde yol açsa da tepkiler bununla sınırlı kalmıştır.²¹⁴ Filipinlerde bulunan Abra bölgesinde kardeşler arası ensest ilişki, kızın hamile kalması sonucu ortaya çıkmış, bölge halkı cezayı babanın vermesini istemiştir. Baba da çocuklarına verdiği tüm malları geri almıştır.²¹⁵ Sanılanın aksine bu cezanın oldukça hafif olduğu gözden kaçmamaktadır.

İlkel toplumlarda en sık rastlanan suçları genel hatlarına incelemiş bulunuyoruz. Sıra kuralların oluşum süreciyle, toplumun kural dışılık olgusuyla nasıl yüzleştiğinin genel bir resmini çizmeye geldi; toplumların, sapkın davranışlara karşı tepkisi yalnızca suçlunun cezalandırılmasından ibaret değildir. Ahlak, gelenek ve nezaket kuralları da kişileri istenen davranış biçimlerini sergilemeye zorlayan kurallardır. Biraz sonra hem yaptırımların hemde cezaların genel bir sınıflandırması yapılacak ayrıca ilkel toplumlarda uygulanan sürgün cezasıyla modern toplumların uyguladığı hapis cezası karşıtlığına dikkat çekilecektir

B) ÇATIŞMANIN ÇÖZÜMÜ :

Her toplum, üyelerinin davranışlarına olumlu ya da olumsuz tepkiler vererek arzu edilen davranışın sürekliliğini, istenmeyen davranışların da tekrarını engellemeyi amaçlar. Kişinin beklentiler doğrultusunda hareket etmesi, ancak toplumsallaşma süreci boyunca olumlu ve olumsuz davranış kalıplarının her bir üyeye öğretilmesi ve benimsetilmesi sayesinde mümkün olur. Bu yönüyle toplumsallaşma, değer yargılarıyla bunlara ilişkin hareket tarzlarının kişilere benimsetilme sürecidir. Bu sürecin iki yönü vardır: Bunlardan ilki; değer yargılarının eğitim yoluyla kişiliğin bir parçası haline getirilmesidir. Burada değer yargılarıyla davranış kurallarının iç içe geçtiğini, bazen birinin öteki yerine kullanıldığını görürüz. Sebebi değer yargılarının, davranış kurallarının eksiksiz örneklerini oluşturmasıdır.²¹⁶

Hayatın ilk aşamasında çocuklar için toplumsal kurallar dışsaldır;²¹⁷ toplumun temsilcisi olarak ailenin görevi, kuralları öğreterek kişiliğin bir parçası haline gelmesini sağlamaktır. Değerler, eğitimle kişisel hayatın merkezine yerleşirler.²¹⁸ Şayet toplumsal yaptırımların birey içindeki yansıması olan vicdan²¹⁹ oluşturulabilirse, başta dışsal olan

²¹³ Schapera, *Tswana...*, s.278

²¹⁴ Burrige, *Ibid.*, s. 231

²¹⁵ Barton, *The Kalingas*, s. 247

²¹⁶ Şerif, *op. cit.*, s. 95

²¹⁷ *Ibid.*, s.63

²¹⁸ *Ibid.*, s. 105

²¹⁹ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 205

değerler içselleşecek ve özdenetim mekanizması kurulmuş olacaktır. Anti-sosyal, marjinal veya sürekli muhalefet eden insanlar dışındakiler, içselleştirdikleri bu kuralların denetimine gireceklerdir.²²⁰ Sağduyu kavramı da toplumsal denetimin bir parçası olarak bu sürece katılır. Kavramı Şerifin kullandığı anlamda “kişinin kendisinde özümsemiği kurallar bütünü”²²¹ olarak düşünürsek, sağduyulu davranış, esasen o toplumun değerlerine yani hukuk, gelenek, adet ve ahlaka uygun davranış anlamına gelecektir. Toplumsal değerlerin kişiliğin parçası haline gelmesiyle, başkalarına bağlı davranış yerini, kendi ahlakına uygun davranışa bırakır. Bu süreç her bireyin başına bir polis dikilmesini engelleyerek, düzenin kurulmasına yardım eder.²²² Bireyler bu aşamada, herhangi bir dış zorlama olmaksızın istenen davranışları sergiler.

Toplumsal düzen düşüncesi en başından günümüze kadar daima sapkın davranışın denetimiyle, uyumlu davranışların ödüllendirilmesi sorunu üzerine odaklanmıştır.²²³ Kısa bir süre de olsa herhangi bir toplumda insan ilişkilerinin gözlenmesi, yukarıda anlatılan sürecin biçimsel olarak her toplumda yaşanmasına rağmen, değer yargılarını çiğneyen, kuralları ihlal eden davranışların sergilenmeye devam ettiğini ortaya koyacaktır. Davranışla, toplumsal değerler arasındaki farkın açılmaya başlamasıyla, toplumsallaşma sürecinin ikinci yönü devreye girecektir. Bu süreç ilkinde göre dışsaldır, çünkü bireye dışardan toplumsal baskıyı içerir. Daha katıdır çünkü maddi ve manevi cebir yoluyla bireyin arzu edilen davranış kalıbına göre hareket etmesi amaçlanmıştır. Birinci süreçte içsel çatışma söz konusuysa, burada ihlalde bulunanla toplum arasında gerilimli çoğu zaman da çatışmaya dayalı bir ilişki kurulacaktır. Bir kuralın çiğnenmesi, düzenliliğin bozulması anlamına geldiğinden ihlalin niteliğine göre, çok değişik biçimlerde yaptırımlar harekete geçerek toplumsal düzen eski haline getirilmeye çalışılır. Bu anlamıyla yaptırım, toplumun davranışa karşı gösterdiği olumsuz tepkilerdir. Yaptırım kavramı, hukuk teriminden daha geniş olmakla birlikte hukuku içerecek biçimde kullanılabilir.²²⁴ Çünkü hukuk, kişiler üzerinde çok değişik sınırlamalar getiren toplumsal denetimin yalnızca bir yönünü oluşturur.²²⁵ Başta cezalandırma olmak üzere reddetme, kınama, kabul etmeme, dışlama, aşağılama, alay etme, ilişki kesme ve tasvip etmeme tepkisi, olumsuz yaptırımların içeriğini oluşturur. Kişinin başkalarıyla ilişkisi devam ettiği sürece, baskının da dikkate alınması zorunlu hale gelir.²²⁶ Yaptırımların esas işlevi,

²²⁰ Özcan, **Hukuk...**, s. 87

²²¹ Şerif, **op. cit.**, s. 28

²²² Özcan, **Hukuk...**, s. 87

²²³ Service, **op. cit.**, s. 46

²²⁴ **Ibid.**, s. 48

²²⁵ Hoebel, **Man...**, s. 481

²²⁶ Fried- Pfeiffer, **op. cit.**, s. 475

değişik saldırılardan etkilenen kişilerin duygularını, kesin ve belirli bir biçime sokarak toplumsal enerjinin yenilenmesini ve çatışmaların uzaklaştırılmasını sağlamaktır. Bir yaptırım, bütünlüğüne yapılmış saldırıya karşı, toplumun bütüncül bir cevabıdır.²²⁷

1. OLUMLU ve OLUMSUZ YAPTIRIMLAR:

Bir çok yazar “olumlu” ve “olumsuz yaptırım” sınıflandırmasını ortaya koyarak işe başlasa da, biz “olumlu yaptırım” kavramının, totolojik anlamlar içerdiğini düşünmekteyiz. Bu sınıflandırmaya dahil edilen tepkilerin “ödüllendirme” olması nedeniyle yaptırımların incelendiği bu bölüme koymuyoruz. Çünkü ödüllendirme sistemleri, çoğu zaman denetim mekanizmalarının ve hukukun ilgi alanı içine girmez. Hukuk düzeninin özünde cebir olduğunu, mükafatın ise bu niteliğe aykırı düştüğünü, daha da önemlisi mükafatların hukuk düzeninin kurulması ve sürdürülmesi için yetersiz olduğu belirtilmelidir.²²⁸ Olumlu yaptırım kavramının göz ardı edilmesinin bir başka nedeni de tüm toplumlarda olumsuz yaptırımların öne çıkması ve olumlu yaptırımlara göre çok daha belirgin ve katı olmalarıdır.²²⁹ Olumsuz yaptırım kural, olumlu yaptırım istisnadır.²³⁰

Olumsuz yaptırımların ortak niteliği, davranışı tasvip etmeyişişin belirgin şekilde ortaya konularak reddin bireye iletilmesidir. Bir eylemin “yakışsız” olarak nitelendirilmesi de “alay edilip” “aşağılanması” da olumsuz yaptırımlar içinde değerlendirilir.²³¹

Toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik yaptırımların “yaygın yaptırım” ve “örgütlü yaptırım” şeklinde sınıflandırılmasına da sıkça rastlanır. Buna göre:

2. YAYGIN ve ÖRGÜTLÜ YAPTIRIMLAR :

a) Yaygın Yaptırımlar:

Düzeni bozma potansiyeli taşıyan fiile karşı, bireylerin kendiliğinden gösterdikleri tepkilerdir.²³² Belirli bir kişinin otoritesine dayanmadıkları halde, düzenin temini açısından önemli bir işleve sahiptirler.²³³ Toplumun hiçbir yerde yazılı olmayan ve çeşitli yaptırımlarla koruma altına aldığı birçok kuralı vardır. Yemek yemekten konuşma adabına, giyimden temizliğe kadar, çok çeşitli davranış kalıpları, başkalarıyla ilişki kuran birey davranışları

²²⁷ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s.211

²²⁸ A. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s.83, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1985

²²⁹ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 205

²³⁰ Özcan, *Hukuk...*, s. 70

²³¹ A.R. Radcliffe-Brown, “Toplumsal Yaptırımlar,” s. 135-136, Çev.: Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Arkivi*, Haz.; Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 1993

²³² Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 205

²³³ Service, *op. cit.*, s. 48

üzerinde kendini hissettirir. Kişiyi her zaman sunulan nazik davranışların geri çekilmesinden başlayıp, eleştiriden dedikoduya, dışlamadan aşağılamaya kadar bir düzine ustaca teknikle, kişiyi toplumun arzu ettiği yönde davranmaya zorlar.²³⁴

Hatalı davranışların şakayla veya hicvedilerek kamuoyu önünde teşhir edilmeleri yahut önde gelen kişilerle karşı karşıya bırakılmaları da etkin bir denetleme mekanizmasıdır.²³⁵ Bizim toplumumuz için olumsuz çağrışımlar yapan dedikodunun, etkin bir denetim mekanizması işlevi yüklendiği toplumlar bile vardır. Örneğin Amerikan Makah toplumunda dedikodu ve çekiştirme, davranışların geleneksel değerlere göre nerede durduğunu gösterme işlevine sahip olduğu için, denetim mekanizmasının bir parçası olarak toplumsal yapıya eklenmiştir. Bu nedenle dedikodunun Makah toplumunda “adet” haline gelmesi hiç de şaşırtıcı sayılmamalıdır.²³⁶

b) Örgütlü Yaptırımlar:

Eylem gerçekleşmeden önce, ihlale karşı nasıl ve kimlerin harekete geçerek tepki vereceği belli ve izlenecek usûllerde açık ise örgütlü yaptırımlardan bahsetmek olanaklıdır. İhlal ve yaptırım arasında, önceden düzenlenmiş bir denkleğin varlığı, örgütlü yaptırımın bir özelliği olarak ortaya çıkar. Özcan'a göre, bu nitelik, örgütlü yaptırımları, yaygın yaptırımlara nazaran daha rasyonel ve daha tutarlı hale getirir.²³⁷ Yazar, rasyonelliği yaptırımların sınıflandırılmasında bir kriter olarak kullanmakta ve hukukla, ahlak, örf adet ve teamülü bu ölçüte göre farklılaştırmaktadır; ilkinde rasyonellik varken diğerlerinde yoktur.²³⁸ Yaptırımların bu şekilde sınıflandırılması yerine işlevselliklerinin öne çıkarılması gerektiği açıktır. Daha önce gördüğümüz gibi tabiat üstüne olan inanç, toplumsal düzeni sağlamada rasyonel sistemler kadar işlevsel olduğu için, rasyonel mekanizmaların diğerlerinden daha üstün olduğunu söylememiz zorlaşır. Kaldı ki bizimde katıldığımız Gluckman'ın iddiasına göre, din ve büyü gibi modern dünya için rasyonel olmayan düşünüş biçimleri, eşitlikçi toplumsal ilişkilere zemin hazırladıklarına göre, diğerlerinden daha az tutarlılığa ve işlevselliğe sahip oldukları söylenemeyecektir. Amaçlarına ulaşma noktasında, irasyonel mekanizmaların rasyonel araçlar kadar işlevsel olmaları nedeniyle denetim mekanizmalarının rasyonellik ölçütüne vurulması çok anlamlı değildir. Kaldı ki hukuk kurallarının da

²³⁴ Fried – Pfeiffer, *op. cit.*, s. 475

²³⁵ Gluckman, *Politics...*, s. 195

²³⁶ Gluckman, *Ibid...*, s. 299-300

²³⁷ Özcan, *Hukuk...*, s.71

²³⁸ Özcan, *Ibid.*, s.71

rasyonellik ölçütünden her zaman geçer not almaları çok zordur. İntiharı yasaklayan kuralın bir rasyoneliteye sahip olduğunu söylemek bir hayli güçtür.

Örgütlü yaptırımlar, genellikle dini inançların etkisiyle, yaygın olumsuz yaptırımların daha belirgin hale gelmesinin bir sonucudur.²³⁹ Çünkü seküler modern toplumlar bir yana bırakıldığında, bu cezaların dini inançlarla yakın bağları olduğu görülür. Ceza hukuku içinde önemli bir yer tutan örgütlü yaptırımların en önemlileri şunlardır: Alenen alay ve teşhir etme, kısmi dışlama, toplumsal ritüellere almama, sürekli ya da geçici olarak dini ve medeni haklardan mahrum etme, toplumsal hiyerarşideki özel statünün kaybettirilmesi, para cezaları, mallara el koyma veya tahrip etme, bedenın damgalanması, uzuvların kaybettirilerek sakat bırakma, sürgün, hapis ve ölüm cezaları.²⁴⁰ Şayet bu yaptırımlar dini, askeri ya da siyasi otoriteler eliyle, düzenlenmiş yetkilere dayanılarak icra ediliyorsa “Yasal” niteliğe bürüneceklerdir.²⁴¹ Pospisil’e göre bu tür yaptırımlar zorunlu olarak kişinin bedenine ya da malvarlığına yönelme şartı bulunmamaktadır. Alenen azarlanma ve alay etme gibi psikolojik baskı da ölüm cezası dışındaki yaptırımlar kadar, caydırıcı ve etkin olabilmektedir.²⁴²

3. YAPTIRIMLARIN SINIFLANDIRILMASI :

Mevcut antropoloji çalışmaları üzerine eğildikleri toplumların, ihlal halinde, suçluyu nasıl cezalandırdıklarını kimi zaman eksik kimi zaman dolaylı olarak resmetmektedir. Nader, Meksika Zapotec toplumunda hakimlerin verdiği cezaları, para cezası, kamu işlerinde çalışma cezası, alenen azar ve tekdir, hapis cezaları olarak dört grupta toplamıştır.²⁴³ Antropoloji literatüründe hapis cezası uygulandığı bilinen Zapotec, Kalinga, Tswana gibi toplumların hepsinin ortak yanı ya siyasal açıdan Modern Devletle ve onun kurumlarıyla tanışmış olmaları ya da sömürgeci batılı güçlerin geleneksel yapılara dışardan müdahalede bulunarak, polis, hapisane gibi kurumları dayatmış olmalarıdır. Zapotec örneğini ele alırsak; modern Meksika devletinin kurumlarıyla birlikte Meksika’ya hakim olmasıyla, Zapoteclerin, zorunlu biçimde siyasal açıdan devletli toplum aşamasına geldiklerini söyleyebiliriz. Burada dikkat çekeceğimiz diğer bir husus, hapis cezasının uygulandığı bu toplumda sürgün cezasının bulunmamasıdır.

Amerikan Keresan Pueblo’larında 20.yüzyıla kadar hapis cezalarının uygulandığından bahseden Hoebel, bir yerli yöneticiden şu bilgileri aktarmaktadır: “ Kişinin bilekleri arkadan

²³⁹ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 208

²⁴⁰ *Ibid.*,

²⁴¹ *Ibid.*,

²⁴² L. Pospisil, *The Attributes of Law*, s.37-38, *Law and Warfare*, Ed., By Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

²⁴³ L. Nader, *An Analysis of Zapotec Law Cases*, s.126, *Law and Warfare*, Ed., By Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

bir kütüğe bağlanıp hareket etmesi engellenir. Kişiyeye, bir deri bir kemik kalıncaya kadar su ve yemek verilmez. Hiç kimse ona yardım edemez. Tuvalet ihtiyacını bulunduğu yerde giderir. Sonunda Kurul'un önüne getirilir ve söylenenleri yapması için söz vermesi istenir."²⁴⁴ Bu uygulamanın, bildiğimiz hapis cezası değil bir zorlama tedbiri olduğu, yerli yöneticinin son satırda söylediklerinden anlaşılmaktadır. Bir diğer husus hapis cezalarının Kilisenin bir odasında tatbik edilmesidir ki bu da geleneksel Pueblo hukukuna İspanyol ya da Amerikan sömürge yönetimlerinden sonra dahil olduğunu gösterir. Aksi durumda yerlilerin bu cezayı uygulayacakları özgün mekanlarını da yapmış olmaları gerekirdi. Sürgün ve hapis cezaları karşıtlığı, biraz sonra daha detaylı incelenecektir.

Cezai ve Hukuki yaptırımların kapsamlı bir listesi Kapauku toplumu üzerine çalışan Leopold Pospisil tarafından yapılmıştır. Pospisil'in çizelgesinde yaptırımlar dört ana grupta toplanmıştır;

- * Ortak Yaptırımlar: Ölüm cezası, sopa ile dövme, tokatlama, sürgün cezası.
- * Ekonomik yaptırımlar: Kan parası, tazminatlar, eşyanın imha edilmesi, müsadere, borcun ödenmesini talep etmek.
- * Psikolojik Yaptırımlar: Azarlama, paylama, uyarı, boşanma, pasif direniş.
- * Tabiatüstü yaptırımlar: Tabu ihlallerinde yaratıcının mütecavizi doğrudan cezalandıracağına olan inanç, büyü, ihkakı hak.²⁴⁵

Pospisil'in yaptırımları gruplandırırken Kapauku örneğini esas aldığını biliyoruz. Tarihteki yaptırımleri yine dört grupta toplayan Foucault'nun biraz sonra aktaracağımız sistematigi ile Pospisil'in sınıflamasını yanyana getirdiğimizde şu ortak noktaların öne çıktığını görürüz:

a) Bedeni Cezalar:

Yaptırımların önemli bir kısmı kişinin maddi varlığına, yani bedenine yönelmiştir. Kişinin sopa ile dövülmesinden, yaralamaya, el ayak, burun vs. uzuvlarının kesilerek sakat bırakılmasından bedeninin tümüyle ortadan kaldırılması, yani öldürülmesine kadar cezaları bu grupta sayabiliriz. Suçlunun dövülmesi, özellikle Kuzey Amerika ve Afrika kabileleri için sıradan bir ceza sayılır.²⁴⁶ Bir uzvun yok edilmesi, misilleme gereği kişiye verilen ceza olabileceği gibi suçluluğunun belirtisi olarak damgalanmasına da yarayabilir. Pospisil'in

²⁴⁴ Hoebel, *Keresan...*, s. 109

²⁴⁵ Pospisil, *The Attributes...*, s.39-41

²⁴⁶ Wells, *op. cit.*, s.153

“ortak yaptırımlar” Foucault’nun “insan bedeninin” damgalanması olarak gördüğü yaptırım bu guruba dahildir.

b) Mâli Cezalar :

Diğer bir yaptırım gurubu kişinin malvarlığına yönelmiştir. Başkasına verilen zararların giderimi için, kişinin sahip olduğu malların bir kısmına el atılması veya tüm mallara elkonması (müsadere) bu grupta yer alır. Bir takım suçlarda mallara yönelen yaptırımlar kişinin verdiği zararla orantısızdır; kişinin tüm hayvanlarının öldürülmesi veya bahçe tarla ve evinin yakılmasında olduğu gibi. Özünde ekonomik olan yaptırımların sınıflandırılmasında Pospisil ve Foucault ortak bir çizgide buluşmuşlardır.

Foucault, Fransız ihtilalinden önce, esas olarak dört çeşit cezanın tatbik edildiğini söyler ve bunları aşağıdaki gibi sıralar;

- Sürgün, uzaklaştırma, sınırların dışına çıkarma, belirli yerleri yasaklama, evini yıkma, doğum yerini yok etme, menkul ve diğer mallara el koyma.

- Bir tazminat belirleme, bir karşılık öngörme, zararı tazmin edecek bedeli ödemeye mahkum etme, tecavüzü belirli bir bedelle karşılama.

- Teşhir etme, işaretleme yaralama, el ayak kesme, iz bırakma, yüz ya da omuzlarına işaret koyma, işkence yapma kısaca insan bedenine siyasi iktidarın izlerini kazımak ve yapıştırmak.

- Hapsetme.²⁴⁷

Yazara göre, kişilerin saygınlığını yok etmek, onları onursuz kılmak, en etkili en adil cezalandırma biçimlerinden biridir. Çünkü kişinin gerçek bir kırbaçla dövülmesiyle, açıkça ayıplanıp aşağılanması arasında çoğu zaman bir fark yoktur. Alay ve istihza da hapsetme veya malın yok edilmesi kadar zorlayıcıdır.²⁴⁸ Yine misilleme veya işlenen suçların ağırlığına göre, kişilere kamu görevleri yüklemek de (angarya) adil cezalandırma seçeneklerini oluşturmaktadır. İhtilalden önce bir ceza olarak öngörülmeleyen hapsin, daha sonra hem Fransa hem de modern toplumlar için niçin temel ceza biçimi olduğu, Foucault için anlaşılması güç bir sorundur.²⁴⁹ Peki niçin hapis ? Foucault’ya göre hapishane, yasadışılığı denetlemenin bir aracı, iktidarın kişiler üzerinde uygulanmasının esaslı bir unsuru ve boyun eğme psikolojisini

²⁴⁷ M. Foucault, *Ethics, Essential Work of Michel Foucault 1954-1984*, s.23, Ed., Paul Rabinow, Penguin, London, 2000 - M. Foucault, *Ders Özetleri 1970-1982*, s. 59, Çev.: Selahattin Hilav, Y.K.Y, İstanbul, 1993

²⁴⁸ R. Redfield, *Primitive Law*, s. 16, *Law and Warfare*, Ed., By Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

²⁴⁹ Foucault, *Ethics...*, s.28 - Foucault, *Ders Özetleri...*, s. 61

hazırlayan fiziksel gücün bir unsuru olarak, 'suçluluğu' üretmekte diğerlerine göre üstünlüğe sahip olduğu için modern yasalarda başat ceza olarak seçilmiştir.²⁵⁰

Modern siyasal yapıların niçin hapis cezasını birincil yaptırım olarak seçtiklerini göstermek için Foucault'nun yazdığı bu gerekçeleri kabul etmekle birlikte, eksik parçaların yerine konması gerektiğini düşünüyoruz. Sürgün cezasının, yerini niçin hapis cezalarına bırakmak zorunda olduğunun teorik altyapısı açıklanamayı beklemektedir. Bir örnek vermek gerekirse, Yeni Gine Kapauku toplumu için, özgürlüğün yok edilmesi, insanlık dışı kabul edilmekte, özgür olmamak da ölümle bir tutulmaktadır. Bu nedenle hapis, işkence ya da angarya cezası bu toplum yasalarında yer almaz.²⁵¹ Yine Surinam Djuka'ları için hapsedilme düşüncesi, itici ve nefret uyandırıcıdır.²⁵²

İkel toplumlarda tatbik edilen cezalara kısaca göz attık. Modern toplumların uyguladıkları cezalara bakış da mukayese için gerekli bilgileri bize sunacaktır.

c) Modern Kanunlarda Cezalar:

Modern ceza hukukları, suçluyu toplum düşmanı kabul eder.²⁵³ Toplumsal huzur ve düzenin temin edilmesi, suç işleyen kişilerin toplumla bağlarının koparılmasına bağlanmıştır. Amaca ulaşmak için bulunan çözüm, suçlunun belirli sürelerle toplumdan tecrit edilmesi esasına dayanır. Temel ceza olarak hapsedme, daha önceki cezalardan büyük bir farklılık gösterir. Bir anlamda yenidir çünkü yalnızca modern toplumlarda rastlanan bir uygulamadır. Öte yandan tecrit, ilkel toplumların sık başvurduğu sürgün cezasının mantığıyla örtüştüğü için de oldukça eski sayılabilir.

Basit toplumlarda gerek hak alma gerek cezalandırma kişi ve soy gruplarının bizzat kendi elleriyle yapmak zorunda oldukları bir görevken modern hukuklar bu noktada farklılaşır. Siyasi iktidarın, toplum üstündeki baskısına paralel olarak özel hukukun yerini alan kamu hukuku, hak sahiplerini pasifleştirirken, suçluların takibini asli görev olarak üstlenir. Dava açma ve hak aramanın yerini, savcılığın resen takip ettiği kovuşturmanın alması, ancak norm ihlalinin yalnızca kişilere veya belirli çıkarlara değil aynı zamanda siyasal iktidarın egemenliğine de tecavüz olarak kabulü ile mümkün hale gelmiştir.²⁵⁴ Böylece çıkarlarını bizzat takip etmek zorunda olan kişilerin oluşturduğu toplum yerine, tecavüzün öncelikle kral adına kovuşturulduğu bir toplumsal düzene geçilmiş olur.

²⁵⁰ Foucault, *Ethics...*, s. 34 - Foucault, *Ders Özetleri*, s. 70

²⁵¹ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 48

²⁵² Köbben, *Ibid.*, s.129

²⁵³ Foucault, *Ethics...*, s.27- Foucault, *Ders Özetleri...*, s. 61

²⁵⁴ Foucault, *Ethics...*, s.27

T.C.K. İkinci bab'ı suçlara uygulanacak cezaları en ağırdan hafife doğru sıralamıştır. “Madde 11: Cürümlere mahsus suçlar şunlardır:

1- İdam, 2- Ağır Hapis, 3- Hapis, 4- Sürgün,* 5- Ağır cezayı nakdi, 6- Hidameti âmmeden memnuiyet. ...”

Sürgün cezası, 3236 S. Kanunla 1937 tarihinde konulmuş ve 13.07.1965 tarih ve 647 sayılı Kanunla kaldırılmıştır.²⁵⁵ Avrupa Birliği uyum yasaları çerçevesinde ölüm cezası da kaldırıldığına göre, geriye temel ceza olarak hapsedmenin kaldığını görüyoruz. Modern ceza kanunlarında, özellikle sürgün cezasının kaldırılması ve yerine hapis cezasının ikame edilmesi daha sonrada ölüm cezasının bütünüyle kanunlardan çıkarılması süreci hakkında, antropoloji verileri ışığında neler söylenebilir?

İlkel toplumların ve ilkel hukuk sistemlerinin cezai yaptırımlarıyla modern ceza kanunlarından mesela T.C.K.'nin kişilere yönelik yaptırımlarını mukayese ettiğimizde iki benzerlik iki de farklılık görürüz. Ölüm cezası ve kişilerin malvarlıklarına ilişkin ekonomik yaptırımlar benzerlikleri oluştururken, sürgün cezasının modern kanunlarda yer almadığını buna karşılık Foucault'un deyimiyle, tarihte hiç uygulanmayan hapis cezalarının kanunda yer aldığını görüyoruz.

İlkel toplumlarda kaçmayı engellemek dışında uzun süreli hapis cezalarının uygulanmadığını biliyoruz. Topluma karşı işlenen belirli suçlarla veya suç işlemenin itiyad haline getirildiği hallerde, kişiye uygulanacak ceza suçluyu toplum dışına atmak olacaktır. Bu ise kişinin sürgün edilmesidir. Sürgün cezaları süreli olabileceği gibi süresiz de olabilir. İkinci halde suçlunun topluma dönmesi mümkün değildir. Bir örnek vermek gerekirse Tswana'da belirli suçları işleyen kişiler, belirli süreler veya şefin istediği kadar evini terketmek ve kabilenin başka bölgesinde yaşamak zorundadır.²⁵⁶ Eski dönemlerde Cheyenne Kabile Kurulu, cinayet işleyen suçlunun sürülmesine karar verirdi.²⁵⁷ Günümüzde hapis, kişinin hürriyetini bağlayıcı ceza olarak ceza yasalarının kişiye uyguladıkları en ağır yaptırım olma özelliğini korumaktadır. (Başta Amerika Birleşik Devletleri, Çin, İran, Suudi Arabistan gibi devletlerin ölüm cezasını günümüzde de tatbik ettiklerini bir köşeye not ederek) İlk bakışta kişi odaklı ve kişinin bedeniyle birlikte tüm varlığına yönelik bir ceza olarak algılanan hapis cezası, acaba günümüz toplumlarının, suçluyu toplum dışına atmak için uyguladığı bir nevi sürgün cezası olarak düşünülemez mi? Bağlantıyı kurmamıza yardım eden unsur toplumların uyguladıkları yaptırımların mukayesesi ile ortaya çıktı. İlkel toplumların uyguladıkları sürgün

²⁵⁵ A. Önder, **Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat**, s.5, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992

²⁵⁶ Schapera, **Tswana...**, s. 49. İngiliz Sömürge idaresi 1934 tarihli 75 numaralı bildiri ile sürgün cezasının ancak Sömürge İdaresinin onayından sonra uygulanabileceği hükmünü getirmiştir.

²⁵⁷ Hoebel, **Man...**, s. 476

cezası modern kanunlarda kendine yer bulamazken, daha önce uygulamasına rastlanmayan hapis cezaları hemen hemen tüm kanunlarda yerini almıştır.

Kimi yazarlara göre, ölüm cezası, toplumdan sürgün etmenin en mutlak biçimi ve kişinin geri dönüşsüz şekilde toplumdan atılmasıdır.²⁵⁸ Bu cezanın günümüz kanunlarında yer alması dolayısıyla benzetmenin hapis cezaları için daha uygun olacağını düşüyoruz. Müebbet hapis cezaları, kişinin hayat hakkının korunduğu ama toplumdan mutlak olarak uzaklaştırıldığı geri dönüşsüz sürgün cezalarıyla örtüşmektedir. Diğer hapis cezaları da kişinin bir süre toplum dışına atıldığı ama daha sonra dönüşün mümkün olduğu geçici sürgün cezasıyla örtüşmektedir. Ayrıca modern ulus devletlerin, egemenlik sınırlarının uyruklarına yaptırım uyguladıkları sınırlarla örtüştüğü göz önüne alındığında, sürgün cezasının birçok sorun doğuracağı bellidir:

Uluslararası Hukukun temel kurallarından biri, egemen devletlerin, ceza yasalarını kendi ulusal sınırları içinde tatbik etmesidir. Tüm ülke toprakları tek parça ve aynı egemenliğe tabi olarak düşünüldüğü için modern ulus devletin, kendi toprakları içinde bir suçluya sürgün cezası tatbik etmesi teorik olarak mümkün değildir. Kişinin ülke içinde bir yerden diğerine zorunlu nakli, aynı toplum içinde kalarak aynı hukuksal düzene tabi olma gerçeğini değiştirmedigi için, pratik bir anlam taşımayacaktır. İletişim ve ulaşım imkanlarının son derece gelişmiş olduğu modern toplumlarda, sürgün cezası, suç işlemenin engellenmesi amacına yeterince hizmet etmeyeceği²⁵⁹ gibi toplumu suçlunun muhtemel zararlarından da koruyamayacaktır. Öte yandan hiçbir ulus devletin, diğer devletin suçlu uyruklarını kendi topraklarına kabul etmeyeceğini de bu tabloya eklediğimizde, sürgün cezasının hem teorik hem de pratik nedenlerle günümüz hukuk sistemleri için uygulanabilir olmadığı görülecektir. Sözü edilen zorunluluklar, modern toplumların, sürgün cezasını hapis cezalarıyla ikame etmesi sonucunu doğurmuştur. Her iki cezada suçlunun toplum dışına çıkarılmasını ve tecrit edilmeyi içerdiğine göre aralarındaki bağa ya da sürekliliğe vurgu yapmak şaşırtıcı olmamalıdır. Bir farkla ki hapis cezası, sürgün cezasından çok daha fazla özgürlüğü kısıtladığı için ahlaki açıdan çok daha sorundur.

Diğer yandan ilkel toplumlarda bir suçlunun sürgün edilmesi onun yaşama şansını oldukça azaltmaktadır. Çünkü klan ve soy dayanışmasının dışına düşmüş bir yerli için hayatta kalmak son derece zordur.²⁶⁰ Bir adım daha atarak, tarihhöncesi toplumlar için sürgünün

²⁵⁸ Hoebel, *Anthropology...*, s. 504

²⁵⁹ Ünsal, *op. cit.*, s. 42

²⁶⁰ Wells, *op. cit.*, s.156

ölümle eşanlamlı olduğu rahatlıkla söylenebilir.²⁶¹ Müttefik ve dost kabilelere sığınmak sürgün edilen yerli için, tek çıkar yol olarak gözükmektedir.

Topluma karşı suç işleyen yerli toplumdaki dışlanır, Bali adası yerlisi Regreg örneğinde olduğu gibi, kişi, kamu yardımından mahrum edilir, kamu mallarından yararlandırılmaz ve toplumsal statüsünü kaybeder.²⁶² Kimi toplumlarda suç işleyenler toplumca kutsal kabul edilen törenlere alınmaz. Bazı toplumlar, ağır suç işleyenlerin belirli görevlere getirilmesini sınırlar.

Buna benzer düzenlemeleri T.C.K.'da görüyoruz. 31. Madde hangi cezalara mahkum olanların ne kadar süreyle kamu hizmetlerinden yasaklanacağını açıklar. Buna göre; “ Beş seneden fazla ağır hapse mahkumiyet müebbeden ve üç seneden beş seneye kadar ağır hapse mahkumiyet hükmolunan cezaya müsvi bir müddetle hidematı ammeden memnuiyeti müstelzimidir.” Öte yandan 20. Madde: “Hidematı ammeden memnuiyet cezası müebbet veya muvakkattir. Müebbeden hidematı ammeden memnuiyetGeçici olarak kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası, hükümlünün 3 aydan 3 yıla kadar yukarıda gösterilen siyasi haklar, hizmet, memuriyet, sıfat rütbe ve nişandan ve bunları ceza süresi içinde yeniden elde etmek ehliyetinden mahrumiyetidir. ...” mahkum olan şahısların ne tür kamu hizmetlerinden yasaklandığını düzenlemektedir. Bunların en başında seçme ve seçilme hakları yer almaktadır. Özellikle seçilme hakkından mahrum edilmek, suçlunun siyasi mekanizmayı kullanarak tüm toplum adına görev almasını, onun adına konuşmasını ve belki de en önemlisi onu temsil etmesinin yolunu kapatacaktır. Mantık değişmemiştir; suç işleyen toplumu temsil edemez, onun adına konuşamaz. Çünkü temsil, suçlu statüsüyle bağdaşmaz.

Madde 33 “ beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkum olanlar ceza müddetleri zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulur ve emvalinin idaresinde mahcurlar hakkındaki Kanunu Medeni ahkamı tatbik olunur. Beş seneden ziyade ağır hapse mahkum olan şahsın ceza müddeti zarfında babalık hakkından ve kocalık sıfatının bahşettiği kanuni haklardan mahrumiyetine de hüküm verilebilir.” Bu madde ile ceza kanunu, suç işleyen kişilerin fiil ehliyetlerini sınırlayarak onları sınırlı hale getirmektedir. İkinci fıkra bir adım daha atarak beş seneden fazla ağır hapse mahkum olan suçluların, gerekirse aile bağlarını çözmek ve kocalık ve babalık haklarından mahrum etmek için hakime yetki vermektedir. Bu madde suç işleyen kişiyi fiil ehliyetine sahip tam ve yetişkin bir insan olmaktan çıkarmaktadır. Çünkü normal şartlarda mahcuriyet, akıl hastalığı, yaşlılık ve yaş küçüklüğüne bağlıdır. Madde mantığı suçluyu, işlediği eylem nedeniyle ya akıl hastalarına, ya yaşlılığı

²⁶¹ Lampe, *Ibid.*, s. 37,

²⁶² Geertz, *op. cit.*, s.177

dolayısıyla bunamış kişilere ya da normal bir hukuk düzeninin eylemlerini dikkate değer bulmadığı bir çocuğun statüsüne indirmektedir. Oysa sağlıklı ve yetişkin bir insan için bu üç halde kabul edilebilir bir statü değildir.



III. BÖLÜM: İLKEL TOPLUMLARDA HUKUK

A) HUKUKUN TANIMI TEMEL ÖNCÜLLERİ VE AMAÇLARI:

Antropologlar, devletsiz toplumların bir hukuka sahip olup olmadıklarını, şayet bir hukuka sahiplerse; hukukla, örf ve adet arasındaki ilişkilerin ne olduğuna hep derin bir ilgi duymuşlardır.¹ Günümüzde, hukukun evrensel niteliğine veya tüm toplumların bir hukuka sahip olup olmadığına ilişkin sorular önemini yitirmiştir.² Çünkü toplumsal yapıyı sürdürmeye yarayan mekanizmanın bir parçası olarak hukukun,³ toplumsal yapıya bağlı olarak, farklı görünümlemlerle olsa da tüm toplumlarda gözlemlenebilen bir olgu olduğu açıktır. Hukukla toplumsal yapı arasındaki çok sıkı ilişkiler ağı, birini anlamak için diğerini de çok iyi bilmeyi gerektirmektedir.⁴ Konuya ilişkin zorluklardan biri, hukukun tek bir kesin anlamı olması gerektiğine ilişkin kabulden kaynaklanmaktadır. Özellikle kabile toplumları üzerine yapılan çalışmalar, açık ve kesin bir anlamı olan, belli bir iktidarın buyruğu şeklindeki hukuk nosyonuyla ters düşmektedir.⁵ Köbben, Pospisil ve Malinowski gibi yazarlar, belirli toplumlar için hem hukukun farklı anlamları olabileceğini hem de cebrin her zaman hukuka eşlik etmeyebileceğini kabul eder. Gluckman'a göre de hukukun, kesin tek bir anlamı yoktur. Şayet mahkemelerin uyguladığı cezai yaptırımlarla hukuku özdeşleştirirsek, kabile toplumlarının bir hukuka sahip olmadıkları gibi saçma bir sonuca ulaşırız.⁶

Weber'i izleyerek devleti, "şiddetin meşru kullanımını tekelinde tutan bir topluluk"⁷ olarak tanımlayıp, bu tanıma ilkel toplumların siyasal örgütlenmesindeki temel amacın şiddet kullanımının denetlenmesi olduğunu⁸ eklediğimizde şu sonuca ulaşırız: Devlete örgütlenmesine sahip olmayan ilkel toplumlar, şiddet kullanımını katı kurallar ve kurumlar aracılığıyla tam bir denetim altına almaktan mahrumdur. Ancak buradan, onların şiddet kullanımını sınırlandıracak ve toplumsal düzeni tesis edecek kural ve mekanizmalardan tamamen

¹ Gluckman, *Politics...*, s. 178- M.B. Dembour, *Human Rights Talk and Anthropological Ambivalence: The Particular Context of Universal Claims*, s. 23, *Inside and Outside of Law*, Ed., Olivia Harris, Routledge, London, 1996

² K. F. Koch, "Hukuk ve Antropoloji: Disiplinler Arası Araştırma Üzerine Notlar," s. 438, Çev.: Mehmet Tevfik Özcan, *İ.Ü.H.F.M., C., LIV*, İstanbul, 1994

³ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s.199

⁴ *Ibid.*, s.199

⁵ Gluckman, *Politics...*, s. 178-179

⁶ *Ibid.*, s. 182

⁷ Weber, *op. cit.*, s. 288,

⁸ Gluckman, *Politics...*, s.196,

habersiz, bu nedenle anarşi ve kaba kuvvet ilişkilerinin hakim olduğu insan toplulukları olduğu anlamını çıkarmamalıyız. Çünkü ilkel siyasal sistemler de kaba güç ilişkilerini ve cebri dışlamaktadır.⁹ İlkel toplum, nasıl ki muhasebe sistemi, banka, borsa ve para piyasaları olmadan bir ekonomiye sahipse, benzer şekilde bir meclisin koyduğu yasa ve mahkemeler olmadan bir hukuka sahip olmasında şaşılacak bir şey yoktur.¹⁰ Çünkü basit ve türdeş kültürlerde, gelenek, alışkanlıklar ve yüzyüze ilişkiler düzeni tesis ederek, resmi hukuk otoritesi ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır.¹¹

Weber'in tanımını biraz genişletip "siyaseti, bir toplumda yetki ya da gücün meşru kullanımı"¹² olarak tanımlarsak, ilkel toplumların bir siyasete, düzeni tesis edecek kurallara, kuralları ihlal edenlere karşı, çeşitli yaptırımlara, kısaca bir Hukuka sahip olduğunu görüyoruz. Bu sonuca ulaşmak için izlediğimiz yol Koch'un da açıklıkla belirttiği gibi her toplumun ihtilafları çözmek, çatışmaları sona erdirmek ve şiddeti denetim altına almak için değişik usûllere sahip olması gerçeğidir.¹³ İçinde barındırdığı siyaset ve/veya siyasi kurumlar nedeniyle, her toplum aynı zamanda hukuksal bir bütündür.¹⁴ Devletin ve hukukun birbirine paralel iki ayrı üstyapı kurumu¹⁵ olduğunu kabul etsek bile, ilkel toplumun bu yapılardan tamamen habersiz olduğu sonucunu çıkaramayız. Belki, Devlet ve Hukukun tek bir gerçekliğin iki ayrı görünümü¹⁶ olduğu iddiasına karşı, ilkel toplumun bu yapıları yeteri kadar güçlü yansıtmayan bir ayna olduğu söylenebilecektir.

Service ve Lampe gibi yazarlar hukuk normlarını yaratacak ve uygulayacak organlardan mahrum olmaları nedeniyle tarih öncesi toplumların hukuksuz olduklarını ileri sürse de aksi görüşü destekleyen çok sayıda veri bulunmaktadır.¹⁷ Bütün toplumların kabul edilmiş meşru kuralları olduğuna göre ne geçmişde ne de günümüzde hukuksuz bir toplum hiç yaşamamıştır.¹⁸ Ancak bir kısmı bu kuralları tatbik etmek için adli teşkilat ve kolluk kuvvetlerine sahiptir¹⁹ Kuralların nasıl yaptırımlandırıldığına bakmak konumuz açısından bir hayli yararlı olacaktır.

Pozitivist yaklaşım, hukuku devlet iktidarıyla ilişkilendirip, devletin, egemenliğine dayanarak buyurduğu, yaptırımla koruma altına aldığı ve gücüyle sürekli etkin kıldığı kurallar

⁹ Abélés, *op. cit.*, s. 113

¹⁰ Koch, *Ibid.*, s. 436

¹¹ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s. 255

¹² Fried- Pfeiffer, *op. cit.*, s. 469

¹³ Koch, *Ibid.*, s. 436

¹⁴ Akal, *op. cit.*, s. 325

¹⁵ Özcan, *Hukuk...*, s. 171

¹⁶ Wells, *op. cit.*, s. 148

¹⁷ Service, *op. cit.*, s. 73 - Lampe, *Ibid.*, s. 37

¹⁸ Akal, *op. cit.*, s. 160

¹⁹ Gluckman, *Politics...*, s. 202

bütününü hukuk olarak kabul eder.²⁰ Hukuk, ahlak, örf ve adetlerden nasıl farklılaşır sorusuna pozitivist görüşün cevabı; üstün bir egemenlik desteğinde, fiilen uygulanan pozitif kurallar sayesinde, şeklinde cevap verir.²¹ Hukukun varlığını, sapkın davranışın, üstün bir iktidara yaslanan yargı eliyle değerlendirilip, yaptırıma tabi tutulduğu koşulların ürünü²² olarak gören yaklaşıma birkaç noktada itirazımız olacaktır. Hukukla cebir arasında kurulan ilişkinin doğruluğunu kabul etmekle birlikte, bir devlet otoritesiyle yaptırımlandırılmayan kuralların hukukilik vasfı taşımadığı görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü bu durum, pozitivist yaklaşımı, devletle hukuku özdeşleştiren idealist yaklaşımın parçası haline getirir. İkinci olarak, hukukla, örf ve adetler arasındaki ayrıma, yalnızca modern toplumlarda rastlanmaz. Basit toplumlar da hukukla, adetler arasına kalın bir çizgi çeker: Bir Kapauku'lu veya Tswanalı yerli, en az günümüz insanları kadar berrak bir şekilde, ikisi arasındaki farkı tefrik eder. Üçüncü bir argüman, taraflardan üstün bir otoritenin/ yargının, olguyu değerlendirerek yaptırıma bağlamasıdır. Daha sonra bir kez daha değinilecek olmasına karşın burada tekrar Kelsen'e dönmek gerektiğini düşünüyorum. Kelsen, ilkel toplumlardaki kısas kuralının, en eski hukuk kuralı olduğunu, ölç almanın basit bir kendini koruma güdüsü olmadığını ve tamamen toplumsal nitelikli olduğunu söyler. Çünkü kuralın uygulanması, canı yanan kişinin keyfine göre değil toplumun meşru gördüğü usûlde olacaktır. Dolayısıyla elemden kaynaklanan karşı eylem, birçok sınırlamaya tabidir. Ancak tarafların, ihtilafa ilişkin doğru bir değerlendirme yapması ve buna uygun davranması sayesinde meşruluk sağlanabilecektir. Barton'un, İfugao ve Kalinga toplumu üzerine söyledikleri bu bağlamda çok anlamlıdır. Bir ihtilafın tarafları, ihtilafa ilişkin ayrıntıları günlerce tartışarak müzakere edecektir. Hangi davranışın, ihtilafa uygun düştüğü sorusu, çok hassas bir şekilde cevaplandırılır. Zira herhangi bir aşırılık, kellenin gitmesine yol açan bir misillemeyle karşılanabileceği gibi, fazla yumuşak ve alttan almada, onursuzluk getirmenin dışında, gelecekte birçok hakkın kaybına da yol açacaktır.

Tekrar, meşru kabul edilen kuralların, nasıl yaptırımlandırıldığına dönecek olursak; bir kuralın yaptırımı yalnızca kişinin vicdanına bırakılmış ise ahlaki bir kuraldan, aşkın bir varlıkça cezalandırılacağına inanılıyorsa dini bir kuraldan bahsetmek olanaklıdır. Eğer yalnızca toplumun zayıf ve pasif bir eleştirisine bırakılmış ise bir nezaket kuralı söz

²⁰ M. T. Özcan, "Hukuk Olgusunun Sosyolojik Elemanları," s. 310, Mahmut R. Belik'e Armağan, İ.Ü.H.F., 1993

²¹ *İbid.*, 311

²² *İbid.*, 317

konusudur. Oysa bir hukuk kuralı, toplumsal çevrenin teşkilatlı bir makam aracılığıyla, yahut halkın kendiliğinden tepkileriyle yaptırımlandırılır.²³

Bizim de benimsediğimiz Topçuoğlu'nun sosyolojik yaklaşımına göre, hukuk normunun yaptırımı, devlete sahip toplumlardaki düzenli cebir uygulamalarıyla sınırlandırılmaz. Toplumdan kaynaklanan çok çeşitli zorlayıcı yaptırımlar da bir kurala hukukilik vasfını verebilecektir.²⁴ Service gibi kim yazarlar, hukukla devleti özdeşleştirerek, avcı-toplayıcılar gibi devletsiz toplumların, hukuk ve resmi cezalandırmadan mahrum olmaları nedeniyle, yalnızca adetlere dayanan kurallara ve yaptırımlara sahip olabileceklerini²⁵ ileri sürmüştür. Sosyolojik yaklaşım bu iddialara karşı güçlü bir argüman sunmaktadır. Yetersizlikleri, mantık hataları, tutarsızlıkları, kapsamı, vb. açılardan ilkel hukukun günümüz örnekleriyle mukayesesi son derece güçtür. Ancak biraz sonra değineceğimiz gibi hukuku, bir ahlaki değer olan adaletin, toplumsal hayat içinde gerçekleştirilmesi²⁶ olarak kabul ettiğimizde, eleştirilmesi gerekenin yalnızca ilkel kültürler ve onların hukuk sistemleri olmadığı görülecektir.

Modern Devlet, adaletin gerçekleştirilmesi işlevini, diğer kültürler ve toplumlardan daha iyi yapmakta mıdır sorusunu, olumlu cevaplamak hiç kolay değildir. Görkemli adalet bakanlığı binaları ve mahkemeler, mesleği icra eden binlerce hakim, savcı ve avukat, gizli ya da üniformalı yüz binlerce kolluk teşkilatı üyesi, hapishaneler, akıl hastaneleri ve bunlara ek olarak, yüz binlerce sayfalık mevzuat, ortalama bir vatandaş için ne anlama gelmektedir? Yıllarca süren davalar, yüksek mahkeme masrafları, basit hırsızlığın cezalandırılabilirdiği ama örgütlü soygunların yasallık kılıfına büründürüldüğü kanunlar, çıkar ilişkileri ve siyasi iktidara ram olmuş mahkemelerden oluşan devasa bir hukuk sistemi. Tüm bu devasa kurumların, kişi ile hukuk arasındaki mesafeyi kapatılamaz biçimde artırması, bunu modern devletin aracılığı ve öncülüğünde gerçekleştirilmesi, kişiyi günümüzde çaresiz bırakmaktadır. Cevap olumsuzdur. Adalet, her zamankinden daha fazla toplumsal ilişkilerin dayanağı olmaktan çıkarılmıştır. Modern devletin kolluk teşkilatından mahkemelerine, yasalarından, mahkeme kararlarına kadar devasa baskıcı gücü temelde, bu çıplak gerçeğin üstünü örtmek için kullanılmaktadır.

Weber'e göre Devletin mutlak amacı, iktidarın iç ve dış dağılımını korumaktır. Ve devlet, ahlaki bir hakka değil zor ya da zor tehdidine dayanan bir kuvvet dengesine dayanır.²⁷

²³ H. Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, s.186, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1963

²⁴ *Ibid.*, s.187

²⁵ Service, *op. cit.*, s. 73

²⁶ Topçuoğlu, *op. cit.*, s.195

²⁷ Weber, *op. cit.*, s. 288,

Marks da hukukun sınıfsal niteliğine vurgu yapmış ve hakim sınıfların çıkarlarının korunmasına yönelik baskıcı düzenlemelerin yasallık kılıfı altında, sömürülen sınıflara dayatıldığını ileri sürmüştür. Her iki yazarın ortak noktası, pozitivist olmalarıdır. Pozitif hukuk teorilerine göre hukukla ahlak arasında zorunlu bir bağ bulunmaz. Hukukla ahlak arasında bir bağ olmadığı söylendiğinde, hukukla adalet arasındaki bağ da koparılmış olur.²⁸ Dolayısıyla hukukla adalet arasında doğrudan bir bağ kurma çabaları da sonuçsuz kalacaktır.

Hoebel'a göre bir toplumsal kural, ihmal veya ihlal edildiğinde ayrıcalıklı davranma yetkisi toplum tarafından kabul edilmiş bir birim tarafından, mutlak bir zorlayıcı güçle karşılanıyor veya bu şekilde karşılanma tehditi altında ise hukukidir. Toplumsal birim, kişi, alt gruplar veya tüm toplum olabilir.²⁹ Hoebel, bir kuralın hukukilik niteliğini kazanması için, öngörülmüş ve düzenlenmiş bir cebir uygulamasını yeterli görmektedir. Cebri uygulayacak birimlerin kişiler ya da alt gruplar olarak genişçe tanımlanması da ilkel toplum yaptırımlarının hukuki olarak nitelendirebileceğini düşündürmektedir. Nitekim Comanche örneğini vererek hukuk tatbikatının ne devletle ne de hükümetle sınırlı olduğunu ileri sürmektedir. Tanımdaki "toplumca kabul edilmiş ayrıcalık" ise Hoebel tarafından ilgili toplumda bireylerin çoğunluğunca kabul edilen ve haklı görülen davranışlar olarak açıklanmıştır.³⁰ Daha sonra Köbben'in, Surinam Djuka'ları üzerine yazdıkları dolayısıyla tekrar değinilecek olan bu kavram, ilkel toplumlarda hukukun tanımlanıp sınırlanmasına önemli katkılar sunmaktadır. Zira günümüz yasalarının alenilik, bilinebilirlik gibi niteliklerinden, yazının eksikliği nedeniyle yoksun olan bu toplumlarda, kaba şiddet olaylarıyla, hukuki nitelik taşıyan eylemler arasındaki çizgiyi, toplumun kişilere hangi olaylar karşısında, nasıl tavır almaları gerektiğine ilişkin değer yargıları belirlemektedir. Buradan, tekrar Hoebel'in Comanche örneğine geçelim; karısına hakaret edilen adam, hakaret eden torun ve dedenin en sevdiği atlarını öldürmüştür.³¹ Bir hakarete karşılık yapıldığı ve toplumca meşru görüldüğü için, eylemin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Hukukun, devlet tarafından sarıh kuralların icrasını temin etmek için düzenli ve cebri güç uygulanması olduğunu söyleyen Redfield'in tanımında esas olarak iki unsur yer almaktadır; kişilerin davranışlarını sınırlayan ve yönlendiren kural ve ilkeler kavramsal yönü, bu kurallara uygun davranmaya zorlamak için, teşkilatlanmış mahkemeler ve yargılama süreci de yapısal yönü oluşturur.³² Redfield, ikisini birbirinden ayırarak hukukun sadece yapısal

²⁸ R. Dreier, "Hukuk Kavramı," s. 9, Çev.: Altan Heper, **H.F.S.A. 2. Kitap**, AFA, İstanbul, 1995

²⁹ Hoebel, **Law-Ways...**, s. 187

³⁰ **Ibid.**, s. 188

³¹ **Ibid.**, s. 189

³² Redfield, **Primitive Law**, s. 3

yönüne vurgu yapan ve bu nedenle mahkemeler, kolluk kuvvetleri, hapisane v.b. infaz kurumlarının bulunmadığı toplumlarda hukukun da olmadığını iddia edenleri eleştirir.

Esasen kişi haklarını ve kamu çıkarlarını korumak için düzenli ve şahıs dışı cebir kullanımı hukukun özünü oluşturur. Radbruch, hukuku cebir ile eşitlediği için bu tanıma karşı çıkmakta, bunun güç nerede ise hukukun orada olacağı sonucuna götüreceğini ileri sürmektedir.³³ Son derece haklı bir zemine oturduğu için eleştiriye katılmamak mümkün değildir. Burada toplumların, hatta tek tek insanların çözmek zorunda olduğu kadim bir çelişki vardır; güç sizi haklı kılmaz ama gücünüz yoksa hakkınızı asla alamazsınız. Hukuka, ahlaki açıdan bakıldığında, ideal bir tanım yapmak mümkün olduğu halde, gücü veya cebri arkasına almayan böyle bir yaklaşımın, içeriğini oluşturan hakkı, taraflara teslim etmekte zaafa düşmeyeceğini söylemek çok zordur. Hukuku belirlemek için tek ölçüt olarak “cebir” kullanıldığında, daha karmaşık bir sorunla karşılaşılır. Çünkü bu yaklaşım, hukuku cebirle eşitlediği oranda, güçlünün yanında olmakla kalmayacak, giderek güçlünün haklı olduğunu seslendirecektir. Ahlaki yaklaşımlar insanı içten kavraya da, genel olarak toplumlara bakıldığında, yapısal sistemlerin, cebir merkezli bir hukuk üzerine oturduğu görülür. Weber’in daha önce işaret ettiğimiz tanımı, devleti, ahlaki bir hakka değil zor ya da zor tehdidine dayanan bir kuvvet dengesine dayandırmaktadır. Diğer siyasal/hukuksal sistemlerin mantığının, modern devletten farklı olması için bir neden olmadığına göre, cebir merkezli hukuk anlayışının tüm toplumlarca kabul edildiğini söylemek gerçeğe uygun olur. Hukukla ahlak arasındaki açıklığın, birçok toplum için kapatılamayacak ölçüde büyük olduğunu söyleyerek bu paragrafı noktalayalım.

Tüm toplumlarda insan davranışlarını düzenleyen ilke ve kurallar bulunur, bu kuralların uygulanmasını sağlayan usûllerin gelişmişlik seviyesi ise bir toplumdan ötekine değişir. Biz bu usûlleri incelemeye başladığımızda temel yargılama ilkeleriyle ilk yasaların başlangıcına gitmiş oluruz.³⁴

Sorun, meşru kabul edilen kuralların yaptırımlandırılmasında izlenen usûllerin tekbiçimli düşünülmesinden kaynaklanmaktadır. Bütün toplumların kabul edilmiş meşru kuralları olduğunda hiç şüphe bulunmamaktadır.³⁵ Bu kuralların nasıl yaptırımlandırılmış olduğu sorusuna, yasalarla kurulmuş mahkemelerde görev alan hakimlerin, yine önceden ilan edilmiş kuralların öngördüğü cezalara hükmetmesi ve kararın kolluk güçlerince infazı şeklinde cevap verilirse, hukukla devlet özdeşleşmekte ve inceleme konusunu oluşturan

³³ G. Radbruch, “Beş Dakika Hukuk Felsefesi,” s. 7, Çev.: H. Ökçesiz, **H.F.S.A. 2. Kitap**, AFA, İstanbul, 1995

³⁴ Redfield, **Primitive Law**, s. 3-4

³⁵ Gluckman, **Politics...**, s. 202

toplumlarda hukukun olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Çünkü bu toplumlarda yaptırımların nasıl uygulanacağı çoğu durumda aile ve akraba gruplarını ilgilendirir. Nadiren de tüm topluluk, çözüm için bir araya gelir. Ceza ve tazminatların ağırlık ve uygulama kabiliyeti büyük oranda davacı tarafın toplumsal statüsü ve potansiyel gücüyle doğrudan orantılıdır. İkel hukukun izafiliğine ve tarafların potansiyeline fazlasıyla bağlılığına ilişkin bu tespitler, modern hukukun hakimler ve avukatlar elinde nasıl uygulandığından habersiz görünmektedir. Amerika Birleşik Devletleri ve Güney Afrika Cumhuriyetlerinde hukuk, ırkçı uygulamaların aracı konumundadır. Oysa kimi ikel toplumlar işlevsel bir adalet duygusuna ve hukuk bilincine sahiptirler. Bir örnek vermek gerekirse Nuer zihni, sahip olunan hakkaniyet duygusu nedeniyle yalnızca haklı olan akrabanın desteklenmesine izin verecektir, haksız taraf bu destekten mahrumdur.³⁶ Comanche kabilesi de böylesine bir adalet duygusuna sahip olduğunu, mağdurun yanında ve tecavüzcünün karşısında yer alarak göstermiştir.³⁷ Türkiye gibi kısmen sanayileşmiş ülke hukukları ise Weber'in tanımına uygun olarak, bürokrasinin elinde, iktidarın iç dağılımını kiskançlıkla korumak için kullanılan, en güçlü araçlardan biri haline gelir.

Hukuku yalnızca işlevleriyle tanımlayan Aral'a göre "Hukuk adalet amacına yönelmiş toplumsal yaşama düzenidir."³⁸ Adaleti hukukun temeli olarak gören yazar için adalet öylesine önemlidir ki ondan yoksun bir düzene, hukuk düzeni demek mümkün değildir. Bu özellik aynı zamanda hukuku, diğer toplumsal kurallardan yani örf ve adetten ayırmamıza yarayacak temel ölçüttür.³⁹ Düzen ve toplumsal ihtiyaçların karşılanması ise hukukun pratik amaçları olarak adaletten sonra gelmektedir. Hukuk adaleti istemek⁴⁰ ise, Hukuk kavramının özünde yer alan Adalet düşüncesini nasıl tanımlayabiliriz? İlk olarak adaletin, ahlaki bir değer olduğu ve hukukun varlık nedenini ve özünü oluşturduğu belirtilmelidir; o herkese düşen şeyin kendisine verilmesidir.⁴¹ "Kimsenin adına sanına bakmadan yargulamak, herkesi aynı ölçüyle ölçmektir."⁴² Mevcut düzenin korunup meşrulaştırılması da adalet düşüncesi etrafında olacaktır.

Adaletin açık bir tanımını yapmanın güçlüğü ortada olmakla birlikte ona götüren yolda ilerlememizi sağlayacak adımlar atabiliriz; adalet, her şeyden önce insanların yasa önünde

³⁶ *Ibid.*, s. 207

³⁷ Hoebel, *Law-Ways...*, s. 197

³⁸ V. Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, s. 9, 92, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988

³⁹ V. Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 46, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992

⁴⁰ Radbruch, *Ibid.*, s. 7

⁴¹ Aral, *Hukuk...*, s. 126,138

⁴² Radbruch, *Ibid.*, s. 7

eşit olduklarının kabulü ile buna uygun davranış biçimidir.⁴³ Soy, renk, dil, din, ırk, yoksul, özürlü olup olmadıklarına bakmaksızın kişiler eşit bir işleme tabi tutuluyor ise “denkleştirici adalet”, kişilerin ihtiyaç ve yetenekleri göz önünde tutularak, orantılı bir eşitlik sergileniyorsa “Dağıtıcı adalet,” kişilerin ve olayların tüm özellikleri göz önünde tutuluyor ise “hakkaniyet” adını alacaktır.⁴⁴ Bir başka tanıma göre de “hakkaniyet” yoksulluğun azaltılarak servetin daha adil paylaşılması anlamına gelir.⁴⁵ Ancak hakkaniyetin yasalarla gerçekleşmesi son derece güçtür. Bunu ancak yasaları uygulayan hakimler, tekil olayların özelliklerini dikkate alarak verdikleri kararlarla gerçekleştirebileceklerdir.⁴⁶

Kan davası güderek cinayet işleyen kırsal toplum insanına örnek olarak Anadolu halkını verebiliriz. Burada adalet, kanunlar, mahkemeler demek olduğu kadar, hakkın bizzat elde edilmesi demektir. Bu insanlara göre kanunların uygulanmasında yetersizlikler, adam kayırmalar, haksızlıklar yapılırsa kişinin hakkını kendi elleriyle alması adaletin gereğidir;⁴⁷ işlenen cinayetlerin, yetersiz kalan resmi adaleti, adil biçime getirdiği düşünülmektedir.

Teorik düzeyde, hukukun ahlakla iç içe geçmişliği, yalnızca modern hukuklar için değil belki de daha fazla diğer kültürler ve onların hukuk düzenleri içinde geçerlidir. Mesela Afrika’da yaşayan Lozi kabilesinde hakimlerin uyguladıkları kuralların kaynağı sorulduğunda yerliler “ Adalet – Hakkaniyet – Ahlakilik” cevabını vermişlerdir. “Tanrının Yasaları” veya “İnsanlığın Yasaları” olarak adlandırdıkları bu ilkeler, apaçık ve aşikar olmaları nedeniyle mantıklı tüm insanlar tarafından kolayca bilinebilirler.⁴⁸

Kuzey Togo’da yaşayan Kabré halkı için adalet, yaratıcı tanrının planlarına uyum ve ataların geleneklerine saygı anlamına gelir. İnsanlar arası ilişkileri düzenlemek için Tanrı *Eso* tarafından ilk insan aracılığıyla gönderilen kuralların ihlali, toplumsal eşitlik ve bereketin bozulmasına sebep olur.⁴⁹ Ancak bu benzerlikler yanında mahkemelerin işleyişi göz önünde tutulduğunda oldukça derin farklılıkların da bulunduğu görülecektir. İngiliz Mahkemeleriyle Hint Yerel Mahkemeleri mukayese edildiğinde temelde dört farklılığın öne çıktığı gözükür:

- * Hukuk karşısında eşitlik
- * Statü ve sözleşme
- * Kararın önemi

⁴³ Aral, *Hukuk...*, s. 130

⁴⁴ *Ibid.*, s. 131

⁴⁵ Kottak, *Antropoloji...*, s. 571

⁴⁶ Aral, *Hukuk...*, s. 134

⁴⁷ Ünsal, *op. cit.*, s. 159

⁴⁸ M. Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse*, s. 68, *Law and Warfare*, Ed. By., Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

⁴⁹ Verdier, *Ibid.*, s. 141

* Yalnızca ihtilafın halli ⁵⁰

Genel olarak Batılılar kişilerin yasa önünde eşitliğini kabul ederken, Hintliler miras ve soy nedeniyle kişilerin farklılaştığını kabul eder. Ancak yasa önünde eşitlik kavramı, yalnızca modern batı toplumlarına ait bir değer değildir. Trobriand halkı birçok yetkilerle donanmış çok saygın Şeflerin bile yasaların zinciriyle bağlı olduğunu ifade eder.⁵¹ Tswana halkı da yasalar karşısında şef ve avamın, zenginle fakirin herhangi bir farkı olmadığını ileri sürer. “Yasa kördür sahibini bile yer”⁵² vecizesi eşitliğe ilişkin bu değeri anlatır. Ancak uygulamanın teoriden epey farklılaştığını söyleyebiliriz. Şefe karşı işlenen suçlar çok ağır biçimde cezalandırılırken, tersi bir durumda suç işleyen şef veya akrabalarından biri ise adaleti gerçekleştirmek çok güç veya imkansız hale gelecektir. Teoride şef yasaların üzerinde değildir. Şikayet üzerine ağabeyi veya yaşlı akrabalarınca kendi mahkemesinde yargılanabilir. Ama uygulamada şikayetçi hiçbir tazminat alamaz.⁵³

Hintliler statünün sözleşmeler ve mahkeme kararlarıyla değiştirilemez oluşunu kabul ederken İngilizler, mahkeme kararlarının ilişkileri değiştirebileceğini kabul eder. Hint inancıyla desteklenen toplumsal hiyerarşiye göre, kişilerin içinde buldukları statü yaradılıştan tanı tarafından belirlenir. Kişinin sonradan hukuk ya da sözleşmeler yoluyla değiştirilemeyen kastı, doğumdan ölüncüye kadar kendisinden ayrılmaz. Oysa bir batılı için hukuksal statüler zamanla değişir ve iradi sözleşmeler değişim için aracı olur: İş akdinin kişinin statüsü için belirleyiciliği örnek olarak verilebilir.

Hintliler, ihtilaf mahkeme önüne getirildiğinde buna ilişkin tüm geçmiş olayları da ihtilafa dahil ederken İngiliz mahkemeleri yalnızca ihtilafın halli için çaba gösterir. Bir Hint davası, taraflar arasında çok uzun süren gergin ilişkilerin açığa vurulmasıdır.⁵⁴ Hint hukuk anlayışını, diğerlerinden ayıran en önemli unsur, hak ve yükümlülüklerin toplumsal statü ile bağlantı olarak belirlenmesi, toplumsal statünün de değişmez biçimde aşkın varlıkça yani tanrı tarafından tespit edilmesidir.⁵⁵

Bir Amerikan mahkemesinde, usul hukuku, hakimlerin yalnızca tarafların sunduğu delilleri takdir etmesine izin verirken Meksika Ralua’da tarafların geçmişi, şöhreti, alkolik olup olmadıkları, hatta erkeğin karısına yaptığı muameleler bile hakim tarafından bilinir ve

⁵⁰ Cohn, 1956’ dan aktaran L. Nader, **Styles of Court Procedure: To Make The Balance**, s. 86, **Law in Culture and Society**, edited by Laura Nader, University of California Press, California, 1997

⁵¹ Malinowski, **Crime...**, s.46

⁵² Schapera, **Tswana...**, s. 51

⁵³ **Ibid.**, s. 52

⁵⁴ Nader, **Styles...**, s. 87 - B. S. Cohn, **Some Notes on Law and Change in North India**, s.156, **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

⁵⁵ Geertz, **op. cit.**, s.198

duruma göre davalının lehine ya da aleyhine kullanılır.⁵⁶ Kapauku toplumunda kişinin karakteri ve daha önceki suçları ağırlaştırıcı unsur kabul edilir.⁵⁷ Hint yerel mahkemeleri de, tarafların zenginlik, soyluluk, eğitim, tembellik, aptallık, ahlaken düşüklük, vb. niteliklerini ihtilafın çözümü sırasında gözönünde tutar ve karar sürecini bu nitelikler de etkiler.⁵⁸ Tswana da ise suçlunun karakteri yargılamada ona karşı takınılacak tavrı belirleyecek en önemli unsurdur.⁵⁹ Açılmış bir davada karar vermek, modern mahkemeler için bir zorunlulukken Hint mahkemeleri açık seçik bir karar vermekten mümkün olduğunca kaçınacaktır. Batı Hukukunun temel kabullerinden biri olan insanların yasa önünde eşitliği, Hindistan'da tersine çevrilmiştir; insanlar miras nedeniyle eşit doğmazlar. Bu değerler tüm toplum yapısını belirler ve kast sistemiyle kendini en açık biçimde ortaya koyar.⁶⁰

Lozi Hakimleri, önlerine gelen ihtilafların çözümü sırasında, tarafların ilerde birlikte dostça yaşamaya devam edecekleri gerçeğini gözönünde bulundurur. Bu sebeple ilişkinin telafisi imkansız şekilde kopmasına yol açacak şekilde karar verilmez. Çünkü aile, akraba ve köy birliği en üst değer olarak kabul edilmiştir. Bu yüzden hakimler, taraflar için kabul edilebilir ve uzlaşma zemini içeren kararlar almaya uğraşır.⁶¹ Tiv hakimleri, davada tarafların hakları kadar yükümlülüklerinde de vurgu yapar.⁶² Yakan toplumunda yargılama, maliyeti ne olursa olsun adalet gerçekleşsin mantığı yerine, tarafların yeniden ihtilafı hale gelmesini engelleyecek bir uzlaşmanın sağlanması amacına yönelmiştir. Bir "hüküm" genellikle, tarafların daha az tatmin olduğu, ama en kötü seçenikle karşılaşmadıkları yargı kararıdır.⁶³ Karar, uzlaşma olduğu kadar uzlaşmanın olmaması halinde meydana gelecek uğursuz sonuçlara da işaret eder. Burası modern hukuk sistemleriyle diğer kültürlerin ayrıldıkları noktadır. Nuerler'de anlaşmaya yanaşmayan, affetmeyen, intikam almaya çalışan taraf, daima toplumun nefretine ve lanetine hedef olma tehlikesi altındadır.⁶⁴ Bu psikolojik unsur uzlaşmanın anahtarıdır. Modern yasalar, herkese hak ettiğini verme amacına yönelmişken, bir ilkel toplumda, mesela Etiyopya'da kurallar; topluluk içinde iyi ilişkileri, bütünlüğü ve uyumu

⁵⁶ Nader, *An Analysis...*, s.124

⁵⁷ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 221

⁵⁸ Cohn, *Ibid.*, s.148

⁵⁹ Schapera, *Tswana...*, s.51

⁶⁰ Cohn, *Ibid.*, s.156

⁶¹ Gluckman, *The Judicial...*, s. 63. Dayanışma ve uzlaşmanın bu toplumlarda ne kadar derinlere kök saldığına ilişkin ilginç bir örneği Lévi-Strauss sunmuştur: 20.y.y'ın ilk çeyreğinde misyonerlerden futbol oynamayı öğrenen Yeni Gine *GahukuKama* halkı, bir tarafın kazandığı sonuç yerine, tarafların berabere kalacağı skora kadar maça devam etmektedir. C. Lévi-Strauss, *Structural...*, s. 319, Volume 2

⁶² M. Gluckman, *Concepts in the Comparative Study of Tribal Law*, s. 356, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

⁶³ Frake, *Ibid.*, s.160

⁶⁴ Kottak, *Cultural...*, s.148

sürdürmek amacına yönelmiştir.⁶⁵ Modern toplumun temel taşı aile ya da akrabalık gurubu değil birey oluşturur.⁶⁶ Bu nedenle yalnızca kişi ve onun çıkarları hukuk düzeni tarafından korunup en üst değer olarak benimsenirken diğer kültürler, mesela Hint, Zapotec ya da Lozi kültürleri bireyi her zaman öne çıkarmaz. Geleneksel anlayışa göre bir ihlal, toplumsal hayatı kesintiye uğratan bir hasar olarak düşünülmektedir. Düzenin tekrar tesisi mağdurun zararının tazmini ile mümkün olabilecektir. Bu nedenle geleneksel Afrika Hukukunda, bir hakim tüm taraflar çözüm kararından tatmin olmadıkça, davayı gereği gibi çözüme kavuşturmuş sayılmaz.⁶⁷

İlkel kültürler için toplumun bir bütün olarak varlığını koruması ve sürdürmesi birincil amaçtır. Sınıflı ya da katmanlı bir yapıya sahip olmamaları, farklı çıkarlara hizmet eden tutumları kolaylıkla tespit edip denetim altına almalarını sağlar. Kişisel davranışların toplumsal denetim mekanizmalarınca farklı değerlendirmelere tabi tutulması bu temel ayrılıktan kaynaklanmaktadır. İlkel kültürde, toplumun dışında ve topluma rağmen birey anlayışı yoktur. Bireyin tüm ilişkileri, tüm çıkarı topluma bütünleşmekten, kurallarına itaat etmekten geçer. Üye, yaşamak, avlanmak ve beslenmek için diğerleriyle sıkı bir işbirliğine muhtaçtır. Daha da önemlisi, bir hakkın alınması veya kaba güce mukavemet etmek için akrabalara duyulan ihtiyaç çok fazladır. Bunun doğal sonucu, toplumsal ilişkilerde haklı olmanın hakkın elde edilmesi için yeterli olmamasıdır. Cebir kullanmak veya cebre mukavemet etmek, akrabaların desteğini ve toplumun onayını almayı gerektirir.⁶⁸ Tüm bu anlatılanlar, bir ihtilafın çözümü söz konusu olduğunda da geçerliliğini korur ve ihtilaf daima toplumsal bütünlük ve uyumu bozmayacak şekilde çözüme kavuşturulur. Ne zaman ki kişi, hayatını sürdürmek için diğerleriyle olan ilişkilerine mutlak manada ihtiyaç duymamaya başlar ya da farklı çıkarlara sahip olur o zaman ihtilafın çözüm yolları da değişir. Toplumun çıkarları yerine kişi çıkarlarını önceleyen çözümler görünmeye başlar. Bu aşamaya gelmesi, içsel yapının farklılaşarak Şeflik ve Devletli toplumlarda olduğu gibi katmanlı yapının oluşmasına bağlıdır.

Zapotec kültürü davacı ve davalı arasında “dengenin kurulması” ve korunmasını amaçlamıştır. Zapotec dilinde “ihtilaf” ve “dengesizlik” eş anlamlı kelimeler olup⁶⁹ ihtilafın çözümü dengesizliğin giderilmesi anlamına gelir. Bu nedenle “göze göz diş diş” ilkesi yerine “az ver az al” ilkesi geçerlidir. Bu kültürün hukuk düzenine bakış açısını özetleyecek

⁶⁵ Koch, *Ibid.*, s. 442

⁶⁶ Abélés, *op. cit.*, s. 30

⁶⁷ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 214

⁶⁸ Gluckman, *Politics...*, s. 207

⁶⁹ Nader, *Styles...*, s. 73

en güzel davranış kalıpları Fosters'tan aktarılan şu satırlarda bulunabilir: “ Geleneksel Tzintzuntzan davranış kalıbı, bir dengenin ya da statükonun devam ettirilmesi yönündedir. Bu dengede kişi, bir başkasını tehdit etmediği gibi başkası tarafından da tehdit edilmez.”⁷⁰

İlkel kültürler norma aykırı davranışı denetim altına almak için yalnızca resmi, olumsuz yaptırımları kullanmazlar. Dedikodudan ev toplantılarına kadar bir dizi etkinlik toplumsal ilişkilerde gerginliğe ve uyumsuzluğa yol açan kusurlu eylemleri gözler önüne sererek, rahatsızlığı gidermeye çalışır. Bu etkinliklerin ortak noktası, resmi cezalandırma usûlleri dışında bulunmalarıdır. Ancak bunu söylediğimizde, bu etkinliklerin toplumsal denetim mekanizmasında asıl belirleyici unsur olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Zira resmi usûller yanında, daha yumuşak, daha içe dönük ve dostane çözüme yatkın etkinlikler resmi mekanizmaların yanında ve onların tamamlayıcısı olarak bulunurlar. Hukuk sisteminin başarısının, hukuk dışı kontrol mekanizmalarının uyumlu birlikteliğine bağlı oluşu⁷¹ gerçeğini, ilkel zihin modern toplumlardan daha iyi kavramıştır. Gibbs'in, Liberya Kpelle toplumu üzerine yaptığı bir çalışma, yarı yasal gayri resmi ev toplantılarının psikoterapi tekniklerine benzer ilkeleri kullanarak özellikle eşler arasında ve ailevi sorunları çözmeye mahkemelere göre çok daha başarılı olduklarını göstermektedir.

Kpelle toplumunda siyasi örgütlenmeye paralel bir mahkeme örgütlenmesi bulunur. Şefler aynı zamanda en yüksek yargı erkidir. İhtilaflar ya mahkemelerde resmi yollarla ya da yaşlılar ve ailelerin ileri gelenlerinin hazır bulunduğu toplantılarda çözüme kavuşturulur.⁷² Mahkemeler, müessir fiil, büyü, akraba olmayanlar arasındaki hırsızlık gibi görece daha ağır suçların çözüm merciidir. Oysa ev toplantıları, özellikle eşler arası ihtilaflar, boşanma, kardeşlerin babadan kalma miras meseleleri gibi daha çok aile içi sorunların çözüm yeridir. Katı bir duruşma usûlüne sahip olmaları, kişileri yakınlaştırmak yerine daha da uzaklaştırma gibi sonuçları dolayısıyla mahkemelerin, aile içi sorunları çözmeye başarısız olduğu görülmektedir.⁷³ Üstelik Şeflere ve daha üst mahkemelere dava açmak her zaman daha masraflı bir yoldur. Aile içi toplantılar ya da Gibbs'in deyişiyle *house palaver*, aile içi çekişmelerin, akraba ve yakın komşuların önüne gayri resmi olarak konulup etraflıca tartışılmasıdır. Mahkemelerden farklı olarak şikayet eden ve edilen taraf karışık oturur, yaşlıların ayrı ve üstte oturması sözkonusu değildir. Toplantı, şikayetçinin anlatımıyla başlasa da karşı taraf veya komşulardan birinin sözü alması da mümkündür. Komşu ve aracılar Şef

⁶⁹ Nader, *Ibid.*, s. 69

⁷⁰ (Fosters, :1967,172) Aktaran L. Nader, *Ibid.*, s. 73

⁷¹ Özcan, “Hukuk Olgusunun...,” s.333

⁷² J.L. Gibbs, “The Kpelle Moot,” s. 278, *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

dahi olsalar kürk v.b. resmiyet ifade eden elbise giymezler. Soru sormak, şahitlik yapmak serbesttir. Orada hazır bulunanlar, tarafların hatalarını açıkça söyler. Kusurlu olduğu düşünülen kişinin, resmi olarak karşı taraftan özür dilemesi ve bunu orada hazır bulunanlara içki yiyecek v.b. küçük hediyeler vererek taçlandırması beklenir.⁷⁴ Tarafların üzüntü ve memnuniyetsizliğinin giderilmesi, normal mahkemelerde yapılmazken, toplantılar bu işi yaparak tarafların uyum yeteneklerini artırmaktadır. Mahkemeler gibi kusur ve hatanın bir tarafa yüklenmesi yerine iki tarafın da hatalı olduğu varsayılır. Yine tek yanlı bir emir şeklinde ortaya konan hükümden farklı olarak, alınan kararda tarafların rızası bulunur. Verilen cezalar siyasal güç ve zorlama içermediği için taraflar arasındaki düşmanlık ve kını artırıcı etkiden uzaktır.⁷⁵ Taraflardan birinin özür dilemesi, diğerinin de kabul etmesi tamamen sembolik nitelikte olup toplantıya hakim olan hoşgörü havasını yansıtır. Hatasını kabul edip özür dileyen veya bunu kabul eden taraf yüksek ruhlu insan olarak topluluğun takdir ve tasvibiyle en büyük ödülü almış olur.⁷⁶ İçgöründen yoksun veya hatasını itiraf etmekte zorlanan kişilerin bulunduğu toplantılar başarısız geçer. Gibbs'e göre, bu tür toplantılarda izlenen dengeli yaklaşım birçok noktada psikoterapiye kuvvetli benzerlikler göstermektedir.⁷⁷ Eşleri uzlaştırmaya yönelik bu tür çabaların, ayrılığa odaklanmış mahkeme usûlüne göre açık bir üstünlüğü vardır. Herşeye rağmen *house palaver* şeklindeki çözüm usûlleri, resmi mahkemelerin yanında ve onlarla uyumlu olduğu sürece bir anlama sahiptir. Çünkü bu usûller birbirinin alternatifi olmayıp, biri diğerini destekleyecek şekilde çalışmaktadır. Modern hukuk sistemleri çok gelişmiş yargılama usûllerine sahip olmasına rağmen, tarafları uzlaştıracak, gerginlikleri azaltıp muhtemel çatışmaları engelleyecek bu tür ara kurumlara sahip değildir. Aubert bu eksikliği; modern yasaların katı bir şekilde sonuna kadar uygulanmasının, saçma sonuçlara yol açtığı şeklinde dile getirmiştir. Biraz sonra değinilecek olan iddiaya göre, modern hukuk sistemleri, gerginlikleri azaltacak yargılama öncesi ara kurumlara sahip olmadıkları için, toplumsal düzenin kurulup sürdürülmesinde, ilkel toplum kadar başarılı değildir.

Malinowski, Trobriand adası yerlilerinin karşılıklı şikayetlerini yüksek sesle dile getirdiği, tarafların akraba ve arkadaşlarca desteklendiği *yakala* toplantılarından bahsetmektedir. Kişilerin şikayetlerini dile getirerek hincını aldığı, kamuoyunu bilgilendirdiği bu toplantıların, ihtilafların çözüme kavuşturulması işlevi bulunmamaktadır. Özel bir uzlaş ve

⁷³ Gibbs, *The Kpelle...*, s. 279

⁷⁴ *Ibid.*, s. 281

⁷⁵ *Ibid.*, s. 282-283

⁷⁶ *Ibid.*, s. 287

⁷⁷ *Ibid.*, s. 288

ceza sözkonusu değildir.⁷⁸ Ancak Gibbs'in belirttiği gibi bu toplantılar ilişkilerin gergin ve olumsuz havasını dağıtarak, küçük sorunların hukuk mekanizmasının ilgi alanına girecek kadar büyümesini engellemekte ve böylece toplumsal düzene katkıda bulunmaktadır.

Taraflar arasındaki dengenin kurulup gözetilmesi, tüm hukuk sistemlerinin ulaşmaya çalıştığı bir amaç olmasına karşılık, her hukuk sistemi bu amaca farklı yollardan ulaşmaya çalışır. Modern bir mahkeme ilanı, taraflardan birini tercih edecektir, ya o ya bu şeklindeki karar, taraflardan birini bütüncül bir kayıpla karşı karşıya bırakır.⁷⁹ Tswana yerlilerine göre İngiliz sömürge mahkemeleri, tarafları çatışmaya teşvik ettiği için yerel şeflerin mahkemeleri tercih edilmektedir.⁸⁰ Tipik bir Amerikan mahkemesinde davalı ve davacı arasında toplamı sıfır olan bir ilişki yürütülür; biri kaybederken diğeri kazanır, kazanç ve kayıpların toplamı sıfıra eşittir. Oysa Zapotec hakimleri, kararlarını tarafların az aldığı ama az verdiği, kesin sonuçlardan ziyade uzlaşmaya dayalı bir ilişki kurma amacına yönelik olarak verir. Taraflardan birinin iddialarında tümüyle haklı olması bile katı sonuçlar üreten bir karar için, hakimlerin gönülsüzlüğünü ortadan kaldırmayacaktır.⁸¹ Yakan hakimleri de tarafları tam tatmin eden kararlar almazlar. İlke tam tatminin olmamasıdır.⁸² Mahkemelerin en büyük görevi toplumu yeniden kurmak olduğu için,⁸³ toplumsal denge ve uzlaşmanın sürdürülmesinin hakimlerin esas amacı olarak görüldüğü Lozi'de, yasal açıdan haklı ama adil olmayan davacılar, hakimlerce gönülsüz bir şekilde desteklenir. Gerekirse adaleti dolaylı yollardan gerçekleştirmeye çalışırlar.⁸⁴ Bu yaklaşımlar, günümüz hukuku için kabul edilemez görünse de avukatın görevini, diğeri avukatı aldatmak ve gözlerine kül atmak olarak belirleyen hukuk sistemlerinin de temelinden sorunlu olduğu bir kenara not edilmelidir.⁸⁵ Kaldı ki Aubert'e göre sanayi toplumlarında mahkeme dışındaki ihtilaf çözme metotları daha yaygın hale gelmektedir. Bu metotların, tarafların müzakereler yoluyla çıkarlarını korudukları hakem ve aracılara dayalı kadim usûller olduğu unutulmamalıdır. "Modern toplumlar için mahkemeler vazgeçilemez kurumlar olmasına karşılık, onların usûlleri bire bir uygulandığında işe yaramaz sonuçlar ortaya çıkmaktadır."⁸⁶ Günümüz Türkiye'sinde sözü edilen sakıncaların bir kısmının giderilmesi için boşanma ve aile sorunlarına bakan mahkemeler, farklı bir statüye kavuşturulmuştur. "Aile mahkemelerinin" kurulması, katı

⁷⁸ Malinowski, *Crime...*, s. 60

⁷⁹ Aubert, *Ibid.*, s. 286,

⁸⁰ Gulbrandsen, *Ibid.*, s. 141,

⁸¹ Nader, *Styles...*, s. 73

⁸² Frake, *Ibid.*, s. 162

⁸³ G. Feifer, *Justice in Moscow: Ten Days' Normal Fare*, s. 113, *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

⁸⁴ Gluckman, *The Judicial...*, s. 65

⁸⁵ Geertz. *op. cit.*, s.207

usûllerin terkedilerek yumuşak çözüm arayışlarına girilmesi, biraz önce değinilen çözüm arayışlarının hala önem taşıdığını göstermektedir.

B) HUKUK VE CEBİR:

Kişi, doğumundan itibaren doğal bir dünyanın yanısıra kültürel bir çevre tarafından kuşatılır. Toplumsallaşma süreci, öncelikle kişinin içinde yaşadığı toplumun kurallarıyla yüzleşmesidir. Bu süreçte toplumun kişiye dayattığı kuralların her birinin diğerinden farklı olduğu ve bunun sonucunda da kuralları çiğnemenin sonuçlarının değiştiği gözden kaçmaz. Ahlak, nezaket, gelenek ve hukuk kuralları günlük hayatta kişiyi kuşatıp nasıl hareket etmesi gerektiğini bildirir. Toplum, kurallara uygun davranışı takdir ederken, aksine davrananları kınayıp aşağılar. Ancak kurallara uymamanın yaptırımları, eğer ihlal edilen bir hukuk kuralı ise bu kadar yumuşak olmayacaktır. İşte bu nedenle hukuk kuralları, diğer toplumsal kurallardan ayrılır. Hukuk kuralını diğer toplumsal kurallardan mesela ahlak ya da nezaket kurallarından ayıran nitelik onun cebri niteliğidir.⁸⁷ Daha açık söylemek gerekirse tüm toplumlar için bir hukuk kuralının olmazsa olmaz özü daima, meşru fiziki cebir kullanımından oluşur.⁸⁸ Cebri içermeyen bir kuralın, yakmayan bir ateş, aydınlatmayan bir ışık olduğu açıktır.⁸⁹ Hukukun öngördüğü cebir, diğer şiddet biçimlerinden mesela sokak kabadayılarının uyguladığı şiddetten toplumun genel onayını almasıyla ayrılır. Hukuk kuralıyla adet, nezaket, ahlak gibi kurallar arasındaki fark, yerliler tarafından da net bir şekilde bilinir.⁹⁰ Bir Tswana'lı için adet, nezaket kuralları (*Mokgwa*) ile yasa (*Molao*) arasında fark vardır. Kişi, bir nezaket kuralını değil yasayı ihlal ettiğinde cezalandırılacaktır.⁹¹ Bu farklılığı hukuk - adet ayrımının temeline yerleştiren Schapera, mahkemelerin cebren tatbik ettiği kuralların, hukuku oluşturduğunu, cebren icra edilmeyen kuralların ise adet olarak adlandırılacağını söylemiştir. Yazara göre hukuk; ihlali halinde mahkemelerce cezalandırılacak davranış kurallarıdır.⁹²

Hoebel'in hukuk tanımı da “ Bir toplumsal kural, ihlal edildiğinde toplum tarafından bu şekilde hareket etme hakkı tanınmış kişi veya gruplarca cebir tehditi ya da fiziki cebir

⁸⁶ Aubert, *Ibid.*, s. 303

⁸⁷ Güriz, *op. cit.*, s.78

⁸⁸ Hoebel, *Man...*, s. 470

⁸⁹ R. von Jhering'den aktaran Hoebel, *Man...*, s. 470

⁹⁰ Malinowski, *Crime...*, s.74

⁹¹ Schapera, *Tswana...*, s. 35

⁹² *Ibid.*, s. 37

uygulanmasına maruz kalıyorsa hukuksaldır.”⁹³ Burada cebir, hukukun merkezindedir. Tanımın çok fazla batı kültürü koktuğunu ileri süren Köbben’e göre ilkel toplumlar göz önüne alındığında, hukuk için bu bakış açısının yetersiz kalması kaçınılmazdır. Bir hukuka sahip olduklarından hiç şüphe duyulmayacak olan Surinam Djuka’larında hukuk “ Toplumun meşru gördüğü imtiyaz”dır, daha açık söylemek gerekirse toplumun meşru gördüğü ayrıcalıklı davranış modelidir.⁹⁴ Zina vakalarında mağdur kocaların, karısıyla zina eden erkeği çıplak elleriyle dövmesi, toplumun meşru davranış kalıbı olarak onayını aldığı için hukuk kurallı haline gelmiştir. Köbben, Afrika Surinam Djukaları arasında birçok ihtilafın özellikle zina vakalarının, cebir uygulanmadan, yalnızca cebir tehditi ile çözüme kavuşturulmasını iddialarının delili olarak sunmaktadır.⁹⁵ Yine Djuka’da Yaşlılar Kurulunun, kurallara uymayan kişileri kınama, eleştiri, aşağılama gibi psikolojik yaptırımlarla cezalandırdığı *Kuta* toplantılarının “Hukuksal” niteliğini hak ettiğini, çünkü cebir kullanımı olmaksızın işlevsel olduğunu ileri sürer. Üstelik Djuka halkının, cebir tehditi veya psikolojik yaptırımlar arasında bir farklılık görmediğini, bu ayrımın batılı zihne ve batılı kültüre ait olduğunu, nüfusu az olan toplumdaki küçük tecavüzlere ilişkin yaptırımların cebir olmaksızın icra edilebileceğini düşünmektedir.⁹⁶ Bir *kuta* toplantısında karısına kötü davrandığı için bir şişe likör cezasına çarptırılan koca bunu ödemeyeceğini söylese de diğer yerliler; “ Emin olun dönecek, insanlar sizi ağızlarıyla zorlayacaklardır” demiştir. Bu toplantılarda alınan kararların icra edilmesini sağlayan en önemli yaptırım alay ve istihzadır.⁹⁷

Filipinlerde yerleşik müslüman Yakan toplumu da alınan yargı kararlarının cebren icrasını temin edecek otoriteden yoksun oluşuyla Djuka halkına benzer. Frake’a göre müzakereler sonucu varılan uzlaşma ile bir mahkeme “hükmü” arasındaki temel fark kutsal sözlere atıfta bulunan cümlelerdir. Bir mahkeme kararı da tarafları ikna etmek için çaba gösterir.⁹⁸

Radcliffe-Brown’a göre, hukuk yaptırımlarının bulunmadığı toplumlarda kişiler üzerine konulan yükümlülükler, hukuk değil adet ve gelenek olarak tanımlanacaktır. Buradan tüm geleneklerin yaptırımlarla desteklenmiş olmasına rağmen, bazı ilkel toplumların bir hukuka sahip olmadıkları sonucuna ulaşır.⁹⁹

⁹³ Hoebel, *Man...*, s. 470-471

⁹⁴ Köbben, *Ibid.*, s.120

⁹⁵ *Ibid.*, s.126

⁹⁶ *Ibid.*, s.130

⁹⁷ *Ibid.*, s.133

⁹⁸ Frake, *Ibid.*, s.160

⁹⁹ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 212

Köbben, tüm hukuk tanımlarının yaptırım unsurunu bir şekilde içerdiğini, Hoebel'in bunu "hukukun dişleri vardır, gerektiğinde ısırın, koparan dişler"¹⁰⁰ şeklinde ifade ettiğini belirtir. Djuka halkının ise dedikoduyu bile bir yaptırım olarak kullandığını, birçok durumda güçlü kişiliği olanların toplumun alay, aşağılama v.b. davranışlarına aldırmayıp kendi bildiklerini okumaya devam ettiğini söyler. Bu davranışlar bazan akrabalık yükümlerinin ihmaline kadar uzanmaktadır. Sonuç olarak Köbben Djuka hukukunu, tıpkı içinde olduğu toplumsal yapı gibi daha basit daha az istikrarlı ve daha az mükemmel bulmaktadır.¹⁰¹

Eleştirinin odak noktasını fiziki cebri olduğu yerde nesnelliğin, nesnelliğin olduğu yerde ise cebri gücün eksikliği oluşturmaktadır. Yapılan mukayesenin yanlışlığı ortadadır. Djuka hukukuyla modern batı hukuklarının mukayesesi yerine, Djuka toplumsal yapısının bir unsuru olarak Djuka hukukunun toplumsal denetimi belki de adaleti tesis etme işlevini ne kadar gerçekleştirdiğiyle, bu gerçekleşmenin halkı ne oranda tatmin ettiği öğrenilmeli bu sonuçlar ile modern batı devletlerinden biri mesela Amerikan toplumsal yapısının bir unsuru olarak Amerikan hukuk sisteminin düzeni tesis etme, adaleti gerçekleştirme işlevi mukayese edilmeli bunlara ortalama bir Amerikalının hukuk sisteminden aldığı tatmin duygusu da eklenmelidir. Aksi hal her durumda modern hukuk sistemlerinin diğerlerinden gelişmiş, üstün ve daha mükemmel olduğu sonucuna götürecektir. Böyle bir sonuç şaşırtıcı olmamakla birlikte kuşkuyla karşılanmalıdır. Çünkü bir toplumun hukuk düzeniyle diğer toplumun hukuk düzenini karşılaştırdığınızda ileri geri, üstün aşağı ya da gelişmiş gelişmemiş nitelermelerinin yapılamayacağı aşikardır.¹⁰² Doğru soru şu olmalıdır: Toplumsal yapının bir parçası olarak hukuk sistemi, içinde bulunduğu toplumun adalet talebini ne oranda karşılayabilmektedir ? Ya da daha basitçe; "Toplumsal düzeni sağlama" işlevini¹⁰³ yerine getirme açısından hangi toplumun hukuk düzeni daha başarılıdır? Cevabın her zaman modern toplumlar lehine olmayacağı açıktır.

C) CEBRİN NİTELİĞİ:

Birçok yazar cebri, yasanın *sine qua non* unsuru olarak kabul edip bir şekilde yaptıkları tanımlarda bu unsura ciddi bir vurgu yaparken Pospisil, Kapauku toplumunun *Tonowi* emirlerini cebir ve baskı olmaksızın neredeyse gönüllü bir şekilde uyguladıklarını söyleyerek diğerlerinden ayrılır. Yazarın Kapauku toplumunu anlattığı kitabı ısrarla, toplumunun servet merkezli, kapitalist nitelikler gösteren ve statünün parayla doğru orantılı

¹⁰⁰ Hoebel, *Man...*, s. 470

¹⁰¹ Köbben, *Ibid.*, s.138-140

¹⁰² Özcan, *Hukuk...*, s.180

oluşu üzerinde durur. Bu toplumda gerçek anlamıyla armağan kavramı bulunmaz. Faizsiz ve uzun vadeli borç para vermek ise en büyük cömertlik kabul edilir. Verilen borcun ödenmesini talep etmek, borçlunun alacaklıya boyun eğmesinin maddi temellerini hazırlamaktadır. Borçluların alacaklıya olan bu bağımlılıkları, hukuki ve siyasi konularda zengin kişilerin desteklenmesini ve öne çıkmalarını sağlamaktadır.¹⁰⁴ *Tonowi*, Kapauku toplumunun hukuki ve siyasi bütünlük gösteren soy örgütlenmesinde, her bir soyun başındaki servet sahibi kişidir. Soy içinde kuralların icrası ve düzenin tesisi, *Tonowi'nin* ekonomik, siyasi ve yargısal liderliği etrafında sağlanmaktadır. Pospisil'e göre toplumsal düzen, baskıdan çok teşvik ve ikna araçları kullanılarak temin edilmektedir. *Tonowi'nin* kararı, topluma, bir emirden ziyade bir teklif olarak sunulmaktadır. Kararlara uyulması, fiziki cebir yerine ikna yoluyla sağlanır.¹⁰⁵ *Tonowi'nin* kişileri ikna etmek için kullandığı en önemli aracın serveti olduğunu söylememize bile gerek yok. “ Bir borcun ertelenmesi sosyal kontrolde birincil faktördür. Bu nedenle servet, siyasi liderliği elde etmekte ve onu muhafazada bir önşarttır. ... İnsanlar servet sahibi kişilerin kararlarına itaat ediyorlar, bunu yapıyorlar çünkü borçları var, borcun istenmesinden korkuyorlar veya gelecekte birtakım mali yardım alma beklentileri var, ... servet sahibi kişilerin emirlerine riayet bu kişiler için ‘ekonomik güven’ anlamına geliyor.”¹⁰⁶ Pospisil aynı sayfanın sonunda ise yalnızca servetin kişinin siyasal liderliği için yetmediğini belirtmiş ve açgözlü, cimri, servetiyle uyumlu bir cömertlik sergilemeyenlerin, toplumun itaat edeceği kararlar alamayacağını eklemiştir.

Pospisil'in Kapauku hukuki yapısını değerlendirirken birkaç noktada hata yaptığını ve bu nedenle sağlıklı sonuçlara ulaşamadığını düşünmemizi gerektirecek verilere sahibiz. İlk olarak bizzat Pospisil, suç işleyenlerin okla yaralandığını, bazılarının öldürüldüğünü, haksız savaş çıkaranların diğer topluma teslim edilerek katledilmelerine göz yumulduğunu, borçlarını ödemeyen kimselerin mallarına elkonularak müsadere edildiğini, hatta bazı bölgelerde servetiyle uyumlu cömertlik sergilemeyen kişilerin pusu kurularak öldürüldüğünü kitabının değişik yerlerinde yazmaktadır. Verilen ceza ve diğer yaptırımlardan, Kapauku toplumunun da kurallara uymayanları, cebir kullanarak kural doğrultusunda hareket ettirdiğini anlıyoruz. Cebirin sınırlı ve az sayıda tatbik edilmesini, hukukun cebri niteliğinden sıyrıldığı şeklinde yorumlamak yerine, toplumsal düzenin sağlanmasında hukuk dışı mekanizmaların başarılı şekilde kullanılması olarak yorumlamak daha mantıklıdır. Üstelik cebir uygulanarak

¹⁰³ *Ibid.*, s.108

¹⁰⁴ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 36. Bu görüşler Sahlins'in “Ekonomideki verici - alıcı ilişkisi politikadaki lider - itaat eden ilişkisine karşılık gelir” ilkesiyle birebir örtüştüğünü hatırlatalım. Sahlins, *Stone...*, s. 133

¹⁰⁵ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 48

¹⁰⁶ *Ibid.*, s. 49

sonuçlandırılan birçok olgu da hukuk cebir ilişkisinin çözülmediğini gözler önüne sermektedir. Modern toplumlardan farklı olarak, cebre daha az müracaat edilmesi, hukuk-cebir ilişkisinin ortadan kalktığını değil olsa olsa cebir kullanma kararının değişik sebeplerle daha hassas alındığını gösterir. İkinci olarak, servet – cömertlik – liderlik ilişkisine yalnızca Pospisil değil diğer yazarlar da eğilmiştir. Biraz önce işaret ettiğimiz gibi Sahlins, servetin cömertçe dağıtılmasının saygınlığı artırarak kişiyi nasıl lider konumuna yükselttiğini göstermişti. Burada ısrarla altının çizilmesi gereken husus, servetin mutlaka cömertlikle birlikte bulunması zorunluluğudur. Pospisil'in de belirttiği gibi servetini hırsızlık, borçlarını ödemeyerek, başkalarının mallarına el atarak, kısaca ahlak dışı yollarla biriktirenler ne kadar zengin kimseler olurlarsa olsunlar sözlerinin ciddiye alınması veya kararlarına itaat edilmesi mümkün olmayacaktır. Servet, toplumsal görevlerini ifa etmemişse sahibinin kararlarını meşru kılamaz. Bu ise ancak cömert bir dağıtımla mümkün olabilir. Kaldı ki cömertlik ve zenginlik bir *Tonowi*'ye idari ve yargısal kararlar alabilmesini sağlasa bile bu onun her kararının meşru ve uygulanabilir olduğu anlamına gelmez. *Tonowi*'nin toplumsal statüsünün aslında diğer ilkel toplum liderleri veya şeflerinden çok farklı bir konumda olmadığını Pospisil'in şu satırlarından anlıyoruz: “Toplumsal denetim alanında, *Tonowi*, gurubun sakinleştiricisi, arabulucusu, zorlukları yok eden kişisi olarak rol oynar.”¹⁰⁷

Sorun Kalinga'da soylu *pangat* sınıfından Barış Koruyucusu'nun ya da Kapauku'da *Tonowi*'nin sahip oldukları iktisadi güçle, toplumda sivrilmeleri ve ihtilafların çözümüne müdahil olmalarıdır. Şayet bu kişiler, gerçek bir iktidardan mahrum ve yalnızca aracı konumunda iseler, hukukun uygulanması açısından herhangi bir sorun oluşturmazlar. Ama çatışmaların çözümü için devreye girdiklerinde, sahip oldukları geniş akrabalık desteği ve iktisadi gücü, kendi çıkarlarını artırmak, siyasi nüfuz ve iktidarlarını pekiştirmek için kullanırlarsa, hukuk açısından çeşitli sorunlar ortaya çıkmaktadır. İlk sorun daha önce tarafların çıkarlarını gözeten kuralların, bundan sonra siyasi ve iktisadi nüfuz sahibi kişilerin hizmetine girmesidir. Devlet öncesi örgütlenme tiplerinden oba ve kabile toplumlarında iktisadi ve siyasi nüfuzu belirleyen akraba yapısı ve üretim biçimi, liderlerin hukuku ortaya koyan iktidar merkezi olmalarına imkan tanımaz. Oysa Afrika Şeflikleriyle, Filipin Kalinga toplumunda olduğu gibi Şeflerin siyasi iktidarı kısmen ellerine geçirdiği durumlarda, hukukun yavaş yavaş bu merkezle ilişkili hale geldiğini görüyoruz. Bu ilişki en açık biçimde, kişilere karşı işlenen suçlarda görülebilir. Oba ve kabilelerde işlenen yaralama olaylarında, mağduru tazminatla tatmin etmek yeterli iken, aynı fiil Şefin nüfuzu altında bulunan birine karşı işlenmesi durumunda, tazminatın paylaşım biçimi değişecektir. Mağdura ödenecek tazminatın

¹⁰⁷ *Ibid.*, s. 48

ya yargılama bedeli veya Şefin malına zarar verilmesi – tüm kabile üyeleri şefe aittir-gerekçesiyle önemli bir kısmı Şef'in malvarlığına dahil olur.¹⁰⁸ Bu durum ikinci bir soruna işdaret eder; kişisel çıkarla kuralların ayrışması sorunu. Süreç, toplum üyelerinin çıkarlarının aracı olan hukuktan, siyasal iktidarın çıkarlarını temsil eden hukuka doğru evrilmektedir. Siyasal merkezle, birey arasındaki çıkar farklılaşmasının en uç örneği, günümüz Türkiyesinde çıkarılan af yasalarıdır. Hırsız, katil ya da tecavüzcülerin yasayla affedilmesi, bu suçlardan zarar gören mağdur ve yakınlarının çıkarlarıyla bütünüyle zıttır. Ama siyasi iktidar, çıkarlarına uygun olduğunda bu tür bir yasayı hukuk adına kolayca çıkartabilir. Bir ilkel toplumda şef'in kararlarına karşı az da olsa mücadele imkanı olmasına rağmen, günümüz hukuku için bu yol neredeyse kapalıdır. İnsanlar beni sevdiği için değil benden korktukları ve bana borçları olduğu için şefim diyen kişi, ekonomik güçle iktidara giden yolun nasıl kesiştiğini çok güzel ifade etmektedir.

D) KAMU HUKUKU - ÖZEL HUKUK AYRIMI:

Kamu Hukuku özel Hukuk ayrımının kökenlerinin Roma Hukukuna kadar gerilere gittiği bilinen bir gerçektir. Klasik dönem Roma Hukukçularına göre Roma devletini ilgilendiren hukuk Kamu Hukuku, özel çıkarlarla ilgili olansa, Özel Hukuktur.¹⁰⁹ Bu ayrımı günümüz için yeterli bulmayan Umur'a göre ise Kamu Hukuku'nun özünü devlet veya kişilerle ilgili emredici kurallar oluşturmaktadır. Özel Hukuk ise kişisel çıkarlarla ilgili kurallardan oluşan yedek hukuk kaideleridir.¹¹⁰ Ayrımın tabi sonucu, kamu hukukunun birey iradesi üzerinde yer alıp değiştirilemez olması, özel hukukun ise kişilerin kendi aralarında yapacakları sözleşmelerle değiştirilebilmesidir.

Kelsen'e göre Roma Hukuku'ndan kalan bu ayrımın bilimsel bir temeli yoktur. Zira normlar hiyerarşisi piramidine göre, kurallar en üstte yer alan en genel ve soyuttan en özel ve ferdi olana doğru bir sıralama içinde bulunur. Bu sıralamada normların kamu hukuku – özel hukuk şeklinde farklılaşması mümkün değildir.¹¹¹

Sarih bir şekilde ifade edilmiş olmasa bile ilkel toplumlar ve ilkel hukukların da farklılığı ortaya koyan düzenelemelere sahip olduğunu görüyoruz. İkel toplumların siyasal örgütlenme biçiminin Devleti içermediği gözönünde tutulursa, bu toplumların en belirgin niteliklerinden birinin kamusal veya egemen gücün yokluğu olduğu görülecektir.¹¹² Bu

¹⁰⁸ Sahlins, Stone..., s. 260 - Schapera, Tswana..., s. 258

¹⁰⁹ E. Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 4, Beta, İstanbul 1991

¹¹⁰ Z.Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, s. 142 Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

¹¹¹ Vecdi Aral, **Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri**'nden aktaran, Güriz, **op. cit.**, s. 349

¹¹² Sahlins, Stone..., s. 36, 186

durum, devletsiz toplumlarda kamusalılığın hiç olmadığı anlamına değil, günümüzden farklı biçimde, daha doğrusu örgütsüz biçimde bulunduğu anlamına gelir. Kamusalılık, yalnızca kişiyi ve çıkarlarını merkeze alan bireyciliğin karşıtı olarak, kimi zaman ortak çıkarlar, kimi zaman kamunun sahip olduğu ortak değerler, kimi zaman toplumsal düzeni ifade eder. Birçok durumda farklı çıkarların temsilcisi olarak konumlanan kişi ve soy gruplarının, belirli ve iyi bilinen kimi hallerde ortak hareket ettiği görülecektir. Bunun tabii sonucu, suçluyu cezalandırmanın yalnızca kişi ya da akrabalarının değil bütünüyle toplumun görevi olarak görülmesidir.

Ayrımın niteliğine ilişkin farklı toplumların değişik görünümünü sunduğumuzda konunun daha iyi anlaşılacağı düşüncesindeyiz. Her ne kadar Özcan, ayrımın yalnızca uygar toplumlara özgü olduğunu ve ilkel toplumlar için bilimsel değer taşımayan bir görünüme sahip¹¹³ olduğunu ileri sürse de biz bu görüşe katılmıyoruz. Üstelik sorunun şahıs hukuku- eşya hukuku ayrımı gibi dar bir alana hapsedilmesi de doğru olmayacaktır. Ayrımın kökenlerini, modern hukuk düzenlemelerinde olduğu gibi kesin, açık bir şekilde ifade edilmiş, farklı organların görev aldığı, hatta farklı sülhelerin eyleme geçtiği yapılarda değil, topluluğun bilincinde yer etmiş kamusalılık düşüncesinde ve buna bağlı olarak toplumun bir bütün halinde veya görevlileri aracılığıyla ihlale karşı koymasında bulabiliriz.

İlkel hukukun, öncelikle “özel hukuk” görünümüne sahip olduğu söylendiğinde, bu bir ilkel için, sahip olunan hakların korunması ve kullanılmasının garantisinin, günümüzde olduğu gibi devlete değil akraba topluluğunun iradesine bağlı olmasını ifade eder. Herhangi bir saldırı veya tecavüz, topluma karşı işlenmiş bir suç olarak değil, öncelikle akraba ve soy grubuna karşı girişilmiş bir fiil olarak kabul edilir.¹¹⁴ Bu durum, çalışma boyunca bir çok kez tekrar edildiği gibi, toplumun akrabalık temelinde örgütlenmesiyle yakından ilgilidir.

Turner’a göre kamu -özel hukuk ayrımı, devletin ortaya çıkışıyla daha belirgin hale gelmiştir. Bu düşünceye göre Devlet varolduktan sonra neyin kamuya neyin özele ait olduğu tespit etmiş sonra da kamuyla özel ilişkisini düzenlemiştir.¹¹⁵ Bu görüşü benimsemekle birlikte şu ayrıntıların vurgulanmasında fayda vardır: Siyasal örgütlenme biçimi olarak devletle tanışmayan birçok toplumda kamu ve özel ayrımı vardır ve birçok durumda hayati önemdedir. Bir örnek vermek gerekirse eski Germen kavimlerinde ihanet ve savaşta korkup kaçmak kamu suçu kabul edilir ve bunlara ilişkin özel cezalar uygulanırdı.¹¹⁶ Bir toplum siyasal örgütlenmesinde devletle tanışınca hukuk sisteminin köklü değişikliklere uğraması

¹¹³ Özcan, *İlkel Topumlarda...*, s.209

¹¹⁴ Hoebel, *Man...*, s. 472

¹¹⁵ Turner, *Ibid.*, s. 429

¹¹⁶ S. Şimşek, *Törelere Aynasında Doğu ve Batı*, s. 114, Asa Kitabevi, Bursa, 1998

kaçınılmazdır. Bu değişimin bir sonucu olarak devlet, kamu ve özel hukuk ayrımını korumakla birlikte içeriğini tamamen değiştirir. Daha sonra ayrıntılı bilgi verileceğinden şimdilik sadece her toplumda özel alanda görülen aile ilişkilerinin bile kamu alanına taşındığını ve devletin en mahrem kabul edilen bu alana müdahale etmekten çekinmediğini, kan davalarını ve iç çatışmaları sona erdirdiğini söylemekle yetinelim.¹¹⁷

Siyasal örgütlenme biçiminin ayrımın temeli için vazgeçilmez bir öneme sahip olduğunu görüyoruz. Küçük köylerde yaşayan, avcı-toplayıcı Kuzey Kaliforniya Yuroklarında hiçbir siyasal örgütlenme yoktur. Bu nedenle topluma karşı işlenen suçlar için bir yasa bulunmadığı gibi bir usul de belirlenmemiştir. Şayet bir fiil, diğerrinin hak ve çıkarlarını zedelemiş ise akraba grupları çatışarak meseleyi çözer.¹¹⁸

İlkel toplumların, devlet gibi merkezi bir siyasal örgüte sahip olmadıkları için modern toplumlara göre çok daha zayıf bir kamu hukuku ve kamu görevlilerince takip edilen suçlara sahip oldukları bilgisi birçok örnekle desteklenen bir realite olarak önümüzde dursa da aksi örneklere rastlamamız mümkündür. Kuzey Amerika'da yaşayan Kara Ayak, Hidatsa, Omaha, Mandan gibi Kabileler, hayatlarını sürdürmek için bağımlı oldukları bufalo sürülerini *Akisita* adlı bir kolluk kuvetiyle koruma altına almışlardır. Av mevsimi resmen açılmadan avlanmak yasaktır ve denetim *Akisita* üyelerince yapılır.¹¹⁹ Bu örnek, avcı göçebe materyal kültüre sahip şeflik öncesi kabile toplumlarında bile kamu kavramının ihtiyaçların zorlamasıyla ortaya çıktığını ve bireyler üzerinde yaptırım uygulanmasının gerekçesini oluşturduğunu göstermektedir. Keresan Puebloları ise, siyasal örgütlenmelerini merkezileşmiş bir bürokratik yapı eliyle yürütürler. Tüm haksız fiil ve suçlar Savaş Reisi ve Kurul tarafından takip edildiği için kamu hukuku genişleyip özel hukuku bütünüyle kaplamıştır. Hoebel'a göre Keresan Puebloları bütünüyle özel hukuktan mahrumdur.¹²⁰ Tam tersine Yakan toplumu yalnızca medeni hukuka sahiptir.¹²¹ Yakan Yargısının amacı, saldırganı cezalandırmak değil mağduru tazminatla yatıştırma olduğu için cinayet de dahil olmak üzere tüm suçlar tazmin edilebilir nitelikte haksız fiiller olarak görülür.¹²²

Siyasi iktidar aşama aşama toplum içinde tesis edildikçe öncelikle, bir özne olarak bu merkeze karşı fiiller suç olarak kabul edilmekte, izleyen süreçte, daha önceleri yalnızca kişileri ilgilendiren fiil ve tecavüzler, en başta siyasal merkezin otoritesine bir saldırı olarak kabul edilip, takibi yine bu merkez tarafından yapılmaktadır. Devletli toplumlarla, diğerrlerini

¹¹⁷ Kottak, *Cultural...*, s.153-156

¹¹⁸ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 216

¹¹⁹ Wells, *op. cit.*, s. 150

¹²⁰ Hoebel, *Keresan...*, s. 115

¹²¹ Frake, *Ibid.*, s.158

ayırır temel farklılıklar burada kendini gösterir; Devlet düzenin tesisi ve devam ettirilmesini birincil görevi kabul ettiği için özel uyuşmazlıklara el atarak bunları kamusal alana taşır. Bu sebeple kişilere karşı işlenen suçları cezalandırmak için çeşitli görevliler atar.¹²³ Bu dönüşümün izlenebildiği en çarpıcı örnekler siyasal örgütlenme ve toplumsal katmanlaşma açısından devletli toplumlara çok benzeyen 19. yy. Afrika Kabile toplumlarıdır. Örneğin Ashantiler Tanrıların nefret ettiği suçlar olarak adlandırdıkları çok iyi sistemleştirilmiş bir kamu suçları listesine sahiptir; Adam öldürme, intihar, nitelikli cinsel suçlar, çeşitli tabuların ihlali, krallık görevlilerine karşı gelmek, kral veya şefleri lanetlemek, yönetime ve ülkeye ihanet, yeminin ihlali, büyücülük ve kraliyet yeminini kötüye kullanmak cezası ölüm olarak belirlenen en ağır suçlardır.¹²⁴ Bu suçların tamamının kabile refahını sağlayan kutsal güçlere karşı saldırı niteliğinde olduğu kabul edilir. Saldırgan cezalandırılmazsa tüm toplum bundan dolayı acı çekecektir.¹²⁵ Bu toplumları diğerlerinden ayıran şey güçlü bir siyasal merkezin oldukça ayrıntılı kurallar manzumesini tatbikata koymasındadır. Diğer toplumlar için özel zarar kapsamındaki birçok fiil, kamusal alana girmekte ve krallık görevlilerince takip edilmektedir. Tswana'da Şefin emirlerine karşı gelmek ve isyan etmek suç olarak düzenlenmiştir. Özellikle şefe karşı darbe planlamak en ağır suçtur. Bu kişiler önceleri hiçbir yargılamaya tabi tutulmadan gizlice öldürülmekte, tüm malları yakılmakta ve sürülerine el konulmaktayken, sömürge idaresinden sonra sürgün cezası tatbik edilmektedir. Sürgün edilen kişinin evi yakılır ve tüm malları da sanki ölmüş gibi mirasçıları arasında paylaşılır.¹²⁶

Hoebel, ilkel toplum düzeyinde özel hukuk, kamu hukuku ayrımını temellendirirken hukukta cebir resmi unsur olduğunu, birçok ilkel toplumda cebir kullanma ayrıcalığının ise mağdura veya mağdurun yakınlarına tanındığını belirtmektedir. Bu kişiler kendi çıkarlarını gözetmek için davalarını bizzat takip etmek ya da suç işleyen şahsı bizzat cezalandırmak zorundadırlar. İşte bu şekilde mağdur veya yakınlarının inisiyatifiyle, zararın tazmin edilmesi ya da suçlunun cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler **özel hukuku** oluşturmaktadır.¹²⁷ Hoebel bu durumda dahi cebir kullanma yetkisinin toplumca zımnen kabul edilmesinin, kişinin kendisi, ailesi veya akrabaları adına harekete geçmesinin anlamını değiştireceğini ve onu bir kamu görevlisi haline getireceğini ileri sürmektedir.¹²⁸ Şayet yalnızca şahsi çıkarlar söz konusu ise toplumun sessiz bir onayı ve desteği alınamayacaktır.

¹²² *Ibid.*, s.157

¹²³ Kottak, *Cultural...*, s. 153

¹²⁴ Özcan, *İlkel Toplumlarda...*, s. 320

¹²⁵ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s.219

¹²⁶ Schapera, *Tswana...*, s. 274

¹²⁷ Hoebel, *Man...*, s. 479-480

¹²⁸ Hoebel, *Anthropology...*, s. 505

Düzeni bozan, insanlara zarar veren eyleme karşı harekete geçme sorumluluğu mağdur ve yakınlarında değil de toplumu temsil eden kral, şef, şaman, rahip veya bu kişilerin yetki verdiği görevlilerde ise kamusal alandan ve **kamu hukukundan** bahsetmek olanaklıdır. Kısaca bir kamu görevlisi bir yasanın ihlalini cezalandırmaktan sorumlu ise bu kamu hukuku veya ceza hukukunu oluşturur. Bu eylem de topluma karşı suç olarak nitelendirilir. Bazı sorunlar genel menfaatleri çok daha fazla etkileyip gurubu bir bütün olarak tahrik eder. En basit toplumlarda kamu hukukuna ilişkin uygulamalar olmakla birlikte toplumun büyüüp genişlemesiyle toplumun düzen ihtiyacına paralel olarak hukukun kamusal yanının çok daha önemli ve kapsamlı hale geldiğini görüyoruz.¹²⁹ Bu alana ihanet, kutsala saygısızlık ve cinayetler dahildir.¹³⁰ Kamu Hukuku siyasi otoritenin görev alanına girer. Sorunun can alıcı noktası Hoebel tarafından şu şekilde ortaya konmuştur: Kuralı ihlal eden mütecavize karşı, hukuki usûlleri başlatan ve yargılamayı yapan kimdir ? Yargılamayı başlatan; eylemden zarar gören mağdur ve yakınları ise özel hukuk, toplumu temsil eden kamu görevlisi ise kamu hukuku söz konusudur.¹³¹ En basit toplumlarda dahi siyasi iktidar belirli bir otoriteyle temsil ediliyorsa, siyasi otoritenin emirlerine karşı gelmek yahut otoriteyi temsil eden kişinin şahsına ve ailesine karşı eylemde bulunmak suç kapsamına girer. Avamdan birine karşı yapılan saldırılar özel hukuk alanında kalırken, şefe yapılan saldırılar kamu suçu olarak görülecektir.¹³²

Hoebel'in kamu-özel hukuku ayrımında birkaç nokta dikkat çekicidir. Bunlardan birincisi özel hukuk alanına girse bile mağdur veya yakınlarının öncelikle kendi yararlarına olmak üzere harekete geçtiklerinde bile kamu menfaatlerinin temsilcisi olarak nitelendirilmesidir. Çünkü toplum tecavüzde bulunanın kusurlu eylemine karşı, mağdurun meşru hareketini sessiz bir onayla desteklemektedir. Diğer dikkat çekici nokta ise ceza hukuku özel hukuk ayrımının, nitelik farkından çok bir derece farkı olarak görülmesidir.

Radcliffe-Brown, Hoebel'in kamu hukuku özel hukuk ayrımında kullandığı "cebir" unsuru yerine "kamusal zarar" "özel zarar" kavramını yerleştirir.¹³³ Bunu yaparken öncelikle modern hukuklarda yer alan "ceza hukuku" "özel hukuk" farklılığının yazısız toplumlara aynen aktarılmasının kafa karışıklığına yol açtığını belirtir. Kamusal zarar kavramını tespit etmek için Radcliffe- Brown tarafından kullanılan ölçüt, tecavüz fiilinin toplumun bizzat kendisi ya da kurumsallaşmış temsilcileri vasıtasıyla, belirli usûllere riayet edilerek, örgütlü

¹²⁹ Hoebel, *Man...*, s. 485

¹³⁰ Hoebel, *Anthropology...*, s. 505

¹³¹ *Ibid.*, s. 519

¹³² Radcliffe- Brown, *Structure...*, s.213

¹³³ *Ibid.*, s.212 .V. Radcliffe- Brown, *İlkel Hukuk*, s. 141, Çev. M. Tefik Özcan, *H.F.S.A.*, Haz. Hayrettin

ve düzenli takibe konu olmasıdır. Hangi fiillerin kamusal zarara yol açtığı dolayısıyla bizzat toplumca takip edilerek “ceza” yaptırımına konu olacağı peşinen söylenemez. Ancak genel olarak tüm toplumların, içeriği farklı olsa da böyle bir ayrımı yapmış olduğu gözden kaçmamaktadır. Kutsala saygısızlık, ensest tabusunun ihlali, büyü yapmak, kabile adetlerini birden fazla çiğnemek, ilkel toplumlar için kamusal zarar veya suç¹³⁴ diyebileceğimiz fiillerdir. İlkel toplumlarda özel zarar / özel suç kapsamına cinayet, yaralama, zina, hırsızlık, borçları eda etmeme gibi fiiller girer.¹³⁵ Radcliffe-Brown, ayrımı şu şekilde temellendirmiştir; özel suçlarda kişi ya da gruplar ihtilafın halli için bir yargı erkine müracaat etmekte, oysa kamusal suçlarda, merkezi otorite alacağı inisiyatifle saldırgana karşı kendisi harekete geçmektedir. Günümüz medeni hukuk – ceza hukuku ayrımının kökenleri işte bu özel kusurluluğa ya da kamu kusurluluğuna dayanan eylemlerden gelmektedir.¹³⁶ Redfield, Kabile örgütlenmesini tamamlamış, mahkeme benzeri kurumlar oluşturmuş Afrika Akamba yerlilerinde dahi kabileler arası adam öldürmenin haksız fiil olarak görülüp bir tazminat ödemesi yapılarak çözüme kavuşturulduğunu¹³⁷ söylemektedir. Siyasal örgütlenmesini devlet öncesi aşamaya kadar taşımış olan Tswana’da medeni hukuk- ceza hukuku ayrımını görüyoruz. Medeni hukukun konusunu kabaca kişisel statü, mülkiyet ve sözleşmeler oluşturur. İhlalin verdiği zararın, kişileri aşarak toplumsal düzeni bozduğu hallerde, fiilin ceza hukukuna dahil olduğu görülür.¹³⁸

Kabile ve Şef otoritesine karşı gelmek, cinayet, müessir fiiller, ensest, büyü ve tabuların ihlali gibi tabiatüstüne inançtan kaynaklanan suçlar da ceza hukukunun konusunu oluşturur. Siyasal örgütlenme merkezileştikçe, ilkel toplumlardan farklı olarak cinayetin özel hukuk sorunu olmaktan çıkarak kamusal alana taşındığını görüyoruz. Bunun bir başka sonucu da, hırsızlığın yalnızca kişisel bir zarar olarak algılanmamasıdır. Çaldığının iki katı değerinde tazminat ödeyemeyen yahut hırsızlığı itiyad haline getiren kişi dövülecektir. Fail kamu tarafından da cezalandırılmaktadır.¹³⁹

Daha sonra Regreg örneğinde de göreceğimiz gibi bu fiillerin takibi kişinin kendisi ve yakın akrabalarının sorumluluğu altındadır. Zararın tazmini için en basit toplumlarda doğrudan talep ve pazarlık yapılır. Bir sonraki aşamada arabulucu ve hakemler vasıtasıyla

Ökçesiz, İstanbul, 1993

¹³⁴ Radcliffe- Brown, **Structure...**, s.213

¹³⁵ **Ibid.**, s.214

¹³⁶ **Ibid.**, s.219

¹³⁷ R. Redfield, **Primitive Law**, s. 24, **Law and Warfare**. Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

¹³⁸ Schapera, **Tswana...**, s.46

¹³⁹ **Ibid.**, s.46

talepler dile getirilir. Daha gelişmiş toplumsal yapılarda ise hakim ve mahkemeye gidilerek zararın tazmini için dava açılacaktır.

Listede dikkat çekici nokta ilkel toplumlar için özel zarar kapsamında sayılıp takibi kişilere bırakılan cinayet, hırsızlık gibi fiillerin birçoğunun günümüz hukukunda suç sayılıp takibinin adli makamlarca resen yapılmasıdır. Aksine birçok ilkel toplum için en ağır cezayı (ölüm cezası) gerektiren “kara büyü” yapma suçu günümüzde suç olmak vasfını yitirmiştir. Hatta bu fiilin, özel hukuk kapsamında bir tazminata esas teşkil etmesi bile söz konusu olmayacaktır. Görüldüğü gibi kamu hukuku- özel hukuk ayrımı, bir yapı olarak varlığını korumaya devam ettiği halde, içeriği hem kültürden kültüre hem de aynı kültür içerisinde zamanla değişmektedir.

Türk Ceza Kanunundan vereceğimiz bir örnek sorunu daha iyi anlamamıza yardımcı edecektir. İptalden önce Zina başlığını taşıyan T.C.K. 440 ve 441. Maddeleri fiilin işleniş biçimlerini kadın ve erkek için farklı biçimde tanımlamış olsa da failer için altı aydan üç seneye kadar hapis cezası öngörmekteydi. İzleyen 443. Madde suçun takibini şikayete bağlayarak, eylemin savcılıkça resen kovuşturulmasını engellemişti. Bu haliyle zina, bir suç olarak kamusal kovuşturmaya tabi idi ve hapisle cezalandırılmaktaydı. Savcılıkça kovuşturulmasının şikayete bağlı olması, zinayı, bir yönüyle özel hukuka ve haksız fiile yaklaştırmakta ise de, kamusal yanı ağır bastığı için eylem tartışmasız biçimde suç niteliğine sahipti. Bu haliyle de zina, antropoloji verilerinin işaret ettiği, yalnızca mağdur ve akrabalarınca takip edilen özel zarar/hukuk fiili niteliğinin tam tersi bir konumdaydı. Madde kadın ve erkek failer için suçu ayrı ayrı tanımlaması nedeniyle eşitliğe aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesince iptal edilince zina fiili, suç olmaktan çıkmış ve yalnızca haksız fiil olarak özel hukukun konusu haline gelmiştir. Artık özel hukukun konusu olarak fiil, tazminat taleplerine esas teşkil edecektir. Fiilin niteliğindeki bu değişim hiç şaşırtıcı değildir çünkü son niteliği, ilkel hukukun bize işaret ettiği noktaya çok daha yakın durmaktadır.

Kişinin suç işlemeyi alışkanlık hale getirmesi, sürekli yalan söylemesi, antisosyal davranışlar sergilemesi ve olağan yaptırımlara olumlu yanıt vermemesi halinde oluşan kargaşa ve düzensizlik toplumu bir bütün olarak tehlikeye düşürecektir. Toplumsal bütün, en ağır cezayı elbirliği ile vermeyi düşünmeye başlar.¹⁴⁰ Eskimo yerlilerinde toplumun bir bütün olarak harekete geçmesi ancak, geleneklerin çığnemesinin alışkanlık hale getirilmesi ya da işlenen suçların toplumun temellerini sarsmasıyla gündeme gelir. Ancak bu ihtimaller gerçekleştiğinde Eskimo lideri - bazen bu bir şamandır- toplum fertlerini toplayarak herkesi bağlayıcı bir karar alma yoluna gider. Oybirliği ile alınan karar, katilin ya da yalancının

öldürülmesi ise infaz işlemi, ölüm kararı alınan kişinin en yakınlarına havale edilir. Bu şekilde davranılmasının nedeni ilerde muhtemel bir misilleme ve kan davası tehlikesinden kurtulmaktır.¹⁴¹ Çünkü “aile kendine karşı hareket edemez”¹⁴² ilkesi bu insanların zihninde çok köklü bir şekilde yer etmiştir. Bu, yalnızca Eskimolarda değil diğer ilkel toplumlarda da rastlanan bir korunma önlemidir.¹⁴³ Bu örnekle gösterilmeye çalışıldığı gibi, Eskimo toplumunda mütecaviz ya da katil münferit suç işlediği sürece özel hukuk alanında kalmakta ve fiillerinin yaptırımını ancak mağdur ve yakınlarınca uygulanabilmektedir.¹⁴⁴ Ancak birden fazla cinayet işleyen yerli Eskimo'lara göre “halk düşmanı”¹⁴⁵ olmuştur. Toplumun ileri gelenleri, tüm yetişkin erkeklerin de fikrini alarak suçlunun öldürülüp öldürülmeyeceğini tartışmaya açar. Oybirliği ile alınan ölüm kararı lider tarafından infaz edilecektir ki suçlunun yakınları intikam alamaz.¹⁴⁶ İşlenen suçlar, toplumu bir bütün olarak tehdit etmeye başladığı anda Kamu yani bir bütün olarak toplum devreye girmekte ve ceza elbirliğiyle tespit edilmektedir.

Avustralya kabilelerinde de benzer bir ayırımın izlerini sürmek mümkündür. Adam öldürme, zina, mallara verilen zararlar veya çocuğun ebeveynine karşı işlediği suçlar toplumun soruna müdahil olmasını gerektirecek ağırlıkta görülmezken kara büyü yapmak ya da ensest tabusunun ihlali veya erginleşme törenlerinde öğrenilmesi gereken sırların öğrenilmesi ağır suç olarak görülür ve kabilenin yaşlılarından oluşan kurul bu suçları yargılar. Genellikle ölüm cezası verilir.¹⁴⁷

Afrika İbo toplumunda zina fiili akrabalarla yapılıp yapılmamasına göre tasnif edilir. Şayet bir İbo akrabasından biriyle zina etmiş ise bu çok çirkin bir fiil ve aynı zamanda günah kabul edilir. Bu haliyle toplumu ilgilendiren ve çeşitli arınma törenlerinin yapılmasını zorunlu kılan bir suçtur. Oysa akraba grubunun dışından biriyle yapılan zina, özel bir zarar (private injury) oluşturur, kamu bu eylemle ilgilenmez. Mağdur koca, zani erkeğe hakaret ve saldırıda bulunabilir. Eğer bir tazminat ödemesi yapılmaz ise mağdurun yakınları, fırsat çıktığında zani erkeğin akrabalarından bir kadına tecavüz eder. Olaylar bu şekilde büyüyüp toplumsal düzen

¹⁴⁰ Service, *op. cit.*, s. 48

¹⁴¹ Kottak, *Cultural...*, s.138- Gluckman, *Politics...*, s. 190 Hoebel, *Man...*, s. 470. V. Pospisil, *The Kapauku...*, s. 58

¹⁴² Service, *op. cit.*, s. 49

¹⁴³ Pospisil, *The Kapauku...*, s.49

¹⁴⁴ Özcan, *İlkel Topumlarda...*, s. 257, 312, Wells, *op. cit.* s. 150

¹⁴⁵ Hoebel, *Anthropology...*, s. 503

¹⁴⁶ Akal, *op. cit.*, s. 161

¹⁴⁷ Özcan, *İlkel Topumlarda...*, s. 257-258

tehdit edilirse, yaşlılar kurulu meseleye el atar.¹⁴⁸ İhtilaf ancak bu şekilde kamusal alana taşınacaktır.

Kenya’da yaşayan Bantu kabileleri arasında klanlar arası kasten veya taksirle işlenen cinayetler dahi “özel suç” (*private delict*) olarak görülür. Hakem heyeti şeklinde çalışan Yaşlılar Kurulu, katilin akrabalarının maktulün akrabalarına belirli bir tazminatı ödemesini ister.¹⁴⁹ Ancak ciddi vakalarda, özellikle saldırganın suç işlemeyi itiyad haline getirdiği durumlarda, tehlikenin çok büyüdüğü veya tecavüzün tüm topluluğu etkilediği varsayılarak, Yaşlılar Kurulu adetlere dayanan “lanetleme” işini yapar ve bunu topluluğa duyurur. Suçluya karşı, tabiatüstü güçlerin harekete geçeceğine inanılır. Ancak büyü yaptığından kuşkulanan veya saldırganlığı alışkanlık haline getiren kişiler hakkında Yaşlılar Kurulu ölüm cezası verebileceği gibi, tıpkı Arnavut toplumunda olduğu gibi, evinin yakılarak suçlunun sürgüne gönderilmesine de karar verebilir. Bu durumda suçlu yakınlarının rızası aranır.¹⁵⁰

Konuyu olumsuz biçimde işleyen diğer örnek Geertz tarafından aktarılmıştır. Pasifik adalarından Bali’de, 1950’li yıllarda yaşayan Regreg isimli köylü, karısının bir başkasıyla kaçması nedeniyle köy kurulundan yardım talep etmiştir. Köy sorunlarıyla ilgili olarak 35 günde bir toplanan Kurul, 130 kadar erkekten oluşmaktadır. Her ne kadar üyeler, Regreg’in sorununu üzüntüyle izleyip, kişisel olarak kendisine sempati duysalar da hiçbir şey yapamamışlardır. Çünkü herkesin bildiği gibi “evlilik, ayrılık, zina” gibi sorunlar “kurulu” değil kişiyi ve akrabalarını ilgilendirmektedir.¹⁵¹ Regreg kurul üyelerinden şahsen yardım istemiş ve bu konuda ısrarcı olmuştur. Ancak talebi yine reddedilmiştir. Gerekçe olarak “Bunların hepsi palmye yapraklarına yazılmıştır. Bunların ihlali ya da reddi hastalıklara neden olmakla kalmaz, hem köyden hem de soydan atılırsınız”¹⁵² olmuştur. Talebinde ısrarcı olan Regreg, köy kurulunca oybirliğiyle alınan kararlarla sürgün edilmiştir. Kardeşleri, ailesi ve çocukları dahil herkes onu terk etti. Köy dışında dağınık ve perişan bir şekilde yaşamaya başladı. Bali vecizesi durumu çok güzel ifade etmektedir; “Toplum bağını terk etmek düşmek ve ölmek demektir.”¹⁵³

Regreg’in hatası şahsen ya da akrabalarıyla halletmesi gereken özel sorununda, toplumu harekete geçirmek istemesi olmuştur. Karısının kaçmasıyla yaşadığı mağduriyetin giderilmesinde, toplum gücünden yani kamusal destekten yararlanmak istemiş, ancak başarılı

¹⁴⁸ C.K. Meek, *İbo Law*, s.255, *Readings in Anthropology*, Ed., By Jesse D. Jennings- E.Adamson Hoebel, McGraw-Hill Book Company, New York, 1972

¹⁴⁹ Radcliffe- Brown, *Structure....*, s.218

¹⁵⁰ *Ibid.*, s.217-218

¹⁵¹ Geertz, *op. cit.*, s.176

¹⁵² *Ibid.*, s.177

¹⁵³ *Ibid.*, s.177

olamamıştır. Bunda birincil etken Bali toplumunda varolan güçlü bir Kamusal / Özel alan ve buna bağlı olarak Kamu / Özel hukuku ayırımına dayanan bilinçtir. Köy Kurulunun sürgün kararı tesadüfen köye gelen soylu bir hükümet görevlisinin rica ve müdahalesiyle bile değişmemiştir. Çünkü köy yasalarının aksine davranmak, yalnızca hastalıkların çoğalmasına, haşerelerin mahsulü yok etmesine yol açmaz aynı zamanda yer sarsıntılı ve dağların patlamalarına da yol açar. Benzer bir mağdur koca vakasını Hoebel Comanche toplumundan aktarmaktadır. Burada da kadın şöhretli bir savaşçı için kocasını terk etmiş, mağdur koca savaşçıdan korktuğu için hiçbir şey yapamamıştır. Yalnızca yaşlı bir kadını arabulucu olarak savaşçıya göndermiştir. Ancak yukarda anlatılanlardan farklı olarak savaşçı, mağdur kocaya bir at yükü armağanlar göndermiş, kocanın da karısının yerine gönderilen armağanları kabul etmesiyle mesele kapanmıştır.¹⁵⁴

19. yy. Arnavut toplumu, yemine sadakatsizlik, sulh yaptıktan sonra düşman öldürmek, misafir ya da ev sahibi öldürmek, toprak elde etmek amacıyla kuzen öldürmek, cami veya kilisede din adamı öldürmek gibi bazı suçları toplum hayatının kökenine zarar verdiği gerekçesiyle diğerlerinden ayırır. Bu suçlara ilişkin ne sıradan bir özür ne de öç alma kabul edilir. Bu tür antisosyal suçlar işlendiğinde “Yak, kızart, kes, kov” ilkesi tatbik edilir. Toplum üyeleri bir araya gelerek, katilin evini yakar, hayvanlarını kızartır, ağaçlarını keser ve kendisini de sürgüne gönderir.¹⁵⁵ Oysa sıradan bir cinayet, sıkı kurallara tabi olan ve yalnızca mağdur yakınlarının suçluyu takip ettiği kan davasına göre çözüme kavuşturulur.

İlkel Hukukun, kamusal zarar ve kamusal suçları öncelediği dolayısıyla ceza hukukundan oluştuğu, haksız fiiller ve özel hukukun daha sonra geliştiği fikrini doğru kabul etmek mümkün değildir. Zira en basit toplumlarda bile özel hukukun kökenini oluşturan tazminat ödemeleri ve arabuluculuk uygulamalarına rastlanırken, bir devlete dolayısıyla topluma karşı işenen suçların kamu eliyle cezalandırılmasına ve polis gibi kamu görevlilerine rastlanmaz.¹⁵⁶ Schwartz ve Miller’a göre antropoloji verileri tam tersi yönü işaret etmektedir; en basit toplumsal yapılar, özel hukukun arabuluculuk, tazminat gibi olgularının ilk uygulamalarını içerir, kamu yahut ceza hukuku bunlardan sonra gelmektedir. İlkel

¹⁵⁴ Hoebel, *Law-Ways...*, s.191

¹⁵⁵ M. Hasluck, *The Albanian Blood Feud*, s. 398, *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967. Mead, benzer cezalandırma usûlünün Samoa’da köy kurallarını ihlal eden kişilere uygulandığını söylemektedir. Ancak ne tür suçların bu cezanın tatbik edilmesini gerektirdiğini belirtmemiştir. Sömürge idaresi eski zamanlardan kalma bu cezalandırma usûlünü yasaklamış bu nedenle, suçlunun evini yakıp, ağaçlarını kesmek, domuzlarını öldürüp ailesini sürgün etme cezası uygulanamaz hale gelmiştir. M. Mead, *Coming Of Age in Samoa*, s.178, Mentor Books, New York, 1952

¹⁵⁶ Schwartz – Miller, *Ibid.*, s. 204

toplumlarda yer alan özel kusurluluğa dayalı tazminat talepleri, modern medeni hukukun işlevine sahiptir.¹⁵⁷

Kalinga toplumunda suç kabul edilip cezalandırılan yalnızca iki tür eylem vardır; birincisi, siyasi otorite figürleri olan *pangat* veya Barış Koruyucusu -*Pact Holder* denilen kişilerin, taraflar arasında uzlaşma için çaba gösterirken taraflardan birinin ötekine saldırarak barışı bozmasıdır. İkincisi de bölgeler arasında yapılan barış sözleşmelerinin bozulmasına neden olacak şekilde müttefik kabile üyeleri aleyhine suç işlemektir. Çok az işlendiği bilinen bu fiiller, ölümle cezalandırılır. Bunlar dışındaki tüm suçlar ve haksız fiiller kişilere karşı işlendiği kabul edildiği için özel hukuk alanına dahildir.¹⁵⁸

Yeni Gine Kapauku yerlilerinin sahip olduğu 121 kuralın (*daa*) yalnızca 6 tanesi kamu çıkarıyla ilgiliyken, 176 ihtilaftan 7 tanesi kamusal kuralların ihlalden doğmuştur.¹⁵⁹ Pospisil'e göre Kapauku yerlileri, toplumsal çıkarın korunmasında tehlikeli bir eksiklik gösterirken, özellikle ekonomik sahada bireyi ön plana çıkarır ve onu korur. Mesela zina ve tecavüz *oma magii* (Cinsel ilişki hırsızlığı) olarak adlandırılır ve ekonomik suçlar olarak görülür. Çünkü cinsel ilişkinin bedelinin ödenmemesi tazminatı gerektiren bir haksız fiildir.¹⁶⁰ Kalinga ve Kapauku, servet farklılığına dayanan ileri derecede katmanlaşmış toplumlar olduğu için, kişisel çıkarların azami oranda korunduğu ilişki biçimleri söz konusudur. Özel çıkarların üstüne kamusal kılıfı geçirmenin yasal yolları keşfedilene kadar, güçlü aileler kendi çıkarlarını kendileri korumak durumundadır. Nitekim Kalinga'da Pangat'ların icra ettikleri kamu görevleri, siyasal temsilden çok kişisel çıkarları öne alan bir yapıya sahiptir. Barton bu durumu devletin oluşum aşamasındaki kirli ilişkilere örnek olarak göstermektedir.

Kottak'a göre, devletin en önde gelen işlevlerinden biri düzenin tesisi olduğu için devlet, kişiler arası ihtilaflara müdahale eder, özel ihtilaflar yeniden tanımlanarak kamu sorunları haline getirilir ve bunların cezalandırılması için çeşitli ajanlar görevlendirilir.¹⁶¹ Devletin özellikle aileye ilişkin müdahalesi ve tanımlaması, Bourdieu'ya göre; geleneksel kamu-özel karşıtlığının, bir yanılısına üzerine oturduğunu gösterir. Kamunun en başından bu yana özel alanı tanımlaması da özel alanın, esasen kamusal bir şey olduğunu düşünmemize yolaçar.¹⁶² İlk dönemlerde Kamu Hukuku Özel Hukuk ayrımı, suç haksız fiil ayrımında

¹⁵⁷ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 213

¹⁵⁸ Barton, *The Kalingas...*, s.143-144, 252 - Hoebel, *Man...*, s. 476

¹⁵⁹ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 55

¹⁶⁰ Pospisil, *Ibid.*, s. 55

¹⁶¹ Kottak, *Cultural...*, s.153, 156

¹⁶² Bourdieu, *op. cit.*, s.143

kendini ortaya koyarken, sonraları devletin gerçek ve tüzel kişilerle suç teşkil etmeyen ilişkilerini düzenlemek biçiminde kendini göstererek İdare Hukukuna kaynaklık etmiştir.¹⁶³

Kamu Hukuku Özel Hukuk ayrımının kökenlerine, yalnızca şefliklerde değil, Eskimolar gibi en basit materyal kültüre sahip toplumlarda bile rastlanmaktadır. Her toplum, farklı ölçütler kullansa da bazı fiillerin yalnızca tarafları ilgilendirdiğini ve bu nedenle toplumun soruna müdahil olmayacağını, çözümün tarafların iradesine kaldığını ilan etmiştir. Şayet tehlike yeterince büyükse, zararın niteliği toplumun hassas dengelerini bozuyorsa veya eylem toplumsal değerleri ayaklar altına alıyorsa, fiil tüm toplumun ilgisini hak etmekte ve tarafları aşan bir sorun haline gelmektedir. Hangi gerekçe kullanılırsa kullanılsın, kamunun bizzat ceza vermesi, her zaman toplumsal düzenin korunması amacıyla yapılır. Kimi eylemlerin toplum yaşamı üzerinde yıkıcı etkiler doğurması ya da bu şekilde tanımlanması, toplumun ezici gücünün harekete geçirilmesine sebep olur. Toplumsal hacmin artışına bağlı olarak, oluşan tabakalaşma ve sınıflaşmanın, hukukun oluşumunu nasıl etkilediğini daha önce göstermiştik; süreç, toplumun bütün olarak çıkarlarını dile getiren bir hukuktan, hakim klanların ve sınıfların çıkarlarının bekçiliğini yapan bir hukuka ilerlemektedir. Benzer bir dönüşümden, kamu hukuku da kendine düşen payı almıştır. Siyasal merkez güçlendikçe, kamu hukuku, toplumdaki herbir üyeyi ilgilendiren zarar veya fiillerle ilgilenmek yerine, siyasal iktidarın çıkarlarını kamusallık kılıfı altında sorgulanamaz hale getirir. Oba ve kabile toplumlarında yalnızca toplum üzerinde yıkıcı etkileri olduğu açıkça görülen eylemlerle ilgilenen toplum, şeflik ve devlet aşamasına gelindiğinde, kamusallığın ezici, yok edici, dışlayıcı ve karşı konulamaz gücünü, bütünden çok, belirli odakların çıkarlarını temin etmek amacıyla kullanmayı keşfetmiştir. Belirli odak kavramı hiç de bilinemez, örtülü bir gruba işaret etmez. Siyasal örgütlenmenin merkezi olarak devleti ele geçirenler, kamu adına konuşma hakkını tekellerine aldıkları için, sınıfsal çıkarlarına tehlike oluşturacak diğer grupları, kamu adına kovuşturup, devlet eliyle imha yolunu seçecektir. Siyasal iktidar, toplumsal düzen kavramını, bireysel alanın daraltılmasında ve rakiplerin tasfiyesinde araç olarak kullanır. Devletin ortaya çıkışıyla, kamu hukukunun, dolayısıyla kamusallığın bütünüyle ve keyfi olarak yeniden tanımlanabilir hale gelmesi onlara bu fırsatı sunmaktadır. A.B.D.'de kapiatalistler, Çin'de komünist parti, İran'da din adamları, Türkiye'de ise bürokratik elit, sahip oldukları toplum adına konuşma imtiyazını, kişisel çıkarlarını kamusallık kılıfı ile tüm topluma kabul ettirmek için kullanmaktadır. Kamunun, bütün toplumlarda özel alan olarak görülen aile ve çocuk eğitime doğrudan müdahale etmesi, kamusallığın nasıl da keyfi olarak tanımlandığına örnek oluşturur. Temel eğitim konusunda

¹⁶³ Turner, *Ibid.*, s. 429

devletlerin ısrarcı tutumunu anlamak, eğitimle kurulu düzenin/çıkarların devamı arasındaki bağlantıyı görmekle anlaşılabilir. Aksi halde siyasal iktidarın, çocukları, anne babasından daha çok sevip, düşündüğünü kabul etmek gerekecektir.

D) MODERN VE İLKEL USÛL HUKUKU ARASINDAKİ PARALELLİKLER

Yüzlerce yıllık birikim sonucunda Batıda gelişimini tamamlayan hukuk kurum ve usûlleri, eksiklikler taşımasına rağmen tüm dünyada kabul görmüştür. Bu değerlerin bir kısmı öylesine asli unsurlar taşımaktadır ki ihtilafın çözümü için bir araya gelen en basit, en örgütsüz toplumlarda bile izlerine rastlamak mümkündür. Sözgelimi, tarafsızlığı sağlamak için Hakimlerin, tarafların akrabası olmaması ilkesi diğer kültürler içinde evleviyetle geçerlidir. Ifugao toplumunda hakem işlevi gören ve aracı konumunda bulunan *Monkalun* yargıç gibi otorite sahibi bir kişi olmamasına rağmen, tarafların akrabası olmamalıdır. Aksi halde görevinin gereği olan saygınlık ve tarafsızlığı yitirecektir. Muhakemenin aleni olması da, sağladığı güvenceler nedeniyle yargılamanın saygınlığını ve meşruluğunu artıran bir ilkedir. Bu nedenle Tswana'da kabile üyesi herkes, bölge şeflerinin mahkemelerine dinleyici olarak katılabilir.¹⁶⁴ Togo halkı, ihtilafın yalnızca tarafları değil içinde yaşadıkları toplumu da ilgilendirmesi nedeniyle muhakeme ve yargılamanın aleni olması gerektiğini düşünür.¹⁶⁵

Afrika'da kişiler suçüstü yakalanmadıkça dava açılmaz. Yalnızca dedikodu ve şüphe yeterli değildir esaslı deliller gereklidir. Suçluluğu ispat edilene kadar herkesin masum olduğu ilkesi geçerlidir.¹⁶⁶ Karineler önem taşır; erkeğin gece başka bir kadının kulübesinde görülmesi zina için, menkul malın kişi üzerinde bulunması da hırsızlık için delil teşkil eder. Her türlü ihtilafta şahitler çok büyük önem taşır¹⁶⁷ ve başlıca delil kaynağını şahadet oluşturur.¹⁶⁸ Kadının aşığıyla kaçtığı vakalarda aşığıyla birlikte yakalanması doğrudan delil sayılıp başka delil aranmaz.¹⁶⁹ Zinada kadının, sığır sürüsü için çobanın söyledikleri diğer kişilerin söylediklerinden daha önemlidir.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Schapera, *Tswana...*, s.281

¹⁶⁵ Verdier, *Ibid.*, s. 145

¹⁶⁶ Gluckman, *The Judicial...*, s. 84

¹⁶⁷ Schapera, *Tswana...*, s. 268-288

¹⁶⁸ Hoebel, *Law-Ways...*, s. 192

¹⁶⁹ *Ibid.*, s. 192

¹⁷⁰ Schapera, *Tswana...*, s.289

Yazılı kodların bulunmaması, davranışların kendilerine göre değerlendirileceği kuralların kesin olarak tespitini zorlaştırmakla birlikte, insanların sağduyulu, mantık sahibi kişiler olarak hareket edeceği varsayımına birçok toplumda rastlamak mümkündür. Lozi davalarında sık sık davalının mantıklı insan olarak hareket etmediği şikayeti dile getirilir. Bu iddia aslında davalının sağduyu sahibi, mantıklı ve ortalama insan davranışı beklentisini karşılamadığı şikayetini de içerir. Mantıklı, ortalama insan kavramının “dürüst insan” kavramını da içerdiğini belirtelim.¹⁷¹ Tanzania Ndendeuli toplumunda her ihtilaf aynı zamanda, taraf davranışlarının mantıklı - sağduyulu insan davranışı beklentilerine göre değerlendirildiği bir süreçtir.¹⁷² Afrika Barotse’leri de yargı sürecinde mantıklı insan kavramına sık sık atıfta bulunur. İnsanın akıllı bir varlık olarak hayvanlardan ayrılması nedeniyle, kavram hukukun merkezinde yer alır. Hakimler, kuralları ihlal edenleri akılsız hayvanlara benzetip, saygı ve akıldan mahrum olmakla suçlar.¹⁷³

İstisnalar hariç kişiler yokluklarında yargılanmaz. Taraflar dinlenmeden verilen bir hüküm, usûle uygun olmayacaktır.¹⁷⁴ Taraflardan biri, yargılama sırasında ölürse, mirasçılar davaya devam edebilir¹⁷⁵

İlkel toplumlarda, nüfus artışı, toplumsal katmanlaşma ve siyasal örgütlenmenin basitten karmaşığa doğru ilerlemesine paralel olarak, muhakemenin de merkezileşmeye başladığını, işbölümü ve uzmanlaşmanın arttığını görüyoruz. Toplumsal örgütlenmesi devlet öncesi aşamaya ulaşmış olan Afrika’nın büyük ölçekli nüfusa sahip kabileleri yerel, bölgesel mahkemelere ve temyiz mahkemelerine sahiptir. İhmal ve hafif kusura dayalı zararların nasıl tazmin edileceği “Aile Mahkemelerinde,” mağdur ve failin aile büyüklerinin katılımıyla kararlaştırılır. Yalnızca ödenecek tazminatların tespitine yönelik yetkilerle donanmış Aile Mahkemeleri, birinci basamak muhakeme merciini oluşturur. Kişilere ceza verme yetkileri yoktur.¹⁷⁶

İkinci Derece Mahkemeler, veraset yoluyla göreve getirilen Reis’lerden oluşur. Belirli bir yargı çevreleri vardır ve kişilerin esas yargılanma yeri bağlı oldukları reislerin mahkemesidir. Ancak belirli ağırlıktaki suçlara bakabilirler. Miras ve boşanma davalarında

¹⁷¹ Gluckman, *The Judicial...*, s. 65,

¹⁷² P.H. Gulliver, *Dispute Settlement Without Courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania*, s. 66, in *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

¹⁷³ Gluckman, *Concepts...*, s. 370

¹⁷⁴ Gluckman, *The Judicial...*, s. 83

¹⁷⁵ Schapera, *Tswana...*, s. 283

¹⁷⁶ *Ibid.*, s. 281

yetkilidirler. En fazla, dayak atılmasına ve az sayıda sığın tazminat olarak ödenmesine karar verebilirler. Kararları, temyize tabidir.¹⁷⁷

Kabilede şef aynı zamanda en yüksek yargı organıdır.¹⁷⁸ Lozi'de hakimler aynı zamanda idareci ve yasa koyucu görevini üstlenmişlerdir¹⁷⁹. Reis'lerin yargı kararlarını temyizen incelemeye ve kendi bölgesindeki uyuşmazlıklara birinci elden bakmaya yetkilidir. Ayrıca cinayet, büyü, sınır ihtilafları gibi belirli ağırlığa sahip ihtilaflar doğrudan Şef mahkemesine getirilir. Sömürge idaresi kurulana kadar, Şefin kararlarına karşı temyiz mercii yoktu. Karardan tatmin olmayan taraf, ancak kabile topraklarını terkederek kurtulabilirdi.¹⁸⁰ 1919 yılından sonra şefin kararlarına karşı sömürge idaresine başvuru hakkı tanınmıştır. Şef akraba ve sadık adamlarından yardımcıları ve danışmanlar atar. Bu kişiler, mahkemenin düzeninden, şikayetlerin dinlenmesine, önceki kararların hatırlatılmasından, kararların infazına kadar bir dizi görevler üstlenmişlerdir.¹⁸¹ Ngwato kabilesinde Şefin, polis görevini üstlenmiş adamları vardır.

Temel hukuk ilkelerinin Roma'dan Modern Çağa kadar çok değişik ekonomik ve toplumsal şartlara rağmen sürekliliğini korumasını, insan doğasının sabit ve sürekli nitelikleri¹⁸² yanında bu kuralların esnekliğine de¹⁸³ bağlamamız mümkündür. Gluckman'ın nihai yargısı Lozi gibi Afrika kabilelerinin yargılama süreçlerinin, batı usûl hukukuna benzerliklerinin, farklılıklardan daha çok olduğu yönündedir.¹⁸⁴ Buna rağmen ilkel hukukun en belirgin vasıflarından biri, yazının yokluğunun tüm yargılama ve cezalandırma etkinliklerine derinlemesine nüfuz etmesidir.¹⁸⁵ Yazının yokluğuna dayalı şartlar hukukun gelişimini etkileyen başlıca unsuru oluşturur.

İlkel hukukun embriyo halinde taşıdığı ve daha sonra modern usûl hukukunun temel taşı olmuş uygulamaların yanısıra, günümüz insanları için anlaşılması son derece güç, kendi kültür ve inanç sistemleriyle sıkı sıkıya bağlantılı uygulamalara da rastlamak mümkündür. Bu usûllere yer verilmesinin nedeni, hukukun kültürel değerler ve inanç sistemleriyle olan bağlantılarını göz önüne sermektir. Hukuku bir değer olarak düşündüğümüzde, bu değer

¹⁷⁷ *Ibid.*, s. 281

¹⁷⁸ *Ibid.*, s. 279.

¹⁷⁹ Gluckman, *The Judicial...*, s. 78 T.B.M.M.'nin, idam kararlarının nihai onama mercii olması ya da genel af çıkarma yetkisine sahip olması, siyasi iktidarla yargı arasındaki bağın günümüzde bile korunduğuna işaret eder.

¹⁸⁰ Schapera, *Tswana...*, s. 282

¹⁸¹ *Ibid.*, s.283. Gulbrandsen, Tswana'da yerli halkın *Kgotla*'ya (yerel mahkemeler) kuvvetle sarılmasının nedenini hegomonik güç karşıtı niteliğine bağlamaktadır. Gulbrandsen, *Ibid.*, s.128

¹⁸² Abélés, *op. cit.*, s. 22

¹⁸³ Gluckman, *Concepts...*, s. 376

¹⁸⁴ Gluckman, *The Judicial...*, s. 80

¹⁸⁵ *Ibid.*, s. 86

içinde yaşadığı toplumu yansıtmaması, o değerlere göre biçimlenmesi son derece olağandır. Platon'un ideal dünyasından alınmış sonsuz ve değişmez bir değerler sistemi olarak hukuk yerine, her toplumun değerlerine, inançlarına ve toplumsal yapısına uygun bir hukuk kavramı çok daha gerçekçidir.

1. ELKOYMA (MÜSADERE):

Birçok ilkel toplumda, suçlunun mallarına elkonulduğunu biliyoruz. Elkoyma, bazan zarara karşılık olmak üzere maddi değeri haiz malların zorlamı şeklinde, bazan da bir zorlama yaptırımını olarak uygulanır.

Ifugao toplumunda elkoyma, hırsızlık, hayvanların kasten öldürülmesi, kundaklama ve bir borcun ödenmesini sağlamak için uygulanır. Menkul mallar dışında kadınlar, çocuklar ve pirinç tarlalarına da elkonulabilir. Elkoymanın yasal olması, belirli bir usûlün uygulanmasına bağlıdır. Elkoyan kişi, kendi kimliğini belli edecek bir işareti, mesela bıçağını elkoyma mahalline bırakırsa, işlem yasal hale gelir.¹⁸⁶ Borçlunun kendisinin veya akrabasının mallarına elkonulabileceği gibi bir başka bölgede yaşayan borçlunun komşusunun mallarına da elkonulabilir.¹⁸⁷ Bu tür elkoymalar ilkinden farklı bir usûle tabidir. İşlem yapılırken, mallarına elkonulan akraba veya komşuya hangi sebeple kimin borcu için elkoyma yapıldığı bildirilir. Yabancı bölgedeki borçlular için yapılan işlemde komşuya peşin bir ödemede /*patang* bulunur; hem kendi malları hem de alacaklının alacağını tahsil etmesi istenir. Bu tür elkoymalar çoğu zaman arkası kuvvetli kişilerin malvarlıklarını artırmasıyla sonuçlanır. Pirinç tarlalarına elkonulması, ancak tarlanın eve yakın ve korumanın kolay olduğu hallerde mümkündür. Taraflar tarla için kavga eder, kaybeden taraf tarlayı teslim ederek çekilir.¹⁸⁸

Kapauku'da sözleşmeden, haksız fiillerden veya suçlardan kaynaklanan borçların ödenmemesi nedeniyle kişinin mallarına elkonabilir. Özellikle bir domuzun yakalanması sık rastlanan bir olgudur. Elkoyma işleminde elkonulan malın değeri, borcu karşılamaktan uzak bile olsa borçlunun borçtan kurtulmasına neden olur.¹⁸⁹

Afrika Ashanti Kabilesinde, intihar ederek krala karşı suç işleyen –öldürme yetkisi yalnızca krala aittir- kişilerin tüm mallarına, kral adına elkonacaktır.¹⁹⁰

¹⁸⁶ R.F. Barton, **Procedure Among the Ifugao**, s.171 **Law and Warfare**, Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

¹⁸⁷ Pospisil, **Kapauku...**, s. 219

¹⁸⁸ Barton, **Procedure...**,s. 172-173

¹⁸⁹ Pospisil, **The Kapauku...**, s. 28

¹⁹⁰ Hoebel, **Man...**, s. 477

2. İHKAK-I HAK:

Tswana'da mera ve su kuyularına yapılan fiili tecavüz hallerinde malik, zor kullanarak mütecavizi kovma hakkına sahiptir. Kişi dilerse, durumu Şef'e bildirir, bu halde şef'in görevlendirdiği kişiler tecavüzü engelleyecektir.¹⁹¹ Hayvanların tarla ve bahçelere zarar verdiği hallerde de malik, hayvanları zapteder ve sahiplerine haber yollayarak zararın karşılanmasını talep eder. Zarar tazmin edilene kadar, hayvanlar bırakılmaz.¹⁹² Kapauku'da bir domuz komşu bahçeye zarar vermiş, bahçe sahibi de hayvanı oklayarak öldürmüştür. Domuz sahibi, çok değerli bir maldan mahrum olmasına karşın, herhangi bir tazminat alamamıştır. Pospisil'in tespit ettiği kurallara göre bu tür öldürmeler meşrudur: Sahibine hayvanın ölüsü verilerek sorun çözülmektedir.¹⁹³

Surinam Djuka'ları, kocanın karısıyla zina eden adamı dövmesini meşru ve yasal kabul eder. Böyle bir durumda, dayak atmak yerine sömürge idaresine başvurulmasını isteyen antropolog, her seferinde olumsuz yanıt almıştır. Çünkü hakkın bizzat alınması gerektiğine inanmışlardır.¹⁹⁴

3. GÜREŞ MÜSABAKASI / YARGILAMASI:

Filipinler'de yerleşik Ifugao toplumunda, yağış ve toprak kaymaları nedeniyle sık sık sınır ihtilafları ortaya çıkar. İhtilafda kimin haklı olduğu ve tarlalar arasındaki sınırın nereden geçtiğini ortaya çıkarmak için güreş yapılır. Tarla sahipleri kendileri güreşeceği gibi, kendi namlarına güreşecek daha kuvvetli birini de seçebilirler. Bu usûl, en güçlü kişileri kendi namlarına güreştirebilecek kadar serveti olanların, güreşler yoluyla topraklarını, dolayısıyla servet ve iktidarlarını artırmalarına yol açar. Güreşçiler, iki tarla ortasında müsabakaya tutuşur, kim diğerini, sınırın arka tarafına geriletirse, geriletliği miktarda tarlayı kazanmış olur.¹⁹⁵

Bizim için olan biteni yorumlamak son derece güçtür; iyi güreşçilerin sürekli galip gelerek, toprak kazanma ihtimalinin oldukça yüksek olduğu böyle bir müsabakanın, haklının kim olduğunu tespit etme sorunuyla nasıl bir ilgisi olabilir? Dışardan bakışa ait olan bu soruya, kültürün iç dinamikleri ve inançlarıyla bağlantılı bir cevap verilebilir: Ifugaolar ata ruhlarının, kimin haklı olduğunu ve sınırın nereden geçmesi gerektiğini bildiklerine inanır.¹⁹⁶

¹⁹¹ Schapera, *Tswana...*, s. 269

¹⁹² *Ibid.*, s.270

¹⁹³ Pospisil, *Kapauku...*, s. 198

¹⁹⁴ Köbben, *Ibid.*, s. 127

¹⁹⁵ Barton, *Procedure...*, s. 169

¹⁹⁶ *Ibid.*, s.169

Bu inanç, gerçeği bilen ruhların, zayıf bile olsa kazanması için haklı tarafa yardım edeceğine olan inançla tamamlanır. Ruhların, haklı davalarına yardım etmeleri için, güreş müsabakası öncesi tavuk ve domuz kurban etmelerinin sebebi budur.

Labrador ve Baffinland bölgesinde yaşayan Eskimolar arasında güreş müsabakasının daha ciddi sonuçları vardır, zira kaybeden güreşçi kazanan tarafından öldürülür. Bu tür müsabakalar, kan davası olaylarında intikam almak amacıyla düzenlenmektedir.¹⁹⁷

Bir ihtilafta kimin haklı kimin haksız olduğunun tespit edilmesi tüm toplumların ve kültürlerin ilgilendikleri en temel sorunlardan biridir.¹⁹⁸ Sorunun çözüm tarzı da birinden ötekine sürekli değişmektedir. İhtilafın çözümünde izlenen usûller, toplumun kültürel değer ve inanç sistemiyle uyumlu ise, burada bir sorun kalmamış demektir. Dışardan yapılacak bir yargılama doğru olmadığı gibi o kültür için gerçekçi bir çözüm de sunamayacaktır.

Comanche toplumunda benzer bir toprak ihtilafında çözüme şu usûlle ulaşılmıştır: İki savaşçı bir parça toprağın kime ait olduğu hususunda ihtilafa düşünce şef, taraflar ve şahitleriyle toplantı yapmıştır. Amaç, kimin daha cesur ve daha iyi insan olduğunun ortaya çıkarılmasıdır. Şahitlerden biri ... davacının savaşta düşmanlarla çevrilmiş olmasına rağmen yaralı arkadaşını kucaklayarak hayatını kurtardığını, bunun çok büyük bir cesaret ve savaş ruhu gerektirdiğini, onun çok iyi bir insan olduğunu söylemiştir. Diğer taraf davayı kaybettiklerini anlamış ve susmuştur. Çünkü daha iyi bir insan ve cesur yürekli savaşçı olduklarını gösterecek bir hikaye anlatmaları gerekecektir. Şef, savaşta büyük bir cesaret örneği sergileyerek arkadaşının hayatını kurtaran savaşçının toprağın sahibi olduğunu açıklayarak ihtilafı çözmüştür.¹⁹⁹ Hoebel açıkça söylemese de toprak sahipliği ile cesur savaşçı olmak arasındaki bağın şu şekilde kurulabileceğini düşünüyorum: Comanche toplumunda ihtilaf hususundaki en önemli unsur tarafların iddialarında haklı mı haksız mı oldukları değil, girdikleri mücadelede ne kadar cesur olduklarıdır.²⁰⁰ Çünkü müzakerelerin başarısı, savaşta gösterilen yiğitliğe ve kazanılan şöhrete bağlıdır. Comanche hukukunun esası, nihai olarak kullanılacak güce bağlı olduğu için, cesur bir savaşçının korkaklara oranla daha fazla cebir kullanma potansiyeline sahip olması, hakkın da ona ait olması sonucunu doğuracaktır. Hoebel'in deyişiyle Comanche toplumu cesur adamın davasında haklı olduğu görüşüne daha yatkındır. Ancak birçok vakada davacı, iddiasını kabul ettirecek güç ve cesareten yoksun olduğu için, toplum, güçsüz mağdurun yanında yer alarak adaletin

¹⁹⁷ E.A. Hoebel, **Song Duels among the Eskimo**, s. 256, **Law and Warfare**, Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

¹⁹⁸ Gluckman, **Politics...**, s. 207

¹⁹⁹ Hoebel, "**Law-Ways...**", s. 194

²⁰⁰ **Ibid.**, s. 193

gerçekleşmesine yardımcı olur. Cesur akraba ve yandaşlar, müzakere sorumluluğunu üzerlerine alarak, davacının yanında güç gösterisinde bulunur ve davalı tarafı yıldırır. Hoebel tek bir vakada dahi, haksız davalının yandaş ve akrabalarıyla kendini takviye ettiğine rastlanmadığını söylemiştir.²⁰¹ Eğer Comanche toplumu, bir ihtilafta haklı olmak için, öncelikle cesur yürekli ve iyi insan olmayı şart koşmuşsa şartı yerine getiren taraf, davayı kazanacaktır. İhtilafın cesur savaşçı lehine çözülmesi, Comanche kültürel değerleriyle uyumludur. Bu nedenle o kültür için ortada bir sorun kalmamıştır.

4. ŞARKI DÜELLOSU:

Grönland adasının Batı ve Doğu yakasında yaşayan Eskimo'lar arasında adam öldürme suçları dışında oluşan kin ve hasedin giderilmesinde kullanılır. Bir Eskimo intikam almak için yeteri kadar güçlü değilse – Kottak, kan davasından korkan yerlinin bu yolu deneyeceğini ileri sürer-²⁰² veya şarkı söyleme yeteneği çok iyiye, yakının öldürülmesi durumunda bile şarkı düellosuna çıkabilir.²⁰³ Düelloda “silah olarak yalnızca sert, keskin ve acı kelimeler kullanılır.”²⁰⁴ Adetlere uygun olarak hakaret ve aşağılama dolu şarkılar söylendikten sonra dinleyicilerin – toplumun- yargısı ortaya konacaktır.²⁰⁵ Kim dinleyicilerin coşku dolu alkışını alırsa, düelloyu kazanmış olur. Sessizlikle karşılanan taraf, düelloyu kaybetmiştir. Ancak böyle bir düellonun galibi olmak tazminat vb. kazanmak anlamına gelmez; bir hakkın veya imtiyazın teslimi söz konusu değildir. Elde edilen biricik yarar prestijdir.²⁰⁶ Kazansa da kaybetse de taraflardan uzlaşması istenir ve armağan mübadelesiyle uzlaşma sergilenir.

Hoebel'a göre şarkı düellosu, toplumda ayrı yaşayan insanların ihtilaflarını çözüme kavuşturmak ve normal ilişkileri tesis etmek için kullanılan yargısal bir araçtır. Amaç taraflardan birinin haset ve kin duygularının yatıştırılması yoluyla huzursuzluğunun giderilmesi ve psikolojik rahatlamının sağlanmasıdır. Böylece toplumsal denge ve adaletin yeniden tesis edildiği varsayılır.²⁰⁷ Hoebel'a göre bu adalet anlayışı öyle algıladıkları sürece Eskimo toplumunun ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Üstelik bu öyle bir unsurdur ki yüksek kültürler bu konuda başarısız olmaktadır.²⁰⁸

²⁰¹ *Ibid.*, s. 195-196

²⁰² Kottak, *Cultural...*, s. 138

²⁰³ Hoebel, *Song...*, s. 256

²⁰⁴ *Service, op. cit.*, s. 53

²⁰⁵ Fried- Pfeiffer, *op. cit.*, s.476 -Kottak, *Cultural...*, s.138. Hoebel, Fried- Pfeiffer gibi kimi yazarların aynı geleneği adlandırmak için “Düello” Kottak'ın ise “Müسابaka- Yarışma” anlamına gelecek terimleri seçtiğini belirtelim.

²⁰⁶ *Service, op. cit.*, s. 54 - Hoebel, *Song...*, s. 256

²⁰⁷ Hoebel, *Song...*, s. 261

²⁰⁸ *Ibid.*, s. 262

5. TABİAT ÜSTÜ GÜÇLERE İNANÇ:

Genel olarak bir toplumun materyal kültürdeki gelişmişlik seviyesiyle hukuki gelişmişlik seviyesi arasında tam bir paralellik kurmak zordur. Toplumların modernleştikçe hacminin arttığı, buna paralel biçimde de hukuka duyulan ihtiyacın çoğaldığı bilinmektedir.²⁰⁹ Günümüz toplumlarının aksine, ilkel toplumların daha basit bir hukukla yetindikleri açıktır. Özellikle Eskimolar, Shoshone'lar, Andaman adası yerlileri, bizim sahip olduğumuz anlamıyla hukuk kavramına bile sahip değillerdir. Bunun sebebi, bir çok unsurun yanında, tabiatüstü güçlerin, toplumun tasvip etmediği davranışları sınırlamadaki güçlü etkisi, düzen ihtiyacını önemli oranda karşılayarak resmi hukuka olan ihtiyacı azaltmasıdır.

İlkelin davranışı, büyük oranda tabiatüstü güçlere inanç ve dünyaya ilişkin değerler tarafından belirlendiği için²¹⁰ kutsal ve tabiatüstü güçler, seküler yaptırımlarla karşılaştırıldığında daha güçlü rol oynar.²¹¹ Çünkü bir kural ya da geleneğin meşrulaştırılması mantık, ahlak ya da hukukla değil, tanrıların emirleri veya ataların bıraktığı miras aracılığıyla yapılır.²¹² Bu tür meşrulaştırma, aynı zamanda tabiatüstünün kişi üzerindeki gücünün kaynağını ve yaygınlığını oluşturur. İlkel düşüncesinin, geleneği kutsayıp, onu çiğnenemez bir yasa olarak üyelerinin zihnine yerleştirmesi, atalardan kalan yasaların kutsallık zırhıyla çevrenmesine yol açar.²¹³ Kuralların, korkuyla karışık saygıyla karşılanmasının kökeninde, kişinin toplumu üzerinden geçmişle kurduğu bu ilişki yatar.

Bu toplumlarda büyü ve sihrin eşitlikçi ilişkilerin temeli olduğuna ilişkin iddiaya daha sonra ayrıntılı bir şekilde değinilecektir. Yine ilkel zihnin ürettiği tanrılar, ruhlar ve cinler gibi tabiatüstü varlıkların, toplumun ortak arzularının ve iradesinin dile getirilmesinde bir araç olduğu iddiası ileri sürülmüştür. Douffé'ye göre "söylence, kişileştirilmiş ortak istençtir."²¹⁴ Bu düşünce doğru kabul edilirse, toplumsal düzenin korunmasında tabiatüstünün etkin rolü hiç de anlaşılmaz bir süreç değildir. Çünkü toplum, toplumsal iradeyi tek tek bireysel çıkarların etkileyip bozamayacağı kadar geçmiş zamanlardan ve kutsal alanlardan getirerek düzeni korumanın en etkin yolunu bulmuştur.

²⁰⁹ Hoebel, *Man...*, s. 482

²¹⁰ Service, *op. cit.*, s. 74

²¹¹ Redfield, *Primitive Law*, s. 22

²¹² Lévi-Strauss, *Structural...*, s. 18, C. 2. Clastres'a göre bazı Kuzey Amerika yerlilerinin tanrıları, toplumun kökeninde yer alan ve geleneğe saygı duyulmasını isteyen Yasaların toplamından başka bir şey değildir. P. Clastres, *op. cit.*, s. 67

²¹³ E. Cassirer, *Devlet Efsanesi*, s. 82, Çev.: Necla Arat, Remzi, İstanbul, 1984

²¹⁴ E. Douffé, *Magie et religion dans l'Afrique du Nord*'den aktaran, Cassirer, *Devlet...*, s. 282. Nietzsche'ye göre de, mitolojisiz her kültür yaratıcı doğal güçlerini kaybeder. Çünkü genç ruhları olgunlaştıran, insanların çabalarına ve hayatlarına anlam veren şey yalnızca mitolojidir. Ayrıca devletler, kökenlerinin din ve büyük ideallerle bağlantısını da mitolojiler aracılığıyla kurar. F. Nietzsche, *The Birth of Tragedy*, s. 85, Translated, by Clifton P. Fadiman, Dover Publications, Inc., New York, 1995

Toplumsal düzenin tabu şeklinde dillendirilen kuralları son derece etkindir, zira onların ihlalinin insanüstü bir güç tarafından hemen bu dünyada cezalandırılacağına inanılır.²¹⁵ Genel bir kuralın, belli koşullar altında özel yaptırımından başka bir şey olmayan Tabu,²¹⁶ kişide yalnızca korku değil, aynı zamanda saygı ve hayranlık duygusu da uyandırır.²¹⁷ Kutsal şeylerin, büyü ve cenaze törenlerinin, rahatsız edilmemesi, kurcalanmaması gerektiği yönündeki güçlü inanç²¹⁸ aksine davranışın tabiatüstü güçlerce cezalandırılacağı inancını da taşır. Avustralya yerlilerine çocukluktan itibaren gelenekten sapmanın erken yaşlanmaya, körlüğe, deri hastalıklarına ve ölüme yol açacağı öğretilir. Bunun doğal sonucu toplumsal kurallara sıkı sıkıya riayet edilmesidir.²¹⁹ Kalahari Bushman'leri, olumsuz çevre koşulları nedeniyle gıda paylaşımını çok sıkı kurallara bağlamıştır. Şayet paylaşım kurallarına uyulmaz ise avda kullanılan zehirlerin hayvanlara tesir etmeyeceğine inanılır.²²⁰ Cheyenne kabilesinde cinayet hem bir suç hem de büyük günahtır.²²¹

Yalnızca toplumsal sujelerin değil tabiattaki av hayvanları ve bitkilerinin korunması da tabiatüstü güçlerin cezalandırması tehdidiyle sağlanır.²²² Bu tür inanışların, amaçlarına hizmet ettikleri sürece, boş inanç ya da hurafe olarak adlandırılmaları yersizdir. Ne zaman ki bu tür kurallar toplumsal gerçeklikle örtüşmez veya kişiler ve gruplar arası ilişkileri düzenleyeceği yerde sürtüşme ve çatışmalara neden olur, kısaca işlevlerini yitirir, o zaman bu tür kuralları, boş inanç olarak adlandırılabiliriz.²²³

İlkel toplumlarda gördüğümüz tabular, din, büyü ve genel olarak tabiatüstü inancı, düzenin sağlanması amacına yöneliktir. Bu üç kavram çoğu durumda iç içe bulunmakla birlikte, her birinin ayırıcı nitelikleri bulunduğu kuşku yoktur. Dine inanmak, birçok durumda zorunluyken, büyü için böyle bir zorunluluk olmadığını ve adetlerle alışkanlıklara dayandığını söyleyebiliriz.²²⁴ Birçok durumda büyü, kişinin doğal düzene müdahale ederek istediği sonucu elde edebileceği inancına dayanır.²²⁵ Tabu ise, belirli şeylerin deneye başvurmaksızın tehlikeli kabul edilmesi,²²⁶ çoğu durumda da toplumsal yasakların genel bir

²¹⁵ Kelsen, *op. cit.*, s. 58

²¹⁶ Frazer, *op. cit.*, s.176, C. 1

²¹⁷ Chagnon, *op. cit.*, s. 68,

²¹⁸ Malinowski, *Crime...*, s. 53

²¹⁹ Kelsen, *op. cit.*, s. 107

²²⁰ Service, *op. cit.*, s. 90

²²¹ Hoebel, *Man...*, s. 476 - Özcan, *Hukuk...*, s. 172

²²² Lévi-Strauss, *Irk...*, s. 79

²²³ Şerif, *op. cit.*, s. 156

²²⁴ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 208

²²⁵ E. Cassirer, *İnsan Üstüne Bir Deneme, İnsan Kültürü Felsefesine Bir Giriş*, s.114, Çev.: Necla Arat, Y.K.Y., İstanbul, 1997

²²⁶ Cassirer, *İnsan...*, s.127

adlandırması olarak karşımıza çıkar. Din, doğanın insan biçimselliğine yani tabiat yasalarının insanlaştırılmasına dayanırken, büyü insanın doğa biçimselliğine kısaca insan eylemlerinin doğallaştırılmasına dayanmaktadır. Birçok örnekte din ve büyüün birbirini kapsadığını az veya çok diğerine yer verdiği görülür.²²⁷

Tecavüz ve haksız fiillerin tabiatüstü güçlerce cezalandırılacağı inancı ilkel toplumların kontrol mekanizmalarında önemli bir yer tutar. Bir kuralın ihlali halinde, tabiatın kişiyi cezalandırmak için harekete geçeceğine, sözgelimi şefin yemeği yendiğinde kişinin öleceğine, kutsal bir şeyi kirletenin elinin kuruyup hastalanacağına,²²⁸ Tswana'da tabuları çiğneyenin, ata ruhlarınca yahut diğer tabiat üstü varlıklarca hastalıklar, bela veya ölüm yoluyla cezalandıracağına inanılır.²²⁹

İkel insanın ruh inancı ile karşılıklılık ilkesi arasında yakın bir bağlantı vardır. İkelin, ölümden sonra yaşamaya devam eden ruh inancı, hayattayken işlenen fiillere göre cezalandırılmayı veya ödüllendirilmeyi de içerir. Böylece ölümden sonra, karşılıklılık ilkesine göre ceza veya ödül alacak bir ruha sahip olmak, yaşayanların davranışlarını toplumsal düzene göre şekillendirmenin en etkin yollarından birini oluşturur.²³⁰ Mısır, Hıristiyanlık, İslam gibi gelişmiş dinlerdeki, ölümden sonra yaşamaya devam eden ruh inancı, bu dünyada işlenen fiillerin karşılıklılık ilkesi gereği daha sonra nasıl ödüllendirileceğini veya cezalandırılacağını göstermek için kullanılır.

Radcliffe-Brown dini yaptırımları yaygın yaptırımlardan ayırır ve yetersiz anlam ve çağrışımlar nedeniyle “mistik” ya da “tabiatüstü yaptırım” olarak adlandırılmasını doğru bulmaz.²³¹ Dinsel yaptırımların ancak inanmakla mükellef insanların bulunduğu dini bir toplumda yer alacağını kabul eder.²³² Bu yaptırımların kökeninde tanrıları mutsuz eden, insanlarla olumlu ilişkileri koparan günahlar yer alır. Günah öyle bir kötülüktür ki kirlenen insanın itiraf, kurban etme, temizlik yapma, vs. yollarla kefarete ödeyerek arınmasını gerektirir.²³³

Bu tür bir inanış ancak toplumsal düzen ile doğal düzenin bir ve aynı olduğu bu iki alanın ayrılmamış halde birbirini destekleyen ve etkileyen bir bütün olarak kabul edildiği yapılarda mümkündür. Bir toplumsal kuralın ihlal edilmesi yalnızca kişilerin zarar görmesini

²²⁷ Lévi-Strauss, **Yaban Düşünce**, s. 263

²²⁸ Redfield, **Primitive Law**, s. 14

²²⁹ Schapera, **Tswana...**, s. 37

²³⁰ Kelsen, **op. cit.**, s. 186 - Radcliffe-Brown, **Structure...**, s. 207, Andaman'lar ve Eskimo'ların ölümden sonraki dirilişi anlatan mitleri için, V. M. Eliade, **Mitlerin Özellikleri**, s. 78-80, Çev. Sema Rifat, Om, İstanbul, 2001

²³¹ Radcliffe-Brown, **Structure...**, s. 206

²³² **Ibid.**, s. 206

²³³ **Ibid.**, s. 207

sonuçlamaz; tecavüz hem fail hem de toplum için bir kirlilik oluşturmuştur, bu durum kişiyle birlikte toplumu da tehlikeye sokar. Tazminat ve cezalandırmadan çok kefarete ve arınma törenleri yapılmalıdır.²³⁴ Cinayet işleyenler de kirli kabul edilir ve arınma töreni yapılmalıdır.²³⁵ Amaç, doğrudan ya da dolaylı olarak tanrılar üzerinde etkide bulunarak günahın olumsuz etkilerinin yok edilmesidir.²³⁶

Kabile refahıyla doğrudan ilgili olduğu düşünülen cinsellik, yağmur ve iktisadi hayatta ilgili tabular çiğnendiğinde kötü ruhların şeytani etkilerinden kurtulmak için arınma törenleri yapılmak zorundadır.²³⁷ Doğa yasaları da bu ihlalden etkilenir ve deprem, su baskını, kuraklık vb. felaketler, o toplumu tehdit etmeye başlar. Yine ritüeller ve uygun ziyafetler, kurbanlar, toplumun önderleri vasıtasıyla tabiatüstüne olan saygı ve bağlılık bildirimleri de karşılıksız kalmayacaktır; bu törenler toplumsal barış ve düzen, ürün bolluğu, bereketli yağmurlar, hayvanların çoğalması, hastalıkların ve kıtlığın ortadan kalkması olarak topluma geri dönecektir. Aksine bir kuralın ihlali de, tabiatüstünce korkunç bir yaptırımla karşılanabilir.²³⁸ Kuzey Kaliforniya Pomo yerlilerine göre insanların başına gelen her türlü bela ve hastalığın başlıca iki sebebi vardır. Bunlar ya tabiatüstü güçlerin, tabuların ihlal edilmesine karşı cezalandırıcı eylemlerdir ya da düşmanların büyü vb. uygulamalarından kaynaklanır.²³⁹ Öyle ki kimi yerliler doğal yollardan ölümün yalnızca yaşlılığa mahsus olduğunu, bunun dışındaki ölümlerin mutlaka kötü ruhların veya kara büyünün etkisiyle meydana geleceğine inanırlar. İngiliz Yeni Gine’inde yaşayan Waspisinas’lar büyücülerin şeytani etkileri olmasa insanların sonsuza kadar yaşayabileceklerine,²⁴⁰ Dobu halkı ise büyücüler olmazsa ölüm ve hastalığın da olmayacağına inanır.²⁴¹

Verilen tüm örneklerde ilkel zihnin, hastalık, ölüm, kıtlık sel, kuraklık, aşırı sıcaklar gök gürlemesi, hayvan saldırıları, deprem gibi tabii olaylarla, toplumsal kuralların ihlali arasında paralellik kurduğunu görüyoruz. Bir tabunun ihlalinin suç olarak görülmesinin ardında bu tür eylemlerin kabileyi tehlikeye düşüreceğine olan inanç yatar.²⁴² İlkel insanın düşüncesinde evren, bütünüyle ahlaki ve toplumsal bir düzen olup, tabii yasalarla değil ahlaki kurallara göre yönetilen bir bütündür.²⁴³ Hem tabiat hem toplum baştan başa tabiatüstü

²³⁴ Redfield, *Primitive Law*, s. 23,

²³⁵ Kelsen, *op. cit.*, s. 78

²³⁶ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 207

²³⁷ Schapera, *Tswana...*, s. 39

²³⁸ Redfield, *Primitive Law*, s. 14

²³⁹ Kelsen, *op. cit.*, s. 100

²⁴⁰ *Ibid.*, s. 99,103

²⁴¹ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s.166

²⁴² Wells, *op. cit.*, s.150

²⁴³ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 130

güçlerin etkisi altındadır.²⁴⁴ Doğa olaylarını normatif yoruma tabi tutan ilkel insan, ihlalle tabii afetler arasında -nedenselliğe dayalı sebep- sonuç ilişkisi yerine- bir misilleme, bir karşılık verme bir cezalandırma ilişkisi görme eğilimindedir.²⁴⁵ Şiddetli bir hortum, basit bir meteorolojik olay biçiminde değil de, düşman Şamanların görevlendirdiği kötü ruhlar olarak yorumlanır.²⁴⁶ Bu tabiatın, kültürel kavramlara dayanılarak açıklanmasıdır. Çünkü, sebeplerin doğrudan sonuçları doğurduğunu söyleyen nedensellik yasası, modern bilime aittir ve ilkel insan bu düşünüş tarzından epey uzaktır. Radcliffe-Brown, Kelsen'den bir adım ileri giderek evrenin ahlaki bir düzen olarak tasarlanmasının, yalnızca ilkelere ait bir özellik olmadığını, dinlerin önemli bir kısmının bu düşünceyi paylaştığını ve bunun insan kültüründe evrensel bir unsur olduğunu dile getirir.²⁴⁷ İkel zihin, tabiatla tabiatüstü arasındaki çizgiyi çekemediği²⁴⁸ için, modern düşünceden farklı olarak, doğal düzenle hukuk düzeni arasında kesin bir ayırım gözetmez. Aynı şekilde maddi ve seküler olanla kutsal ve ruhsal dünyalar arasında da ayırım yapılmaz; toplumla tabiat, tabiatla tabiatüstü arasındaki kesintisiz ve sürekli ilişki fikri, dünyaya bakış açılarını şekillendiren temel inanıştır. Modernin biri tabi ve maddi diğeri ahlaki ve kutsal olarak adlandırdığı iki ayrı düzen yerine tek bir oluş, tek bir düzen vardır.²⁴⁹ Bir Avustralyalı aborjin için toplumsal kural ile tabiat yasası arasında bir fark yoktur.²⁵⁰ Bu nedenle kuralların ihlali ya da reddi, tanrının hastalık ve diğer felaketleri göndermesine yol açar.²⁵¹

Kelsen'in ilkel düşünceye ilişkin en önemli tespiti bu düşünüş tarzının tabiata bir ruh atfederek, onu canlı, kişiliği olan bir varlık olarak görmesidir. Kişileştirme, toplumsal dünyanın ve toplumsal ilişkilerin tabiata aktarılması yoluyla gerçekleştirilir. Tabiatın toplumsal ilişkiler aracılığıyla kavranmaya çalışılması, tabiat yasalarının öğrenilememesine, dış dünyadan duyulan korkulara, en önemlisi de toplum ve tabiat evrenlerinin aynı düzlemde birleştirilmesi hatasına götürür. Kelsen'in nihai eleştirisi toplum ve tabiatı bir ve aynı düzlemde gören ilkelin, zihinsel yetersizliği, şartlanmışlığı ve bilimsel düşünceden uzaklığı üzerinedir.²⁵²

Her şeye rağmen ilkelin tabiata, hayvan ve bitkilere yaklaşımı son derece insancıl ve ekolojiktir. İnsan, tabiatın efendisi ve yok edicisi değil, onda makul bir yer işgal eden uyumlu

²⁴⁴ Clastres, *op. cit.*, s. 65

²⁴⁵ Kelsen, *op. cit.*, s. 114

²⁴⁶ Clastres, *op. cit.*, s. 23

²⁴⁷ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 131

²⁴⁸ Frazer, *op. cit.*, s.10, C. 1,

²⁴⁹ Geertz, *op. cit.*, s. 198

²⁵⁰ Gluckman, *Politics...*, s. 269

²⁵¹ Geertz, *op. cit.*, s. 177

²⁵² Chagnon'a göre Yanomamöler tabiat (orman) ve kültürü (köy) birbirinden ayırmakla kalmaz aynı

bir üye olarak tasarlanır.²⁵³ Öte yandan modern düşüncenin de ilkelin toplum ve tabiatı aynı düzleme koyarak yaptığı hatayı, bir başka açıdan tekrar ettiğini söyleyebiliriz. “Modern sosyoloji için toplumsal olaylar tabiatın bir parçasıdır ve aynı tabiat yasalarının belirlenirler. Tabiatı belirleyen yasalarla, toplumu belirleyen yasalar arasında yani tabiat ve toplum yasaları arasında temelli bir ayrım yoktur. Dinsel düşüncede tabiat, misilleme ilkesine göre yönetilen toplumun bir parçasıdır. Bilimsel bakış açısına göre, modern yasa kavramı içinde yer alan nedenselliğin, misilleme ilkesinden tam olarak kopuşuyla toplum artık tabiatın bir parçası olmuştur.”²⁵⁴ Kelsen’den yapılan alıntının özü, toplumsal vakaların ve kuralların tabiat yasalarının bir parçası olduğunu, kısaca toplumla tabiatın aynılığını ileri sürmektedir. Radcliffe-Brown da sosyal antropolojiyi doğa biliminin bir parçası olarak görmektedir.²⁵⁵ Bu sonuca ulaşmasında etkin olan mantığa göre, toplumsal olgular tabii olgulardan farklı değildir. Yazar bu yüzden bir hayvan sürüsündeki dişi-yavru-erkek ilişkileriyle insanları birbirine bağlayan ilişkiler zinciri arasında bir farklılık bulunmadığı düşüncesindedir. Sonuç olarak sosyal fenomenlerin, doğal fenomenlerin ayrı bir sınıfını oluşturduğunu ileri sürecektir.²⁵⁶

İlkel, tabiatı, toplumun bir parçası ve devamı olarak görmekle hataya düşmektedir. Ancak modern düşüncede toplumun ve toplumsal yasaların tabiatın bir parçası olduğunu söylediğinde aynı hatayı tersinden tekrar etmiş olur. Basit bir parça olarak toplum, tabiatın içine yerleştirildiğinde, toplumsal ilişkiler ve düzenlemelerde tabiat yasalarıyla açıklanmaya çalışılır. Toplumsal bir sistemi canlı ya da cansız sistemlerle bir tutup ikisini aynı türde olgular olarak değerlendirmemiz için hiçbir sebep bulunmaz.²⁵⁷ Çünkü toplumsal sistemler doğal sistemler değil moral ya da sembolik sistemlerdir.²⁵⁸ Tabiat, varlığa ilişkin olarak “olan”a, toplum ise “olması gereken”e aittir.²⁵⁹ İlki Ontolojik düzleme aittir ve nedenselliğe dayalı yasalarla anlaşılır. İkicisi ise deontolojik düzeni oluşturur ve kuralların, amaca yönelik yorumlanmasıyla çözümlenebilir. Toplumsal kuralların tabiatın bir parçası olduğunu ifade etmek, “orman kanununa” göre ilişkileri düzenlenmiş bir toplum yaratmak arzusu olacaktır. İnsanın tabiat yasalarına tabi olduğunu söylemek, insanın özünü yok kabul etmektir. Bu düşüncenin nihai durağı, gerek toplum içi gerekse toplumlar arası ilişkilerin tabiat yasalarıyla

zamanda yalnızca insanların bir kültürü olduğunu da bilirler. Chagnon, *op. cit.*, s.211.

²⁵³ Lévi-Strauss, *İrk...*, s. 79

²⁵⁴ Kelsen, *op. cit.*, s. 266

²⁵⁵ Radcliffe- Brown, “Toplumsal Yapı,” s.121, Çev.: Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Arkivi**, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, 1993

²⁵⁶ *Ibid.*, “Toplumsal Yapı,” s.122-123

²⁵⁷ Evans Pritchard, *Sosyal...*, s. 70

²⁵⁸ *Ibid.*, s. 74

²⁵⁹ Özcan, *Hukuk...*, s.81

uyumlu şekilde düzenlenmesi talebidir. Yani güçlü olanın kazandığı giderek gücün hak olarak tanındığı bir toplumsal düzen karşımıza çıkacaktır.

Aslında doğanın ve gücün kutsanması çok daha önce Nietzsche tarafından büyük bir açıklıkla yapılmıştır. Doğal saldırı, sömürü ve yok etmeyi hayatın özü olarak kabul eden yazar, doğal olduğu içinde bu eylemlerin hiçbirinin gayrı adil olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesindedir. Güçlünün sınırlanması anlamına geleceği içinde hukuk düzeni, hayatın ve yaşamının düşmanıdır.²⁶⁰ Nietzsche çok açık bir şekilde hukukun yerine doğal yasaları koyarak, en güçlünün hakim olduğu bir yapıyı tasarlamakta, doğaya aykırı gördüğü ahlak, din veya hukuk kurallarını hastalıklı olmakla itham etmektedir. Toplumu, orman kanununa tabi kılmak ancak Nietzsche ve Kelsen’de açık ifadesini bulan ve insanı bütünüyle tabiatın bir parçası olarak gören düşünüşle mümkündür. İnsan, bedeniyle tabiata aittir ancak insanı insan yapan şey bedeni değildir. İnsan seçme özgürlüğüyle ve hürriyetiyle varolabilen varlıktır. Tüm toplumsal kurallar da ona bu hakkı tanıdıkları için tabiat yasalarından farklılaşırlar. İnsan, akıl, zeka ve düşüncesiyle tabii düzene, seçme hakkını kullandığı “özgür iradesiyle” ideal düzene aittir. Hukuk, insanın ideal yanına hitap eder ve en üstün değer olarak iradesini alır. Duns Scotus’un asırlar öncesinden yaptığı çağrı hukuk düzeninin niçin iradi varlığa yöneldiğini gösterir; *Voluntas est superior intellectu* / irade zekadan üstündür.²⁶¹ Tabiatta irade ve seçim hakkı yoktur. Toplumsal kurallar insana bu hakkı tanır ve sonuçlarına katlanacağı alternatifler sunar. İnsan en açık biçimde hukuk kuralları karşısında, kendi varlığını ortaya koyabilme imkanı elde eder.

Tabuların yalnızca dinsel içerikli olmadığı çoğu zaman toplumsal hayatla ilişkili biçimde sekülerleştiğini görüyoruz. Tswana halkı için tabu yasaklanmış şeydir ancak ihlali yargısal bir kovuşturmayla cezalandırılmaz. Kapauku’da, mirasçının küçük olması nedeniyle malvarlığının yönetimini bir akraba üstlenir ancak kendisi için tabu olması nedeniyle bu mallara el atamaz.²⁶² Burada küçüğün mallarının korunması ihtiyacının, tabu şeklinde ifade edildiğini görüyoruz. Belirli ağaçların kesilmesi, belirli balık türlerinin yenmesi de tabu şeklinde yasaklanabilir. Bu halde tabuyu ihlal edenlerin öleceğine olan inanç yanında, toplum tarafından da yaptırım uygulanır. Bir olayda kadın yasak meyveden yemiş, kocası birkaç gün içinde ölmüştür. Oğul, tabuyu çiğneyerek babasının ölümüne sebep olan kadını öldürerek cezalandırmıştır.²⁶³ Trobriand adası yerlileri, uzak tarlalardaki mahsullerini hırsızlardan korumak için bir palmiye yaprağını ağaçlara ilişirir ve şartlı bir lanetlemeyle –*Kaytapaku-*

²⁶⁰ F. Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne*, s. 74, Çev.: Ahmet İnam, Gündoğan, Ankara, 1998

²⁶¹ A. Weber, *Felsefe Tarihi*, s. 174, Çev.: H. Vehbi Eralp, Sosyal, İstanbul, 1991

²⁶² Pospisil, *The Kapauku...*, s. 28

²⁶³ Pospisil, *Kapauku...*, s. 156

ürünleri tabu haline getirir. Büyünün, hırsızları hastalandıracağına inanılır.²⁶⁴ Bu tür tabuların hukuksal niteliğe sahip olmadığını biliyoruz. Hawaii reisleri, 19.y.y.' da avamın Avrupalı tüccarlarla yaptığı ticareti süre ve miktarla sınırlayan tabular koyduğunda, yasaktan zarar gören halk, her çeşit tabuyu çiğnemeye başladı.²⁶⁵ Hawaii reislerinin elinde tabu, iktidarlarının ticaret tekeli halka karşı korumanın bir aracı haline gelmiştir.²⁶⁶ O halde tabuyla toplumsal kuralın iç içe geçmesi pekala mümkündür. Yukarda belirttiğimiz gibi kötü ruhların felaketlere sebep olacağına ilişkin bir inanç söz konusudur. Ancak gelişen ihtiyaçlara göre Şef, ağaç kesmeyi ya da boğaları kısırlaştırmayı tabu haline getirir ve ne kadar süre ile bu yasağın uygulanacağını duyurur. Tabular ihlal edildiğinde yine fırtına ve yağmurlar nedeniyle mahsulün yok olacağına inanış devam eder. Fakat şef de bu kişileri cezalandıracaktır.²⁶⁷

Tabu, yalnızca tabiatüstü güçlerce değil, aynı zamanda toplumsal düzen tarafından da yaptırılmıştır. Pospisil tabuları yalnızca saf dini inanç halinde olanlar ve toplum tarafından yaptırıma tabi tutulanlar olarak ikiye ayırmaktadır. Yerlilerin, yaptırıma tabi olmayan saf dini tabuları çiğnediğini ve bunu söylemekten korkmadıklarını da belirtiyor.²⁶⁸ Oppenheimer'a göre tabular tüm örneklerde efendi sınıfının etkili bir denetim aracı olarak çalışır.²⁶⁹ Bu görüş biraz sonra değinilecek Kelsen'in görüşlerine bir ölçüde yakındır. Çünkü her ikisi de tabuların toplumsal niteliğine vurgu yapar. Bu sebeple tabuların toplumsal denetim mekanizmalarının hatta hukukun ve ahlakın bir parçası olduğu ileri sürülebilir. Pospisil, dinsel bir tabunun hukuk değil yalnızca güçlü bir dinsel olgu olduğunu aksi halde her türlü adetin hukuk sahası içine girerek bu alanın belirsizleşmesine yol açacağı düşüncesindedir.²⁷⁰ Tabuların, zamanla toplumsal düzenin bir parçası olduğu düşüncesini yanlış bulan Kelsen'e göre, ilkel tabular en başından beri ahlaki ve toplumsal kurallardır. Bir yasaklama toplumsal olduğu için aynı zamanda ahlaki ve yasal niteliklidir. Bu iki nitelik toplumsal gelişimin ilk evrelerinde bile birbirinden ayıramaz.²⁷¹

Ifugao dinine göre Tanrılar barışı ister. Uygun bir şekilde barışın tesis edilmesi ve tanrılara kurban sunulması dinsel bir zorunluluktur. İhtilafı taraflar, birbirlerini misafir edemez, birlikte içki içemez, aynı evde kalamazlar ve birbirlerine armağan veremezler.

²⁶⁴ Malinowski, *Crime...*, s. 60

²⁶⁵ Sahlins, *Tarih Adaları*, s. 145

²⁶⁶ *Ibid.*, s.152

²⁶⁷ Schapera, *Tswana...*, s. 39

²⁶⁸ Pospisil, *Kapauku...*, s. 266

²⁶⁹ Oppenheimer, *op. cit.*, s.193

²⁷⁰ Pospisil, *The Attributes...*, s. 36

²⁷¹ Kelsen, *op. cit.*, s. 100

Bunların hepsi Tabuyla yasaklanmıştır. Tabunun ihlali, boğaz ve akciğerlerde hastalıklara sebep olacaktır.²⁷²

Toplumsal örgütlenme biçiminin sınıflaşma ve devleti mümkün kılacak şartlara ulaştığında bir başka deyişle, oba ve kabile toplumlarının yerlerini sırasıyla Şefliklere ve devlete bıraktığında denetim mekanizmalarının köklü biçimde değiştiğine şahit olmaktayız. Biraz önce de söylediğimiz gibi ilkel toplumlarda tabiatüstüne güçlü bir inanç, ahlaki değerlere sıkı sıkıya bağlılık ve yüzyüze ilişkiler, kurallara aykırılığı gidermekte son derece etkin bir işleve sahiptir. Sanayi toplumunda yaşayan bireylerin de ahlaki değerlere ve dini inanışlara sahip olduğu bilinmesine rağmen, kurallara aykırılığı giderecek denetim büyük oranda yalnızca hukuki süreçlerle sağlanmaktadır. Buradan gerek dinin gerekse ahlakın modern toplumlarda kurallara aykırılığı gidermekte yeteri kadar güçlü bir etkiye sahip olmadıkları sonucunu çıkartabiliriz. Bunun birçok sebebi olduğuna kuşku yok; Turner'ın toplumsal farklılaşmayla birlikte, dini değerlerin toplumsal bütünleşmeyi sağlamakta yetersiz kaldığına ilişkin görüşü bu gerçekliğe parmak basmaktadır.²⁷³ Farklılaşan ve gelişen toplumsal katmanlar arasındaki gerilimlerden doğan sorunların çözümü, dini değerlerden ziyade toplumu bütünüyle kuşatan hukukun ve mahkemelerin görevi haline gelmiştir. Artan sorunlara çözüm bulmadaki yetersizlikten daha önemli bir gerekçeyi bizzat dinin ve büyüün toplumsal işlevinde bulacağımızı düşünüyorum. Gluckman göre, büyü ve din gibi inançlar, toplumsal eşitliği sürdürmeye yarayan bir işleve sahiptir. Din ve büyü özellikle servet farklılıklarına dayalı aşırılıkları kınar, bunun yerine ortalama ve standartlara güçlü bir eğilim sergiler.²⁷⁴ Dini inançlar yalnızca iyi ahlak ve masumiyet istemekle kalmaz, aynı zamanda kişinin başkasına muhtaç olacak kadar fakir olmasını ya da sömürüye dayalı aşırı servet birikiminden kaçınılmasını da ister. Bu durum bireyler arası eşitliği, güçlü bir inançla toplumsal yapıya taşıyacaktır. Ancak dinin, her toplumda dayanışmacı ilişkileri öne çıkardığını söylemek son derece güçtür. Evans-Pritchard'a göre, dayanışmacı ilişkileri destekleyen din söyleminin aksini ispatlamak da pekala mümkündür.²⁷⁵ Bu nedenle iddiayı tam bir kesinlik yerine, sık rastlanan bir olgu olarak kabul etmek daha geçektir. Bir Dobulu için, komşunun ürünleri kendi bahçesinde yetişen ürünlerden daha iyi ise bunun büyüsel hırsızlıkla, başkalarının ürünlerinin çalınması dışında bir izahı yoktur.²⁷⁶ Malinowski'ye göre büyü, kazanılmış hakları ve uzun vadede statükoyu destekleyen, muhafazakar bir güç olması

²⁷² Barton, **Procedure...**, s. 181

²⁷³ Turner, **Ibid.**, s. 433

²⁷⁴ Gluckman, **Politics...**, s. 59, 221

²⁷⁵ E. Evans Pritchard, **İlkelerde Din**, s.90, Çev.: Hüsen Portakal, Öteki, İstanbul, 1998

²⁷⁶ Benedict, **Kültür Örüntüleri**, s.160

yanında, suç işleyen zayıf tabaka insanların cezalandırılmasında, hukukun yanında yer alarak, güçlü üst tabakaların hizmetçiliğini de yapar. Ancak nasıl işlev görürse görsün en büyük özelliği muhafazakarlığı ve statükoya olan vurgusudur.²⁷⁷ Eşitsizliklere karşı çıkan ve yeni eşitsizlikler oluşturmaya karşı duran büyücülüğün,²⁷⁸ bu özellikleri hukuku ve düzeni güçlü bir şekilde desteklemesinin başlıca sebebinin oluşturur.²⁷⁹ Endüstri devriminden sonra Avrupa'da büyü yapma suçlamasının yasa dışı kabul edilmesi örneğini veren Gluckman'a göre eşitlikçi yapının bozulması yolunda önemli bir adım atılmıştır. Çünkü bu düzenleme, kişiler arası eşitsizliği engelleme işlevine sahip önemli bir gücü değersizleştirmiş ve sınıflı toplum yapısına giden yolu açmıştır. O halde toplumsal katmanlaşmanın ilk emareleri ortaya çıktığında, yapılması gereken şey bir çeşit eşitlik ideolojisi üreten inanç ve değerlerin, toplum dışına itilmesi olacaktır. Bu yapılamadığında, yeni toplumsal yapıyla uyumlu bir inanç ve değerler sisteminin oluşturulması yoluna gidilecektir.

Ahlaki değer yargılarının ya da kısaca ahlakın, ilkel toplumlarda kişilerin kurallara uymasında etkin bir rolü olduğu bilinen ve çokça dile getirilen bir gerçekliktir. Alay etme, aşağılama, kınama, küçük görme dedikodu, çekiştirme eleştiri, hicveden şarkılar v.b. usûller aykırı davranışa karşı tepki olarak ortaya konur. Bu usûllerin ortak paydası, ihlalin, ahlaki değer karşısındaki konumunu ortaya koyup, toplumsal değerle davranışı kıyaslayarak, kişinin değer dışılığını vurgulamaktır. Alay ve istihzanın hapis ya da malın yok edilmesi kadar zorlayıcı bir yaptırım olabileceği²⁸⁰ veya kişilerin saygınlığını ellerinden alarak onursuzluğa mahkum etmenin en etkili cezalandırma biçimi olduğu ileri sürülmüştür. Foucault, bir adım atarak kişinin kırbaça dövülmesiyle ayıplanıp aşağılanması arasında bir fark görmez.²⁸¹ Örneklerini biraz sonra sunacağımız birçok ilkel toplumda, ahlaki değerlerin çiğnenmesi, toplumun kişi üzerinde çeşitli yaptırımlar uygulamasına yol açmaktadır. Ancak şu noktayı hiçbir zaman gözden kaçırmamak gerekir; ahlakın etkin bir yaptırım aracı olabilmesi ancak ve ancak aynı ahlaki değerleri içselleştirmiş kişileri bir araya getiren toplumlarda mümkündür. Aynı ahlaki değerlere sahip olmak, çok büyük oranda aynı çıkar grubuna dahil olmayı gerektirdiğinden, nisbeten bir hayli küçük nüfusa sahip, henüz sınıflaşma veya katmanlaşma emareleri göstermeyen oba ve kabile toplumları, üyelerine ortak ahlaki değerleri benimsetme imkanını elinde tutmaktadır. Çünkü bölünmemiş bir bütün olarak, üyelerinin ortak çıkarlarını

²⁷⁷ Malinowski, **Crime...**, s. 93

²⁷⁸ Malinowski, **Yabanıl...**, s. 106

²⁷⁹ Malinowski, **Crime...**, s.98

²⁸⁰ Redfield, **Primitive Law**, s. 16

²⁸¹ Foucault, **Ethics...**, s. 34

temin etmesi imkan dahilindedir. Bu tür toplumlarda ahlakla hukukun yanyanalığı,²⁸² hem hukukun hem ahlakın etkinliğini artıran bir unsurdur. Oysa sanayileşmiş toplumlarda hem hukukla ahlak farklılaşmış hem de birden fazla ahlaki değer ve tutum benimsenmiştir. Bu farklılaşmanın kökeninde, toplumun eşitliğe dayalı bütünlüğünün bozulmasıyla, farklı hatta zıt çıkarılara sahip katmanların oluşması bulunur.

Ahlak, din ve diğer toplumsal standartlar, egemen kültürle sıkı ilişkiler kurduğu için²⁸³ her ne kadar toplumsal iyinin gerçekleştirilmesi peşinde gözükselerde, belli çıkarların hizmetinde olmaktan geri durmazlar. Bir ilkel toplumda, çoğu zaman kişinin çıkarları gurubuyla ortak hareket etmeyi zorunlu kılar. Bütünden ayrı, bütünün dışında veya bütüne rağmen elde edilecek bir menfaat bulunmaz. Böyle bir menfaat olsa bile kişinin bunu muhafaza etmesi imkansızdır. Çevre, nüfus, materyal kültür ve diğer topluluklarla kurulan ittifaklara bağlı olarak ilkel toplumların içsel bütünlüklerini muhafaza edecekleri bir üst sınır vardır. Bu üst sınır aşıldığında, iç farklılaşma yani katmanlı toplum veya bölünmeye dayalı dış farklılaşma ortaya çıkar. Her iki halde ahlaki değerlerin farklılaşması kaçınılmazdır. Kelsen'in de belirttiği gibi farklı ahlaki tutumlar, kaynağını farklı toplumsal katmanlardan, nihayetinde farklı sınıflardan almaktadır.²⁸⁴ Daha sonra ayrıntılı bir şekilde gösterilecek olan tezin temel fikrine göre; kişiler farklı çıkar grupları içinde yaşadıkları için, diğerleriyle olan ilişkilerinde daima farklı kriterler kullanmaktadırlar. Hukukun ve ahlakın farklı prensiplere göre uygulanmasının temel nedeni, farklı toplumsal katmanlara/sınıflara ait olmak, yani farklı çıkar grupları içinde yer almaktır. Hırsızlığı ele alalım; aile bireyleri gibi çıkarları birbirine sıkı sıkıya bağlı, içiçe geçmiş kişiler arasında yapılırsa görmezlikten gelme veya alınan şeyin iadesi yoluna başvurulması ihtimali çok yüksektir. Halbuki aynı suçu bir yabancı işlemiş ise özellikle suçüstü yapılmışsa öldürülmesi pek olağan karşılanacaktır. Aynı fiile gösterilen birbirinden çok farklı iki farklı toplumsal tepkinin kökenini nerede aramalıyız? Biraz önce işaret ettiğimiz gibi farklı toplumsal grupların üyesi olmak, farklı yaptırımların kaynağını oluşturacaktır. Buradan, farklı toplumsal grupların ya da bütünlüklerin, farklı çıkarları temsil ettiği için ahlak ve hukukun farklı uygulandığını, dolayısıyla bu farklılaşmanın kökeninde farklı çıkarların bulunduğu sonucuna ulaşabiliriz. Kadınlara tecavüz etmek tüm toplumlarda hem suç hem de ahlaka aykırı bir eylemdir. Halbuki bir Yanomamö yağma gurubu, düşman kabileden kaçırdığı kadına tecavüz ettiğinde suçlanmak veya kınanmak bir yana taltif edilir. Kadının düşman kabileden olması, davranışın ahlak dışı niteliğini yok etmiştir. Bu

²⁸² Kelsen, *op. cit.*, s. 55

²⁸³ M.T. Özcan, "Etik Değerlendirme ve Sosyo- Etik Grup Yargısı," s. 131, *Argumentum*, C. 1, No: 9 (Nisan) , İstanbul, 1991

²⁸⁴ Kelsen, *op. cit.*, s. 55

örneklerden de anlaşılacağı gibi hem hukuk hem ahlak, birçok durumda toplumsal çıkarların etrafında şekillenmektedir. Bir hukuk kuralı veya ahlâki tutumun izafiliği, bilinç düzeyinde farklı toplumsal gruba ait olmak veya kişinin yabancı oluşu üzerinden meşrulaştırılsa da yakından bir bakış, maddi veya manevi çıkarların davranışlar üzerindeki belirleyiciliğini göz önüne sermektedir.

6. YEMİN :

İlkel insanın tabiat üstü güçlerin daha fazla etkisi altında olduğu düşüncesi yaygındır.²⁸⁵ Gerçektende, gerek günlük hayatta gerek ihtilafların halli konusunda tabiatüstü güçlere sık sık atıfta bulunulduğu gözden kaçmaz.²⁸⁶ Modern hukuk sistemlerinde en büyük ve en karmaşık sorun, iddiaların nasıl ispat edileceği noktasında yoğunlaşır, oysa ilkel insan için bu sorun çok az önem taşır. Nüfus az, ilişkiler yüz yüze, tüm gerginlikler ve tartışmalarda komşu ve akrabaların gözleri önündedir. Böylesine küçük ölçekli toplumlarda hiçbir şeyin gizli kalmayacağı aşikardır. Bu sebeple genel olarak ilkel hukuk için delil sorunu önemli değildir.²⁸⁷ Bir Shoshone'ın söylediği gibi "Onlar burada, gerçekler er ya da geç ortaya çıkar."²⁸⁸

Buna rağmen suçlunun tam olarak tespit edilemediği hallerde tabiat üstüne müracaat edildiği görülür. Bunlardan bir kısmı suç sınaması (Ordeals) adını alır. Gerçeğin ortaya çıkarılması amacına yönelmiş, özel usûllerle icra edilen bir çeşit işkencedir.²⁸⁹ Mesela Kpelle toplumunda "ordeals" veya "şartlı yemine," çelişen şahadetler dolayısıyla, ihtilafın akılcı bir çözüme kavuşturulamadığı hallerde başvurulur.²⁹⁰ Bu ise genel hatlarıyla söylenen sözlerin doğru olduğunun ispatı için, tabiat üstü güçlerin şahitliğine başvurulması şeklinde olur. Söylenenler gerçek değilse bir cezalandırma talebi olabileceği gibi olmayabilir de. Yemin sözleri belirli bir forma sahip olmakla kalmaz, birtakım ritüeller de bu sözlere eşlik eder. Yemin edilirken dudaklar arasındaki pipoya dokunulması veya bir bufalonun kafası üzerine konulmuş oka el sürülmesi, günümüz Amerikan mahkemelerinde İncil üzerine el basılması²⁹¹

²⁸⁵ Redfield, **Primitive Law** s. 14. Önceki toplumlardan farklı olarak modern toplumda bireyin en önemli özelliğinin "rasyonel düşünce" olduğu çok dile getirilmiştir. V. Wagner, **op. cit.**, s. 32

²⁸⁶ Redfield, **Primitive Law**, s. 23 Cf. Barton, **Procedure...**, s.181

²⁸⁷ Hoebel, **Man...**, s. 480

²⁸⁸ Hoebel, **Anthropology...**, s.508

²⁸⁹ Wells, **op. cit.**, s. 154

²⁹⁰ Gibbs, **Law...**, s.185, 204

²⁹¹ Hoebel, **Anthropology...**, s. 510

İbo'ların yeminlerini *ofo* isimli asaları üzerine etmesi,²⁹² veya Türk Mahkemelerinde olduğu gibi ayakta yemin edilmesi ilk akla gelen ritüellerdir.

Yalan yere yemin etmenin ilahi bir misilleme sonucu cezalandırılacağı inancı, yeminin bağlayıcı gücünü oluşturur. Cezanın tanrı tarafından verileceği inancı çok yaygındır.²⁹³ Zaten İlahi karşılık düşüncesi olmaksızın, yeminin hiçbir anlamı da olmayacaktır.²⁹⁴

Yeminin gücünü tam olarak açıklamamıza yardım edecek olan şey, yalan yere yemin ettiğimizde duyduğumuz korku ve gerginlik duygusudur.²⁹⁵ Günümüzde bile varlığını sürdüren korku ve geri çekilme hissinin, ilkel insan için ne kadar dehşet verici ve sınırlayıcı olduğunu örneklerle açıklamak daha yararlıdır: Fildişi Sahili Agui yerlileri, yalan yere yemin edenlerin ata ruhlarınca ya da tanrılarınca öldürüleceğine, Togo yerlileri ise böylelerinin doğrudan Tanrı tarafından öldürüleceğine inanır.²⁹⁶

Klasik görüş, bir yargılama usûlü olarak “yemin”e müracaat etmenin, tabii kaynaklardan, tüm toplum üyelerinin eşit olarak yararlandığı avcı-toplayıcı toplumlar ile göçebe toplumlarda daha az, buna karşılık nüfusun arttığı, tabii kaynaklara ulaşmada çeşitli sınırlamaların getirildiği tarım toplumlarında ise daha fazla olduğu yönündedir. Amerika’da yerleşik avcı- toplayıcı Keresan Pueblo’ları yargılamalarında yemin ya da şartlı yemine yer vermemişlerdir.²⁹⁷ Bu görüş istatistiki çalışmalarla da desteklenmiştir. Profesör Jahn M. Roberts’a göre, ihtilafların çözümünde tabiat üstüne müracaat edilmesine avcı Amerikan yerlilerinde hemen hemen rastlanmazken, tarım ve hayvancılıkla uğraşan Afrika kabileleri bir çok usûle sahiptir.²⁹⁸ Afrika’da yerleşik İbo Toplumundan bir örnek vermek gerekirse; kısmen iktidarı elinde bulunduran Yaşlılar Kurulu’nun başına getirilecek olan kişiye, “Gizlice yargılama yapmayacağına, ihtilafta taraf tutmayacağına, toplumun ya da diğer kişilerin mallarına el atarak servet biriktirmeyeceğine, kamu paralarını şahsı için harcamayacağına dair” Tanrı Ale adına yemin ettirilir.²⁹⁹ Ashanti’de yemine yalnızca yargılama usûlünde başvurulmaz, yükümlülüklerin bağlayıcılığı da yeminle garanti altına alınmaya çalışılır.³⁰⁰ Burada yalan yere yemin etmek, kişinin hayatına mal olan en büyük suçlardan biri kabul edilmiştir. Taraflardan birinin tanrının yasaklanmış ismi üzerine yemin etmesiyle ihtilafın

²⁹² Meek, *Ibid.*, s.248

²⁹³ Wells, *op. cit.*, s. 154

²⁹⁴ Kelsen, *op. cit.*, s. 189-190

²⁹⁵ Redfield, *Primitive Law*, s. 20

²⁹⁶ Kelsen, *op. cit.*, s. 111

²⁹⁷ Hoebel, *Keresan...*, s. 109

²⁹⁸ Hoebel, *Anthropology...*, s. 510

²⁹⁹ Meek, *Ibid.*, s.252

³⁰⁰ Redfield, *Primitive Law*, s. 22

niteliği derhal değişir ve Kral mahkemesine taşınır.³⁰¹ Yine bir Afrika kabilesi olan Tswana'da yargılama öncesi ve sonrası yemin usûlü olmadığı gibi, işkence vb. usûllere de başvurulmaz. Mahkemede herkesin gerçeği söylemesi beklenir.³⁰² Kalinga'da şahitlik için özel bir yemin usûlü öngörülmemiştir. Ancak ağır bir suçun reddi söz konusu ise “Suç işlemiş isem; gözüm kör olsun, yahut nehirde boğulayım”³⁰³ şeklinde yemin edilir.

Bir soylunun 200 peso gibi çok yüksek miktardaki parası çalındığında yöre halkı bir yere toplanmış ve herkes “Eğer parayı ben çalmışsam gözüm kör olsun” şeklinde yemin etmiş, buna rağmen paranın ya da hırsızın izine rastlanmamıştır.³⁰⁴

Filipinler'de yerleşik Müslüman Yakan toplumunda yemine çok önem atfedilir. Taraflar iddialarının doğruluğunu ispat etmek için dinsel bir törenle Kur'an üzerine yemin ederler. Kimin haklı olduğuna Tanrı karar verecektir. Yalan yere yemin eden kişi ve akrabaları, öldürücü hastalık ve belalarla cezalandırılacaktır. Kişi, haksız yere suçlamada bulunan kişiden yemin etmesini isteyerek kendini koruyabilir. Hastalığın yalnızca yalan yere yemin eden kişiye değil akrabalarına da bulaşacağı korkusu, masum olduğuna inanılmayan yakınlarla verilen desteğin yemin etme aşamasına gelince geri çekilmesine neden olur.³⁰⁵

Klasik görüşün ikinci önermesi, ilkinden moderne evrilen hukukun belirli bir noktadan sonra tabiat üstüne atıfta bulunmaktan tamamen vazgeçerek, yargılama usûlünün bütünüyle rasyonelleşecek olmasıdır. Ancak Türk Hukukundan biraz sonra vereceğimiz örnekler tam bir rasyonelleşmenin 21.y.y. modern hukukları için bile mümkün olmadığını gösterecektir. Hoebel'in modern ve akılcı toplumlarda yeminin öneminin azaldığı³⁰⁶ görüşüne katılmakla birlikte yeminin modern hukuklar için de önemini korumaya devam edeceğini söyleyebiliriz. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, yeminin şeklini düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda kesin ve bağlayıcı delil olma vasfını vererek niteliğini de göstermiştir. Kuru'ya göre yemin kesin delil olduğu için yargılama hukukunda çok önemli bir yer tutar; mahkemede taraflardan biri, vakianın doğruluğu üzerine yemin etmiş ise artık başka bir delil aranmaksızın o hususun kesin olarak ispat edilmiş olduğu kabul edilir.³⁰⁷

Görüldüğü gibi Usûl Hukukumuz yalnızca tabiat üstüne açıkça atıfta bulunmakla kalmamakta, aynı zamanda ona, hukuk düzeninin öngördüğü en üst derece ispat vasıtası olan kesin delil niteliğini vermektedir. Bu haliyle yeminin, günümüzde bile iddiaların ispat

³⁰¹ Hoebel, *Man...*, s. 477

³⁰² Schapera, *Tswana...*, s.289

³⁰³ Barton, *The Kalingas...*, s.228

³⁰⁴ *Ibid.*, s.229

³⁰⁵ Frake, *Ibid.*, s.163

³⁰⁶ Hoebel, *Anthropology...*, s.511

³⁰⁷ B. Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, c.II, s. 1711, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980. Cf. Üstündağ, *op. cit.*,

edilmesi noktasında vazgeçilmez bir öneme sahip olduğu açıktır. Öte yandan gerek Türk Hukukunda gerekse diğer modern hukuk sistemlerinde tabiat üstüne atıfta bulunma yalnızca Usûl Hukukunda yer alan yeminle sınırlı değildir. H.U.M.K. 264 “Şahidin Yeminini,” düzenlerken, T.C.K. 287. Maddesi “yalan yere yemin” suçunu tarif edip hapis cezası öngörmüştür.³⁰⁸

Yine Avukatlık, Doktorluk (Hipokrat Yemininin neredeyse evrensel nitelikte olduğunu söyleyebiliriz), Hakimlik gibi meslekler ile Cumhurbaşkanlığı, Millet Vekilliği gibi belirli bazı görevlere ancak özel ritüeller eşliğinde yapılan yeminle başlanabilmektedir. Sayılan mesleklere ilişkin, sıkı bir cezai ve hukuki sorumluluk düzenlemesi yapılmış olmasına rağmen bu yeterli görülmemiş, meslek mensuplarından vicdanın sesi ile kutsalın çağrısına da kulak vermesi talep edilmiştir.

Bütün bu verileri nasıl yorumlamamız gerekir ? İlkel hukuk kurallarının modern hukuk kuralları kadar akılcı olduğu veya tersi iddia edilebilir mi ? İndirgemeci yaklaşımlardan kaçınarak, ne ilkel insanın tam bir teolojik zihne, dolayısıyla mantık dışı bir hukuka sahip olduğunu ne de günümüz hukukunun bütünüyle rasyonel kalıplara oturduğunu söylemek mümkündür. İlkel insanın daha fazla tabiat üstü ve aşkın dünya korkusuyla hareket ettiği, günümüzde ise bu tür saiklerin azalmakla birlikte varlıklarını korumaya devam ettiğini söylemek en doğrusu olacaktır. Çünkü, ilkel yargılama usûllerinde akılcı ve delilleri değerlendirmeye yönelik uygulamaların yer almasına karşılık, günümüzde bile büyü suçlamalarına dayalı cinayetler işlenmeye devam etmektedir. Sonuç olarak; ilkel insanının tabiatüstü güçlerin esiri olduğunu söylemek, modern insanın tamamen rasyonel düşünceyle hareket ettiğini söylemek kadar yanlış olacaktır.

Yemin, kehanet, şartlı lanet, itiraf elde etmek için işkence (ordeals) gibi metotlarla birlikte ilkel hukukun tabiatüstü yasal araçları arasında³⁰⁹ sayılmıştır. Ancak biraz önce gösterdiğimiz gibi yemin, yalnızca ilkel yargılama usûlünün bir aracı değildir. Birçok değişime ve belki de anlam kaymasına rağmen modern hukuk sistemlerinde kendisine yer bulabilmiştir.

Ancak birçok antropoloğun fikir birliği ettiği nokta, işkence tatbikatının pek yaygın bir yargılama usûlü olmadığıdır. Aksine işkence günümüz hukuk uygulamalarında o kadar sık ve sistematik olarak uygulanmaktadır ki sorgulanan bireyleri korumak için hem ceza kanununa hem ceza usûl kanunlarına hükümler konulmuştur. Bir örnek vermek gerekirse

s. 666-671

³⁰⁸ Önder, *op. cit.*, s. 100

³⁰⁹ Hoebel, *Anthropology...*, s. 509

C.M.U.K. 135 yasa dışı yollarla elde edilen delillerin yargılamada sanığın aleyhine kullanılmayacağı hükmünü getirmiştir. T.C.K. Madde 243 ise Hükümet Memurlarının işledikleri işkence ve kötü muamele suçunu düzenlemiştir. Bu hükmün işkenceyi kesin olarak yasakladığı ve günümüzde gayri insanı bu usûlün artık yargılama sürecinden çıkarıldığı itirazına karşı bizzat bu maddenin işkencenin bir yargılama usûlü olarak kullanıla geldiğinin ispatı olduğunu söyleyebiliriz. Günümüz Türkiye'si yargılama pratiğinden hiç bahsetmeden, işkencenin bir yargılama usûlü olarak meşruluğunun hukuk çevrelerinde bile tartışıldığı söylenmelidir. İşkencenin kendisiyle değil kime karşı yapıldığıyla ilgilendiği için, yabancı ve düşmanlara tatbik edilmesi halinde, hiçbir zaman önemli bir sorun olarak görülmeyecektir. Amerikan işgal güçlerinin Iraklılara veya İsrail'de iç güvenlikten sorumlu Şabak isimli istihbarat örgütünün Filistinlilere uyguladığı işkencenin, kendi toplumlari nezdinde olağan karşılanması buna bir örnek teşkil eder.³¹⁰

7. SUÇ SINAMASI (ORDEALS) :

Gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla özel ritüeller eşliğinde icra edilen bir çeşit işkence tatbikatıdır.³¹¹ İlahi ya da insanüstü bir gücün, yargılamaya müdahale ederek sanığın suçlu mu yoksa masum mu olduğuna işaret edeceği ilkesine dayanır. İlahi müdahalenin her zaman masum kişinin lehine olacağı kabul edilir.³¹²

Tewksbury ve Hoebel'a göre yargılama için yeterli kanıtın bulunmadığı ya da suçun ispatının mümkün olmadığı hallerde bu usûle başvurulur.³¹³ Korkak bir hakimin şüphelerini yenmesi ve hızlı kararlar alması, tanrıya müracaattan başka bir yolun kalmadığı bu usûlle mümkündür.³¹⁴ İbolar muhakeme bitip, deliller toplandıktan sonra sorun hala aydınlatılmamış ise ya yemin veya işkence yoluna başvurur.³¹⁵

Amerika'da daha az Afrika'da daha sık başvuru olan bir yargılama usûlüdür. Ortaçağ Avrupa'sında bu tür uygulamaların sık sık yapılmasının temelinde, İsa Tanrının seçilmiş nesnelere aracılığıyla tabiata müdahalede bulunacağına dair yaygın inançlar bulunmaktaydı. Meydanda bir haçın önünde suçlayan ve suçlanan ellerini havaya kaldırarak bekler. En uzun süre o şekilde kalan masumdur. Taraflar uzun süre aynı konumda kalırlarsa küçük bir

³¹⁰ R. Garaudy, *İsrail, Mitler ve Terör*, s.274, Pınar, İstanbul, 1997

³¹¹ Wells, *op. cit.*, s.154

³¹² W.J. Tewksbury, *The Ordeal as a Vehicle for a Divine Intervention in Medieval Europe*, s.267, in *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

³¹³ Hoebel, *Man...*, s. 480

³¹⁴ Tewksbury, *Ibid.*, s.267

³¹⁵ Meek, *Ibid.*, s.253

müdahale sonucu belirler.³¹⁶ Warner'a göre bu tür usûllerin Afrika'da başarıyla uygulanmasının ardında uygulamaya olan kesin inanç yatar. Örneğin Liberya halkı, suç sınaması yoluyla yapılan yargılamanın sonucuna ilişkin en küçük şüphe bile duymaz.³¹⁷ En sık rastlanan suç sınamalarına aşağıda örnekler verilmiştir.

a) Sıcak Bıçak Yargılaması:

Ifugaolar sıcak demirle dağlama tekniğini kullanır.³¹⁸ Birbirini suçlayan taraflar ellerini yan yana koyduklarında, yukardan bırakılacak sıcak bir bıçağın masum eli yaralamayacağını, suçlu kişiyi ise çok ciddi biçimde yaralayacağına inanılır. Tek zanlı var ise bu halde bıçak aşağı düşerken yön değiştirerek masum kişiyi koruyacaktır. İnanca göre, sıcak bıçak suçluların ellerini büyük bir arzuyla tutar ve yaralar.³¹⁹

Surinam Djukaları arasında uygulama, *Akondra* adıyla bilinir. Karısının zina ettiğinden kuşkulanan Asindo isimli yerli, *Akondra* uygulanmasını istemiştir. Kor haline gelinceye kadar ısıtılmış bir bıçak sarmaşığa bağlanarak, kadının eli üzerine bırakılmış, sarmaşık kopmadığı için kadının masumiyeti ispat edilmiştir. Koca, buna rağmen tatmin olmamış ve karısından ayrılmıştır. Kadının masum olmadığını düşünenler, *Akondra* uygulayan kişinin, baba tarafından kadının akrabası olduğunu, kadının masumiyetine inandığı içinde sonucu ayarladığını, kimi de kadının büyü yaparak testi yanılttığını mırıldanmıştır. Buna rağmen hiç kimsenin, *Akondra* yargılamasına olan inancı zayıflamamıştır.³²⁰

Bu yargılamanın arka planında savaş ve barış tanrılarının masum kişinin yaralanmasına izin vermeyeceklerine ilişkin derin inanç vardır. Bu inancı paylaşmayanlar için böyle bir yargılamanın sonuçları hiçbir şekilde kabul edilebilir olmayacaktır.

b) Köpek Balığı Testi:

Polinezya Tongaları köpek balıklarının masum insanları ısırılmayacaklarına inanır. Bu inanış, hayvanların suç işlemeyen insanlara zarar vermeyeceği yahut yalnızca suçlu insanlara saldıracaklarına ilişkin ilkel zihnin sahip olduğu daha geniş bir inancın parçasını oluşturur. Hırsızlık veya başkaca suç işlediği düşünülen kişiler, köpek balıklarının bol olduğu denize

³¹⁶ Tewksbury, *Ibid.*, s. 269

³¹⁷ E. Warner, *A Liberian Ordeal*, s. 272, *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

³¹⁸ Hoebel, *Anthropology...*, s.510

³¹⁹ Barton, *Procedure...*, s.167

³²⁰ Köbben, *Ibid.*, s.124

atılır. Köpek balıklarının parçalayıp öldürdüğü yahut yaraladığı kişilerin, suçluluğunun ispat edildiği ve bu şekilde cezalarını çektikleri kabul edilir.³²¹

Bazı Filipin yerlileri “davalı” ve “davacıyı” bağlayıp nehre atar. İlk su yüzeyine çıkan kişi “suçlu” ilan edilir.³²²

c) Dayak ve Bedeni Zorlamalar:

Comanche erkeği kuşkulandığı karısından itiraf elde etmek için birkaç çeşit işkence uygulayabilir: Birincisi boğazını sıkarak nefessiz bırakıp konuşmaya razı etmek, ikincisi kırbaçlamak, bir diğeri de elini bir ateşin üzerinde tutarak yakmaktır.³²³ İtiraf bu toplumda büyü dışındaki biricik delil olduğu için, uygulamaya sık rastlanır. Hoebel’a göre 23 zina vakasından 6 tanesinde, söylenen işkencelerin bir veya birkaçı uygulanmıştır.³²⁴

d) Kpesiye:

Togo halkı delilleri çürütmek için zanlıdan, kaynar yağla doldurulmuş kazanın içinden metal bir zili almasını ister. Kişi yaralanırsa suçludur ve öldürülecektir. Elini yaralamadan zili alırsa masumdur, bu kez suçlamayı yapan öldürülür.³²⁵

Kalinga’da *ordeal* ustaları ya içi kaynar su dolu tencereden yumurtaları çıplak elle kırmadan alma, yahut çiğ pirinç çiğneme tekniği kullanmaktadırlar.³²⁶

e) Zehirli İçkiyle Yargılama:

Birçok toplum, hazırladığı zehirli sıvıyı zanlıya içirerek, kişinin masum olup olmadığı hususunu açıklığa kavuşturmaya çalışır. Usûl, zehrin şuurlu bir varlık olduğu ve suçlu kişinin içindeki kötülüğü arayıp bulacağı³²⁷ mantığına dayanır. Kişi kötü ya da suçlu değilse zehir hiçbir zarar vermeyecek, böylece masumiyet ispatlanmış olacaktır.

Afrika Cagga’ları kişinin masum olup olmadığını, kabile şefinin hazırladığı *datura* adlı zehirli içkiyi zanlıya içirerek anlamaya çalışır. Kişi, zehirli içkiyi hemen kusarsa kurtulur

³²¹ Kelsen, *op. cit.*, s. 83

³²² Hoebel, *Anthropology...*, s. 510 Kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesinde, nehrin yargıçlığına başvurmanın tarihi çok eskilere dayanmaktadır. Hammurabi Kanunlarının V. Kolon ikinci ayrımında yer alan “büyücülük suçlarında,” kişinin nehre atılarak yargılanacağı, hüküm altına alınmıştır. V. Mebrure Tosun-Kadriye Yalvaç, *op. cit.*, s. 185

³²³ Hoebel, *Man...*, s. 480 - Hoebel, *Law-Ways...*, s. 201

³²⁴ Hoebel, *Law-Ways...*, s. 201

³²⁵ Verdier, *Ibid.*, s. 146

³²⁶ Barton, *The Kalingas...*, s. 229

³²⁷ Kelsen, *op. cit.*, s.38

ve masum olduğu ortaya çıkar. Aksi halde suçludur ve ölecektir.³²⁸ Afrika Aşantileri de bu amaçla zehirli bira kullanır; birayı içen kişi kusarsa “masumdur,” kusmamışsa ölecektir. Bu delil yeterlidir.³²⁹

Liberya’da Sasswood ağacının zehirli yapraklarından yapılan karışım sanığa içirilir. Kişi suçlu ise zehir onu yakalayıp öldürecektir. Masum ise midesi ona yardım edecek ve kusacaktır, böylece masumiyet ispat edilmiş olur.³³⁰ Yargılama sırasında verilen sıvı, Amerikalı doktorlarca test edilmiş ve öldürücü olduğu görülmüştür. Buna rağmen sıvıyı içen kadın bir rahatsızlık belirtisi göstermemiştir.³³¹

Tüm suç sına tekniklerine genel bir bakış attığımızda birkaç noktanın öne çıktığı görülür. Bunlardan birkaçını sıralayalım: İlk husus suç sınamasına, ancak yeterli delil ve şahidin bulunamaması veya eldeki verilerin çelişkili olması halinde başvurulmasıdır. Dolayısıyla yargılamanın, belirgin bir tutarlılığa sahip olduğu söylenebilir. Şayet kadın, aşıyla birlikte ormanda görülmüş ise artık suç sınaması değil tazminatın miktarı konuşulacaktır. Bir diğer nokta, sınamanın sonucuna olan kesin inançtır. Kişilerin, tabiat ve topluma ilişkin diğer inançlarının bir parçası olduğu için, yargılama ve toplumsal değerler arasındaki uyum, sonuca olan kesin teslimiyetin kaynağını oluşturur. Son olarak şunu belirtebiliriz; toplumun adalet duygusu, suç sınamasından ne kadar tatmin olmaktadır? Birçok örnekten de anlaşılacağı üzere, usûle olan kesin inanç, sonuçtan alınan tatmin duygusunun kaynağını oluşturmaktadır. Aksi halde, köpek balıklarının parçaladığı kişilerin masum olduğuna ilişkin tartışmaların literatüre gitmesi gerekirdi. Ancak bir iki istisna dışında, sapkın düşüncelere toplumun izin vermediğini görüyoruz.

Tamamen inanç ve değerlerin gölgesinde kalmış hukuk tatbikatına ilişkin söyleyeceklerimizi burada sonlandırarak, çalışmanın ana teması olan hukuk çıkar ilişkilerinin gösterileceği son bölüme geçiyoruz. Toplumsal yapının bütünüyle karşılıklılık ilkesi tarafından belirlendiği düşünüldüğünde, hukukun da bu ilke etrafında şekilleneceği açıktır. İlkel zihin toplumsal yapıyı, akrabalık ilkesine göre düzenleyerek hukuku, akrabalık yapısının bir değişkeni olarak izafi hale getirmiştir. Ancak akrabalık bir soyutlama, gerçeğin keyfi

³²⁸ Wells, *op. cit.*, s. 154-155

³²⁹ Hoebel, *Anthropology...*, s. 510

³³⁰ Warner, *Ibid.*, s. 272

³³¹ *Ibid.*, s.272

bir temsili olduğuna göre hukukun, çıkar dışında nesnel bir temeli kalmamaktadır. Kısa bir girişten sonra, konunun ayrıntılarını görebiliriz.



IV. BÖLÜM:

HUKUKUN UYGULANMA BİÇİMİ OLARAK KARŞILIKLILIK İLKESİ

A) TOPLUMSAL YAPI:

Nerede örgütlenmiş bir toplum varsa, insanların birbirleriyle olan fiili ilişkileri sonucu toplumsal kurallar oluşur¹ ve insanlar, kurallardan oluşan toplumsal ilişkiler ağıyla birbirine bağlanır. İşte insanlar arasında fiilen varolan ilişkiler ağı “toplumsal yapı” olarak tanımlanmıştır.² Olgular arasındaki sürekliliği ve insanlar arasındaki ilişkilerin istikrarını sağlayan yapı,³ bir kültürel düzenin simgesel bağıntılarından⁴ Evans- Pritchard’a göre toplumsal yapı kavramı, kişilerin kendisine göre ilişkilerini düzenlediği, az çok sürekliliği olan, uyumlaştırma işlevine sahip ve birçok alt sistemleri olan bütüncül bir durumu ifade eder. Akrabalık, ekonomi, dini ve siyasi düzen, toplumsal yapıyı oluşturan ilişkiler toplamıdır.⁵ Toplumsal ilişkiler, aile, pazar, liderlik gibi kurumlar etrafında düzenlenmektedir ve bu kurumların işlevlerine baktığımızda yapının devamına ilişkin rolleri olduğunu görürüz.

Radcliffe-Brown, Evans-Pritchard’ın yapı kavramıyla yalnızca ulus, klan, kabile gibi devamlılık arz eden grupları ifade etmek için kullandığını, oysa kendi yapı kavramının bunlardan fazlasını içerdiğini belirtir. Buna göre insanlar arası ikili ilişkiler, mesela aile içinde anne-oğul veya tüm hısımlık ilişkileri yapı kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bunların yanında yazarın, yapı kavramına kişilerin ve sınıfların farklılaşan toplumsal rolleri aracılığıyla kurdukları ilişkileri de dahil ettiğini görüyoruz. Şef ve avamın, erkek ve kadının, işçi ve işverenlerin farklı sosyal konumları, tıpkı farklı klan ya da ulusa mensup olmaları gibi aralarındaki ilişkilerin belirleyicisi konumundadır.⁶

Belirli bir zamanda belli insanlar arasında fiilen mevcut ilişkiler toplamı, toplumsal yapı kavramının somut konusunu oluşturur.⁷ Yapısalcı bakış, ilişkiler ağını “zaman” kavramından soyutlayarak,⁸ değişim yerine sürekliliğe ve sabit olana bakışlarını çevirir.

¹ Şerif, *op. cit.*, s. 76-155

² Radcliffe- Brown, *Toplumsal Yapı*, s. 123

³ M. Augé, *Çağdaş Dünyaların Antropolojisi*, s. 14, Çev., Hülya Tufan, Kesit, İstanbul, 1995

⁴ Sahlins, *Tarih Adaları*, s. 12

⁵ Evans Pritchard, *Sosyal...*, s.28-29

⁶ Radcliffe- Brown, *Toplumsal Yapı*, s.124

⁷ *Ibid.*, s.124

⁸ J. Fabian, *Zaman ve Öteki*, s. 80, Çev.: Selçuk Budak, Bilim ve Sanat, Ankara, 1999. Rosaldo’ya göre de;

Kişiler bir toplumun, ekonomi, ahlak, din, hukuk, dil ve siyasi kurumlar gibi yapıları içinde doğar. Yapısal-İşlevcilerin temel argümanı, bu kurumların bireyleri belirlediği şeklindedir.⁹ Yapılar bireyle oluşmadıkları gibi onun ölümüyle de son bulmazlar. Yapı kavramının dışsallık ve süreklilik unsuru, kişinin iradesi üzerinde yer alarak, daha sonra yaptırımları incelerken göreceğimiz gibi, kendi kurallarını düzen adına bireylere dayatır. Kurallar, bunları icra eden bireylerden daha büyüktür ve uygulayanlardan bağımsız olarak kendi varlıklarını geliştirirler.¹⁰ Toplumsal yapı kavramının zorunlu ve bütüncül karakteri, kişiler üzerinde uygulanan yaptırımların temelindeki mantığı oluşturur.¹¹

Yapı kavramının üzerinde tam bir mutabakat oluşmasını engelleyen husus yukarda sözü edilen temel kültürel olguların tarih içindeki serüvenidir. Kültürün zamana dayanıklı ve değişmediği kabul edilen yanına –yapı- mı, yoksa zamanın akışı içinde birbirini izleyen olaylarla kendini açığa vuran hareketli gelişimi ifade eden yanına –tarih- mi ağırlık verilecektir. Sahlins’in çözümüne göre; tarih ve yapının birbirini dışladığını veya olumsuzladığını söyleyemeyiz. Çünkü simgesel eylemler, doğaları gereği art sürem –zaman- ile eş süremi –yapı- çözülmez bir bireşim halinde içlerinde barındırırlar. Her bir simgesel eylem, kaçılmaz bir geçmiş ile indirgenemez bir şimdinin birlikteliğidir. Geçmiş, yani zaman, her bir davranışı belirleyen kültür aracılığıyla, eylemin biricikliği indirgenemez yapısıyla simgesel eyleme katılır.¹²

Toplumsal ilişkilerin kendileri aracılığıyla sürdürüldüğü ahlak, din, hukuk, eğitim ve siyasal kurumlar karmaşık toplumsal yapının alt parçalarını oluşturur. Bunların her biri soyut, tecrit edilmiş durağan varlıklar olmayıp, kişi ve grupların birbirleriyle ilişkilerinden etkilenen aynı zamanda bu ilişkileri düzenleyen yapılardır.¹³ Gerçekte kişi ve toplum uzlaşmaz karşıtlar değildir çünkü kültür/toplum kişiye kendini gerçekleştireceği hammaddeyi sunar. Bu ilişkinin niteliği, kişilerin sıkıntı veya başarılarının sınırlarını belirleyecektir.¹⁴ Bir yapıyı kavramak toplumsal değişimin mantığını anlamakla mümkündür.¹⁵ Hukuk da toplumsal yapıyı oluşturan mekanizmanın bir parçasıdır.¹⁶ Kültürün sürdürülmesi ve şekillenmesi sürecinde en işlevsel

zamansız, geleneksel kültür kavramı, zaman içinde değişen batının, kendini yüceltme ve kutsama referansı olurken aynı zamanda diğer toplumların sömürülmesi için meşruiyet üretir. R. Rosaldo, **Culture and Truth: The Erosion of Classic Norms**, s.476-478, **Encountering Cultures; Reading and Writing in a Changing World**, Ed., Richard Holton, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1992

⁹ U. Beck, **Siyasallığın İcadı**, Çev.: Nihat Ülner, İletişim, İstanbul, 1999

¹⁰ Gluckman, **Politics...**, s. 300

¹¹ Evans Pritchard, **Sosyal...**, s.64-65

¹² Sahlins, **Tarih Adaları**, s.154

¹³ Radcliffe- Brown, **Toplumsal Yapı**, s.127

¹⁴ Benedict, **Kültür Örüntüleri**, s. 255

¹⁵ Augé, **op. cit.**, s. 14

¹⁶ Malinowski, **Crime...**, s.59

ve en önemli araçlardan birini oluşturur.¹⁷ Üstelik toplumsal değerlerin yalnızca pasif bir aynası değildir. Bundan çok daha fazlasını üstlenmiş ve kurucu unsur olarak toplumsal yapı içinde yerini almıştır. Tutarlı değerlere sahip bir toplum, kendini mantıklı bir hukukla açığa vururken adaletsiz değerlere sahip bir toplum kendini adil olmayan bir hukukla yansıtabilir.¹⁸ Bu nedenle bir toplumun hukuk yapısı ancak toplumsal yapısıyla olan ilişkisi tam olarak incelendiğinde anlaşılabilir. Tersine bir toplumun yapısının tam olarak anlaşılması da hukuk kurumlarının incelenmesini gerektirir.¹⁹

B) TOPLUMSAL YAPININ TEMELİ OLARAK KARŞILIKLILIK İLKESİ:

Antropolog Lévi-Strauss'a göre toplum, malların, kadınların ve sözün mübadele edildiği bir yapı olarak kurgulanabilir. Bu üç iletişim biçiminden kadın ve mal mübadelesini anlamamızı sağlayacak anahtar kelime "Karşılıklılık"tır. Kadın mübadelesini düzenleyen karşılıklılık ilkesi, karşımıza katı bir kural olarak çıkar: Ensest yasağı. Yasak, kadın mübadelesinde karşılıklılığın sınırını çizerek hangi kadınların hangi erkekler arasında mübadele edilebileceğini belirler.²⁰ İçeriği değişikliğe uğramakla birlikte her toplum hangi kadınlarla cinsel ilişkiye giremeyeceğini kesin bir dille ifade eder. Özünde ensest yasağı bulunan evlilik biçimleri, insan grupları arasında dayanışmanın ve iletişimin en önemli kanallarından birini oluşturur. İnsan toplumunun temelinde yer alan yasadır, bir anlamda toplumdur.²¹ Bu yasadır günümüzde çok dar bir alana hapsedilmiş olup, kişiye sınırsız sayılabilecek oranda eş bulma, dolayısıyla diğer insan gruplarıyla iletişime geçme imkanı sunmaktadır.

Toplumsal yapıyı oluşturan ikinci iletişim biçimi mal mübadelesidir. Üretilen malların toplum içinde ve toplumlar arasında hangi ilkelere göre el değiştirdiğine baktığımızda yine aynı kuralın karşımıza çıktığını görürüz. İlke, üç farklı düzlemde mal akışını kontrol etmektedir: Genelleştirilmiş, Dengelenmiş ve Negatif Karşılıklılık. Bu dizi, mübadelenin en yakından en uzaktakilere hangi şartlarla yapılacağını göstermektedir. Akrabalığın yakınlık derecesi arttıkça dayanışma ve dostluk yoğunlaşmakta, tersine uzak akrabalarla ilişkiler zayıflarken dayanışma azalmaktadır.²² Buna bağlı olarak ihtiyaç duyulan malların, kişiler

¹⁷ Hoebel, *Man...*, s. 482

¹⁸ Geertz, *op. cit.*, s. 217- 218

¹⁹ Radcliffe-Brown, *Structure...*, s. 199

²⁰ Lévi-Strauss, *The Elementary...*, s. 445

²¹ Lévi-Strauss, *Structural...*, s. 19, Volume:2

²² Cemal, *op. cit.*, s. 188

arasındaki akışı da değiştirmektedir. Biraz sonra göreceğimiz gibi, malların el değiştirmesi kesinlikle gelişigüzel veya tesadüfi olmamakta, aksine son derece sağlam bir toplumsal mantığa yaslanmaktadır. En yakınlar, en çok gözetilip en çok desteklenen kişiler olurken, gerek akrabalık gerek yerleşim birimine bağlı olarak mesafe arttıkça, çıkar hesapları açıktan ve gerekirse diğerine rağmen yapılmaktadır. Kottak'a göre karşılıklılık ilkesi, eşit toplumsal statüye sahip kişiler arasındaki mal mübadelesini düzenlediği için, kabile ve şeflik düzeninde yaşayan eşitlikçi toplumlarda daha yaygındır.²³

Genel olarak İlkel toplumların kendilerine yettikleri ve otarşik yapılara sahip oldukları kabul gören bir görüştür. Çünkü iktisaden kendine yeterli olmanın, siyasi özerkliğin sürdürülmesi için zorunlu olduğu bu toplumlarca bilinmeyen bir şey değildir.²⁴ Basit materyal kültür ve teknolojileri nedeniyle, ilkel toplumların üretimde uzmanlaşmaları mümkün olmaz. Ancak siyasal ittifakların kurulmasında mübadelenin önemi nedeniyle bir takım objeler kasten üretilmez ve sanal bir ihtiyaç yaratılır; mübadele için sebep oluşturma gayreti açıktır.²⁵ Uzak komşularla yapılacak alışverişlerde, ihtiyaçların giderilmesi yanında ittifak kurulacak dostlar tespit edilir. Böylece toplumun en büyük ihtiyacı olan güvenlikle mübadele arasında, doğrudan ilişki kurulur.

Ekonomiden hukuka evlilikten armağan vermeye kadar toplumsal yapının içinde yer alan bir çok kurumun, karşılıklılık ilkesine göre açıklanması, birçok zihinde tüm toplumsal olguların tek bir anahtar ilkeyle değerlendirilmesi ne kadar doğru olur kuşkusuyla karşılanacaktır. Ne var ki Hoebel gibi kimi yazarlar bütün toplumsal ilişkilerin kökeninde karşılıklılık ilkesi olduğunu kabul etmektedir.²⁶ Antropolojinin bize sunduğu veriler tüm akrabalık sistemlerinin ve normatif düzenlemelerin nihai olarak Karşılıklılık ilkesine dayandığını;²⁷ ilkenin tüm akrabalık ilişkilerinin belirleyicisi ve yönlendiricisi konumunda²⁸ olduğunu göstermektedir. İlkel toplumsal yapının anahtarını, karşılıklılık ilkesinde bulacağımızdan hiç şüphe yoktur. Hatta yalnızca toplumsal ilişkilerin değil, ilkelin tüm korkularına rağmen tabiatla ve Tanrılarla olan ilişkisinin bile “ver ki vereyim” (do ut des) ilkesine yaslandığı, tanrılara adak sunmanın mantığının, en eski zamanlardan bu yana ilkel toplumun temel ilkesi olan misilleme ilkesiyle (retribution) tutarlı olduğu²⁹ iddiası kuşkuları kısmen de olsa dağıtacaktır. Akal da, nihai olarak toplumsal düzenin devamını

²³ Kottak, *Antropoloji...*, s.378

²⁴ Clastres, *op. cit.*, s. 132-133

²⁵ Chagnon, *op. cit.*, s. 116, 308.

²⁶ Hoebel, *Man...*, s. 515

²⁷ Lévi-Strauss, *Structural...*, s. 20, Volume 2,

²⁸ Malinowski, *Crime...*, s.47

²⁹ Kelsen, *op. cit.*, s. 66

sağlamaya yönelik kurban sunumunu, kutsal ve kutsal olmayan alan arasında bir köprü, bir mübadele olarak görmektedir.³⁰ Mübadele olduğu içindir ki bir dengeye, bir karşılıklılığa dayanır ve bu nedenle tüm kutsallık örtüsüne rağmen vermek kadar alma beklentisini içerir.

1 . GENELLEŞTİRİLMİŞ KARŞILIKLILIK:

Birinci düzlemde; Kişiler arasındaki ilişkilerin hakim rengini dayanışma, sadakat ve ortak ekonomik çıkarlar oluşturur. Bireyin ailesi, en yakın akraba ve arkadaşları bu düzlemde yer alır. Kişinin, en yakınlarıyla yaptığı mübadelelerde, genelleştirilmiş karşılıklılık ilkesi hakimdir. Buna göre verilen gıda, süs eşyaları, el aletleri vb. karşılığında alınan eşyalar için kesin bir hesap yapılmadığı gibi karşı edim de belirli olmayan ileri bir tarihte ödenecektir.³¹ Somut ya da derhal bir karşılık beklenilmeden verilen her türlü nesne, iktisadi nitelikten çok kişiler arasındaki güçlü bağların ifadesidir. Aile, insanların mübadele ederken sürekli gözettiği, karşılıklılık beklentisinin askıya alındığı alandır.³² Fedakarlık, diğer tüm beklenti ve güdülerin önüne geçmiş ve ilişkiye hakim olmuştur.³³ Ailenin birleştirici ve koruyucu şemsiyesi, kişinin saldırı ve her tür sömürüye karşı en büyük güvencesini oluşturur. Ortak ekonomik çıkarlara sahip olunduğu için de mübadelede kâr amacı güdülmez.³⁴ Toplumun genelinden farklı, daha sık, daha yoğun, daha çok fedakarlığın yapıldığı ilişki biçimidir. Öyle ki birçok avcı-toplayıcı toplum dilinde “teşekkür etmek” fiiline rastlanmaz³⁵ çünkü ilişki biçimleri bunu gereksiz kılmaktadır. Kottak bir adım daha atarak avcı- toplayıcı ilkeller arasında genelleştirilmiş karşılıklılığın hakim olması nedeniyle dengelenmiş karşılıklılığın olmadığını³⁶ iddia etmektedir. Bu görüşün oldukça abartılı olduğunu söylememize bile gerek yok. Zira Eskimo toplumunda dahi av, tam bir eşitlik yerine yakınlık derecesine göre farklılaşan oranlara göre paylaşılır. Bu ise çok bilinen genelleştirilmiş veya dengelenmiş forma uygun düşer. Bazı hallerde avcı-göçebe toplumlar, dayanışma halkasını büyütür ve genelleştirilmiş karşılıklılık, tüm klanı içine alır. Oysa günümüzde yalnızca çekirdek aile, bu ilkeye göre üyeleri arasında mal akışını düzenlemektedir.³⁷ Özellikle anne babanın çocukların

³⁰ Akal, *op. cit.*, s. 145

³¹ Harris, *İnekler...*, s. 108

³² Bourdieu, *op. cit.*, s.135

³³ Service, *op. cit.*, s. 13

³⁴ Lewis, *op. cit.*, s.103-104

³⁵ Kottak, *Antropoloji...*, s.379

³⁶ *Ibid.*, s. 381

³⁷ Özcan, *Hukuk...*, s. 169

büyütülmesi ve eğitimi için uzun yıllar sarf ettiği emek ve yaptığı masraflar genelleştirilmiş karşılıklılık ilkesi gereği³⁸ tek yanlı mal akışının, günümüzde ki en mükemmel örneğidir.

2 . DENGELENMİŞ KARŞILIKLILIK:

İkinci düzlemde, Kişiler farklı ekonomik ve sosyal çıkarların temsilcisi olarak karşı karşıya gelir.³⁹ Para ekonomisini bilmeyen eşitlikçi toplumlar da, mallar ve hizmetler bu ilkeye göre el değiştirir.⁴⁰ Taraflar mübadele edilen malların değerinin birbirine çok yakın ya da aynı olmasına özen gösterir. Edimler aynı zaman diliminde ya da belirlenmiş bir vadede ifa edilir. Hangi malların, nelerin karşılığı olarak, ne zaman mübadele edileceğinin biliniyor olması, ilişkiyi daha az kişisel kılarken, çıkara dönük yüzü çok daha belirgin hale getirir.⁴¹

Mübadeleyi bağış olmaktan çıkararak şey, saklı bir geri ödeme beklentisinin varlığı olup beklenti gerçekleşmezse dedikodu ve yakınmalar baş gösterir.⁴² Şayet verilen bir armağanın muadili, yakın bir gelecekte verilmez ise ilişkiler zedelenecektir.⁴³ Çünkü dengelenmiş karşılıklılık, armağan veren veya mal mübadele eden tarafın, denk bir menfaat elde etmeyi umduğu ilişki biçimini ifade eder. Taraflar arasındaki toplumsal bağ, bir derece gerileyerek, yerini, mal mübadelesiyle belirgin hale gelen denk çıkarlara dayalı ilişkiye bırakmıştır. Tek yanlı mal akışına izin vermeyen, sosyal ilişkilerin mal akışına eklemlendiği ve ekonomik ilişkinin öne çıktığı mübadele biçimidir.⁴⁴

Roma Hukukunun meşhur *do ut des / ver ki vereyim* klozu bu düzlemi en açık biçimde anlatmaktadır.⁴⁵ Barışçı ilişkilerin sürdürüldüğü bu alanda, uzak akrabalar ile aynı yerleşim biriminde yaşayan insanlar yer alır.

3. NEGATİF KARŞILIKLILIK:

Üçüncü düzlem en az kişisel olanı ifade eder. Taraflar zıt çıkarların temsilcisi olarak karşı karşıya gelir.⁴⁶ Mübadelede amaç, diğerinin zararı pahasına menfaat elde etmektir, bu nedenle pazarlık hile ve aldatma yoluna başvurulabilir. Bu ise çatışma ve savaşların başlıca kaynağını oluşturur. Genel olarak yabancılar ve düşmanlarla yapılan ilişkiler bu düzlemde

³⁸ Sahlins, Stone..., s.193

³⁹ *Ibid.*, s.194.

⁴⁰ Harris, *İnekler...*, s. 108

⁴¹ Service, *op. cit.*, s. 13

⁴² Harris, *İnekler...*, s. 107

⁴³ Kottak, *Antropoloji...*, s.379

⁴⁴ Sahlins, Stone..., s.194-5

⁴⁵ Özcan, *İlkel Toplumlarda...*, s. 229

⁴⁶ Sahlins, Stone..., s.195

yürütülür.⁴⁷ Modern dünyada en çok rastlanılan mübadele biçimi olup, ilişkiyi, nezaket, ahlak, sadakat gibi toplumsal değerler değil, sadece çıkar elde etme duygusu belirler.

Yanomamö toplumunda önceki düşmanlıklar ve ihanetler dolayısıyla kuşku dolu bir ziyaret sırasında tartışmalı ve gergin bir mübadele süreci yaşanmıştır. Gerek ev sahibi gerekse ziyaretçiler en değerli eşyalarını saklayarak, istenmiş olmasına rağmen bunları karşı tarafa vermemiştir. Mübadeleye hakaret dolu sözler eşlik etmiş, bunu da sopalarla yapılan düello izlemiştir. Sonuç olarak bu tür karşılıklılık potansiyel bir düşmanlığı içermektedir.⁴⁸

Kottak'ın Afrika Ekvator ormanlarında yaşayan Mbuti pigmeleriyle komşuları arasındaki av hayvanı, bal ve tahıl mübadelesini negatif karşılıklılık içinde⁴⁹ görmesi kanaatimce yanlış bir değerlendirmedir. Bu iki toplum arasında ticaret ortaklığına dayalı uzun vadeli ilişkiler vardır. Bu nedenle tarafların menfaat dengesinin gözetildiği mübadele yerine açık bir aldatmaya dayalı, diğerinin zararı pahasına gerçekleşen negatif mübadele, ilişkinin kopmasına neden olur. İşte bu sebeple iki toplum arasındaki mal mübadelesi dostane ilişkilerin ve karşılıklı çıkarların devamını garanti altına alan, dengelenmiş karşılıklılık formunda olmak zorundadır.

Kadın ve mal mübadelesine damgasını vuran karşılıklılık ilkesi, hukukta nasıl bir rol oynamaktadır? Öncelikle Hukukun toplumsal iletişim biçimlerinden kadın ve mal mübadelesinin dışında kaldığını, üçüncü iletişim formu olan “söz”e dahil olduğunu belirtmeliyiz. Söz siyasal otoriteyle bağlantılı bir şekilde “olması gerekeni” dile getirdiğinde “yasa” şekline bürünür.

Çalışmanın ana teması, ilkel toplumlarda mal akışını düzenleyen karşılıklılık ilkesinin, hukukun uygulanma biçimini de belirleyen temel ilke olduğu düşüncesi etrafında yoğunlaşır. Hukukun bu temel ilkeye göre uygulanması, birçok yazarca örneklendirilmiş olmasına rağmen bir iki istisna dışında açıkça ortaya konulmuş değildir. İlk istisna Barton'un Ifugao toplumunu anlatırken ilişkilerin üç farklı alana göre şekillendiğini tespit eden çalışmasıdır. Ifugao toplumu ilişkileri belirleyen üç ana halkaya sahiptir;

-Tarafsız Alan: Merkezinde ev yer alır. Hane halkının barış ve güvenlik alanı. Evlilikler dışardan yapılmaktadır.

-Kan Davası GÜdülen Alan: Tarafsız alanın ötesinde yer alır. Daha az dış evliliklerin yapıldığı ama akrabalar arası ilişkilerin ve kan davası gütmenin daha yoğun olduğu alandır.

⁴⁷ Service, *op. cit.*, s.17

⁴⁸ Chagnon, *op. cit.*, s. 330-331, 339

⁴⁹ Kottak, *Antropoloji...*, s.379

-Savaş Alanı: En uzak noktada yer alır. Uygun bir fırsat yakalandığında kolaylıkla öldürülebilecek insanların, yani yabancıların bulunduğu alandır.⁵⁰ Barton'un Ifugao için tespit ettiği üç alanın farklı isimlerle olsa da tez çalışmasındaki sınıflandırmayla paralellik arz ettiğini söyleyebiliriz. Lévi-Strauss, Burma Haka Chin'leri ve Kachin halkları arasında dışevlilikle kan davası güdülen dairenin örtüştüğünü ve bunun genelleştirilmiş karşılıklılığa tekabül ettiğini söylemektedir.⁵¹ Kelsen'in Maret'ten aktardığı diğer bir çalışmaya göre de ilkel kan akrabalığının dayandığı üç esas temel bulunmaktadır. Bunlar sırasıyla ensest ilişkinin olmayışı, kendi aralarında kan akıtmama ve yabancılara karşı birlikte kan davası gütmektir.⁵² İlkel kan akrabalığının temelleri olarak görülen bu ilkeler, dikkatli bir şekilde diğer ilişkilere uygulandığında önce akrabalık yapısının, sonra da ilkel toplumu anlamamızı sağlayacak anahtarını sunduğunu görürüz.

İlkel toplumda, Barton, Maret ve Lévi-Strauss'un bölük pörçük işaret etmekte yetindikleri, ilişkilerin kendilerine göre düzenlendiği üç farklı alan, üç farklı daire bulunmaktadır. Üç dairenin de merkezinde birey yer alır. Bunlar içten dışa doğru genişleyen, genişledikçe kişiye sundukları ve kişiden talepleri farklılaşan ama her halükarda karşılıklılığa dayalı dengenin kıskançlıkla korunduğu ilişki biçimleridir. Arap atasözü tüm bu ilişkiler yumağını çok güzel şekilde özetlemektedir; "Ben, kardeşime karşı, ben ve kardeşim kuzenime karşı, ben kardeşim ve kuzenim karşı köye, hepimiz, yabancılara karşı."⁵³ İlkel toplumlarda yakın akrabalar arasındaki ihtilaflar, akraba olmayanlar arasındaki kan davaları ve yabancılarla yapılan savaşlar, Arap atasözünün işaret ettiği dayanışma ve akrabalık dairelerine göre gerçekleşir.

Karşılıklılık ilkesinin, tıpkı mal mübadelesinde olduğu gibi en yakın dayanışma gurubunu merkeze alıp, yabancı ve düşmanları en uzak noktaya yerleştirerek nasıl bir uygulama formu oluşturduğunu, akraba gruplarının hukuki eylem ve ihtilaflardaki önemli rolünün⁵⁴ ilkel hukuk için ne anlama geldiğini ayrıntılarıyla göstermeye çalışacağız. Bunu yaparken "insan davranışlarını fikirler değil maddi ve manevi çıkarlar yönetir"⁵⁵ sözünün yol göstericiliğinden yararlandığımı söylemeliyim.

İlk olarak, nihai amacı toplumsal karşılıklılık ve dayanışma olan akrabalık sisteminin,⁵⁶ kişiler arasındaki objektif kan ya da sıhri bağlardan oluşmadığını, yalnızca insan

⁵⁰ Barton, *The Kalingas...*, s.138

⁵¹ Lévi-Strauss, *The Elementary...*, s. 256

⁵² Kelsen, *op. cit.*, s.54

⁵³ Service, *op. cit.*, s. 56

⁵⁴ Redfield, *Primitive Law*, s. 23

⁵⁵ Weber, *op. cit.*, s. 239

⁵⁶ Sahlins, *Stone...*, s. 133

bilincinde varolduğunu ve gerçeğin keyfi bir temsili olduğunu⁵⁷ hatırlamamızda yarar var. Bu nedenle akrabalığı, kan bağı veya biyolojik temele yaslanan gerçeklik olarak görmek yerine toplumsal örgütlenmeyi sağlayan yapay bir bağ olarak kabul etmeliyiz.⁵⁸ İkinci olarak insan davranışlarının belirleyicisi konumundaki ahlak, din ve hukuk gibi toplumsal kurumların kişilere göre farklılaşan kurallar koymasının, görünüşte insanların farklı toplumsal konumlarda bulunmasına, gerçekte farklı çıkarları temsil etmelerine dayandığını bilmeliyiz. Çünkü karşılıklılık gibi, ahlak ve diğer kurallarda mutlak ve evrensel olmaktan çok izafi ve şartlara göre değişen niteliklere sahiptir. Bir eylemin “iyi” ya da “kötü” olmasına, bizzat özüne değil nerede ve kime karşı yapıldığına bakılarak karar verilir.⁵⁹ Nietzsche’nin çok önceden işaret ettiği bu izafiliğin nedeni, eylemle, kişisel çıkar arasında kurulan doğrudan bağıdır.⁶⁰ Dolayısıyla, toplumsal kural ve ilkelerin izafiliği, görünüşte nasıl meşrulaştırılırsa meşrulaştırılsın, mevcut yahut muhtemel çıkarların yakınlığı veya uzaklığınca belirlenmektedir. Akrabalıktan, ahlaka hukuktan dine kadar tüm toplumsal yapılar, bu gerçeklik ışığı altında okunmalıdır. “Ver ve Al” ilkesi tüm ilişkilerin belirleyicisi konumunda olup⁶¹ akrabalık yapısı kişiye, bu ilkenin kullanımını gösteren ayrıntılı ve geçerli bir şablon sunar. Toplumsal yapı içinde dayanışma, mübadele ve hakları elde etme mücadelesinin, bu ilkeye uygun olarak yapıldığında, çıkarın azamileşeceği, zararın asgariye ineceği varsayımı toplumsal bilinç altının bireye sunduğu en temel kabuldür.

İlkel toplumlarda hısımlık grupları sıkı bir dayanışma duygusuna sahiptir, bu duygu onları diğer gruplara karşı konumlandırmada önemli bir işlev görür. Öyle ki bazı toplumlarda “iyi” ve “kötü” kelimeleri aynı zamanda kabile üyesi ile yabancı arasındaki farklılığı anlatmak için de kullanılır. Şefkat ve dayanışma, akrabalıkla yan yana bulunurken, akraba olmayan yabancıların insan olup olmadıkları bile şüphelidir.⁶² İlkel insanlar yabancıları sınıflamanın yalnızca iki yolunu bilirler; onlar ya iyidir ya da kötü. Akrabaların oluşturduğu “iyi grup”la sorun olmaksızın uzlaşılır ve dostane ilişkiler yürütülür. “kötü grup”a ilk fırsatta acı çektirilir ya da ölüm sunulur. İlki ile mübadele ikincisi ile savaş yapılır.⁶³

Orta Brezilya’da yaşayan Bakairi toplumunda *Kura* biz, bizim, bizim (iyi) halkımız anlamının yanı sıra “iyi” anlamına da gelir. *Kurapa* ise bizim dışımızdakiler, yabancılar, kirli

⁵⁷ Lévi-Strauss, *Structural...*, s. 50, Volume I

⁵⁸ Service, *op. cit.*, s. 34 - Lévi-Strauss, *The Elementary...*, s. 480

⁵⁹ Sahlins, *Stone...*, s.199

⁶⁰ F. Nietzsche, *İyinin ve Kötünün Ötesinde*, s. 169, Çev.; Ahmet İnam, Gündoğan, Ankara, 1997

⁶¹ Malinowski, *Crime...*, s. 47

⁶² Sahlins, *Stone...*, s.196

⁶³ Lévi-Strauss, *The Elementary...*, s. 60

ve pis insanlar yanında kötü sağlıksız anlamlarını taşır.⁶⁴ Yanomamöler ise kendilerini gerçek insan, yabancıları ise (gerçek insanların) yozlaşmış ve bozulmuş hali olarak görür.⁶⁵ Eskimolar kendilerine “insanlar” anlamına gelen “inuit” kelimesiyle tanımlarken⁶⁶ Afrika Hotantoları kendilerini “adamın adamı,” soylu insan anlamına gelen *Khoi- Khoi*⁶⁷ tamlamasıyla, K. Amerika İroquois’leri kendilerini “tüm zamanların insanı” anlamına gelen *ongu-onu*⁶⁸ ile Guarani yerlileri, “insan” anlamına gelen “Ava” kelimesiyle tanımlar. Genel olarak ilkelin, kendi klan ya da kabile üyesini gerçek insan,⁶⁹ diğerlerini ise hiçbir insanlık vasfı taşımayan insan dışı tür olarak görme eğiliminde olduğunu söyleyebiliriz.⁷⁰ Kendini ve diğer insan topluluklarını tanımlarken ortaya konan yaygın bakış açısı, aşağıda gösterildiği gibi, kişilerin hukuksal statülerini belirlerken kullanılacak en önemli ölçüttür; imtiyaz ve hakları gözetilen akrabalar bir yanda, canları, malları ve kadınları mübah görülen yabancılar öte yanda sıralanmıştır. Böylece her türlü siyasi ve toplumsal sorumluluğun, akrabalığın yakınlık derecesiyle, yaşanılan bölgenin yakınlığına bağlı olarak değişmesinin,⁷¹ yolu açılmış olur.

Kişinin, içinde yaşadığı toplumla ilişkisinde hak ve yükümlülükleri, akrabalık yapısı tarafından belirlenecektir.⁷² Yakın akrabaların, kişiye yardım etme hususunda uzak akrabalara göre çok daha fazla yükümlülük altında olduğu genel kabul görür.⁷³ Nuer’ler gibi birçok ilkel toplum, bütün haklar ve imtiyazları akrabalığa göre tanımlamıştır.⁷⁴ İkel toplumların örgütlenme yapısını oluşturan akrabalık, sürekli ilişkilerin yapısını oluşturur⁷⁵ ve kişiye güvenlik ve koruma sağlar. Bu nedenle akrabalık, bu toplumlarda en çok güvenilen bağ olma özelliğini taşır.⁷⁶ Öyle ki akrabalık sisteminin dışında olmak, insan olmamak ve insanlık dışı bir şey olmakla bir tutulmuştur.⁷⁷

⁶⁴ Kelsen, *op. cit.*, s. 98

⁶⁵ Chagnon, *op. cit.*, s. 203

⁶⁶ B. S. D’anglures, “Eskimolar,” s.240, Çev., Mehmet Emin Özcan, **Antik Dünyada ve Geleneksel Topumlarda Mitolojiler Sözlüğü**, C. 1

⁶⁷ Badou, *op. cit.*, s. 25

⁶⁸ F. Hartog, **Tarih, Başkalık, Zamansallık**, s.177, Çev.: M. Emin Özcan- Levent Yılmaz- Adnan Kahiloğulları, Dost, Ankara, 2000

⁶⁹ Akal, *op. cit.*, s.144

⁷⁰ Clastres, *op. cit.*, s. 53

⁷¹ Gluckman, **Politics...**, s. 272 -Chagnon, *op. cit.*, s.289

⁷² Cemal, *op. cit.*, s. 276

⁷³ Gulliver, *Ibid.*, s. 28

⁷⁴ Lévi-Strauss, **The Elementary...**, s. 482

⁷⁵ Gluckman, **Concepts...**, s. 360

⁷⁶ Lewis, *op. cit.*, s.81

⁷⁷ Chagnon, *op. cit.*, s. 269

Bu insanlar için akrabalık öylesine temel bir olgudur ki akrabalık olmaksızın bu toplumları düşünmek mümkün değildir.⁷⁸ Yabancılarla yürütülen her türlü ilişkide, kişi haksız da olsa aile ve klanınca desteklenir.⁷⁹ Gruptan alınan koruma karşılığında, akrabaların eylemlerinin sorumluluğu paylaşılacaktır.⁸⁰ Kollektif sorumluluk, akraba gurubunun, üyelerinin haksız fiilden veya sözleşmeden kaynaklansın tüm eylemelerinden sorumlu olması anlamına gelir.⁸¹ Burada kişinin “birey” olarak bilinmemesi söz konusu değildir. Ama toplumsal yapının akrabalık temelli olması, böyle bir sonucu doğurur.⁸² Bir cinayet işlendiğinde yahut mala yapılan tecavüzlerde “kan parasını” ya da “tazminatı” akrabalar ödemek zorundadır.⁸³ İlkelin adalet duygusu, üyelerden birinin işlediği suçtan dolayı ortaklaşa sorumluluğu meşrulaştırır. İlkel insan için kollektif sorumluluk misilleme ilkesinin sınırsız sonucu olarak görülür.⁸⁴

Meşruluğun rasyonel temelini, maddi kaybın dengelenmesi, ideal temelini de mitler oluşturur. Dışardan bakıldığında işlenen bir cinayet nedeniyle katilin akraba grubunun ortaklaşa tazminat ödeme yükümlülüğü altında olduğu görülse de yakından bir bakış ayrıntıları ortaya çıkarır. Maktulün yakınlarına karşı katilin, doğrudan ve kaçınılmaz bir sorumluluğu olmasına karşın, akraba gurubunun adeta seçimlik bir hakkı vardır. Tazminatı esas olarak katil kendi malvarlığından öder. Yeteri kadar sığırı yoksa kız kardeşini verecektir. Eğer uygun bir kız kardeşi de yoksa akraba gurubu tazminatı ödemek yahut katili, maktulün akrabalarına teslim etmek seçeneklerinden birini değerlendirir. Tazminat ödense dahi katil daha sonra borçlarını ödeme yükümlülüğü altındadır.⁸⁵ İşlediği suçlar nedeniyle akrabalarını zor durumda bırakan kişilerin konumları kırılğan bir yapı arz eder. Suç işlemeye devam etmeleri halinde yalnızca alay, aşağılanma, alçaltıcı muamelelerle değil köyden veya akrabalık gurubundan sürülme yahut cezalandırılmak için düşman klanlara teslim edilme ihtimalleriyle de yüz yüze kalacaklardır. Bu kırılğanlık, akraba grubu ve kollektif sorumluluk arasında doğrudan ve zorunlu bir bağın kurulmasını zorlaştırır.⁸⁶

Karşılıklılık ilkesi, güvenlik ve korunma ihtiyacının devlet gibi, kişi dışı bir mekanizma tarafından karşılanmayan ilkel toplumlarda, rasyonel temellere sahiptir. Çoğu

⁷⁸ Clastres, *op. cit.*, s. 159

⁷⁹ Ünsal, *op. cit.*, s.58

⁸⁰ Hoebel, “Introduction The Kalingas,” s. 3, R.F. Barton, **The Kalingas, Their Institutions and Custom Law**, The University of Chicago Press, Chicago, 1949

⁸¹ Barton, **The Kalingas**...s. 218

⁸² Özcan, **Hukuk**..., s.116

⁸³ Pospisil, **The Kapauku**..., s. 34 -Radcliffe- Brown, **Structure**..., s.216

⁸⁴ Kelsen, *op. cit.*, s. 154

⁸⁵ Moore, *Ibid.*, s. 393

⁸⁶ *Ibid.*, s. 394

zaman ince hesapların zorunlu kıldığı son derece akılcı ve anlamlı bir fiildir.⁸⁷ Kişinin toplumsal, iktisadi, kültürel ve ahlaki açıdan aile ve akraba gurubuyla tam bir bütünlük içinde olması, onun içinde erimesi, zarar verici davranışların kişileri aşarak niçin aile ve akrabaların sorumluluğu altında olduğunu açıklamaya yardım eder. Akrabalık dairesi neredeyse kişinin yaşam alanını oluşturduğundan bireyi ön plana taşıyan modern ilişkilerden⁸⁸ farklı olarak sorumluluklar ortaklaşa taşınır. Müzakerelerde, akrabalara yardım etmek zorunlu olmasa bile karşılıklılık ilkesi bunu gerektirir. Herkes teorik olarak akrabaların yardım talebini reddedebilir. Ancak sağduyu sahibi kimseler, akrabaya destek olmanın, yardıma ihtiyaç duyulan günler gelip çattığında daha iyi sonuçlar vereceğini bilir.⁸⁹ Üstelik müzakereler sonucu elde edilen tazminat, akraba ve yandaşlara destek ve yakınlıklarıyla orantılı olarak dağıtılır. Hoebel bu uygulamanın bazen gülünç sonuçlara yol açtığını, davacının elinde, tazminattan hiç birşey kalmazken, destekçilerin herşeyi paylaştığını söylemektedir.⁹⁰ Ancak bu ilişki yalnızca olumsuz işleve sahip değildir. Kendi iç mantığı gereği, vermek kadar almayı da içerir. Akrabalara yardım edilmesinin sebebi o zamana kadar alınmış olanlar dışında, ilerde alınması muhtemel yardım ve desteklerdir. Bu nedenle karşılıklılık ilkesi hayatidir.⁹¹ Kişiyi yardım edenler gerçek akrabalar, etmeyenler ise akraba sayılmazlar. Bir örnek verelim; Kalinga yahut Kapauku'da kişinin cinayet işleyen kuzeni için ödenecek tazminatta bir sorumluluğu vardır ve diyet ödemesi yapılacağı zaman bu borcun ifası ahlaki sorumluluğu aşan bir zorunluluk haline gelir. Öte yandan aynı toplumlar kişiye, öldürülen kuzeni için verilecek tazminattan pay ayırır. Kişilerin bu tür ödemelerde ne oranda hisse sahibi olacakları adetlerce belirlenmiştir.⁹² Bu adetlerin ortak yönleri, genel olarak kişinin akrabalık derecesiyle statüsünü⁹³ dikkate almalarıdır. Sadece suçlar yahut haksız fiiller için değil, Afrika Kabilelerinde başlık parası (*Lobola*) ödemelerinde de benzer ilke geçerlidir. Lango kabilesinde başlık parası olarak ödenecek sığırları, oğula temin etme yükümü öncelikle baba üzerindedir.⁹⁴ Baba yahut amca, kızları (kız yeğenleri) evlendiğinde *lobola*'dan hangi oranda pay almakta iseler oğulları (erkek yeğenlerinin) evlenirken kız tarafına ödenecek *Lobola* için,

⁸⁷ Ünsal, *op. cit.*, s.144

⁸⁸ Wagner, *op. cit.*, s. 26. Wagner'e göre modernlik, nihai olarak bireyciliğin ve bireyselliğin artışı anlamına gelir. Bu nedenle ilkel ve modern toplumların karşıt konumlarda bulunduğu söylenebilir.

⁸⁹ Hoebel, *Law-Ways...*, s. 196

⁹⁰ *Ibid.*, s. 197

⁹¹ Gulliver, *Dispute...*, s. 31

⁹² Pospisil, *The Kapauku...*, s. 35

⁹³ Barton, *The Kalingas...*, s. 205

⁹⁴ Moore, *Ibid.*, s. 397

aynı oranda katkıda bulunmak zorundadır. İstisnalar bir tarafa bırakılırsa Malinowski'nin “ver ve al – give and take” kuralı⁹⁵ tüm bu karmaşık ilişkiler için geçerliliğini korumaktadır.

Burada bir parantez açarak Pospisil ve Bohannan'ın Malinowski'ye yaptığı eleştirilere değinmek istiyorum Zira eleştirilerin odak noktasında karşılıklılık ilkesinin hukukun değil adetlerin temelini oluşturduğu⁹⁶ ve kavramın çok geniş yorumlanması nedeniyle adet ve geleneklerinde hukukun içine dahil edilmesi iddiası yer almaktadır.⁹⁷ Bohannan'a göre de alenilik ve karşılıklılık zoruyla sürdürülen şey, yasa değil adettir. Yasa, adetleri içermekle birlikte ondan daha fazla ve daha kesin birşeydir.⁹⁸ Üstelik Comanche gibi siyasal örgütlenmesi olmayan bazı toplumlarda bu ilke o kadar az gelişmiştir ki herhangi bir zorlayıcılığa temel teşkil etmesi mümkün değildir.⁹⁹ Malinowski, tüm kuralların özellikle “adetlerin” hukuki nitelik taşımadığını, bir hukuk kuralının ayırıcı özelliğinin, “birinin yükümlülüğünün bir başkasının hakkı ve talebi olarak algılanmasıyla” diğerlerinden ayrıldığını, hukuk kuralının yalnızca psikolojik değil, karşılıklı bağımlılık ve bağlayıcı mekanizmalarla zorlayıcılık niteliği kazandığını¹⁰⁰ yazmıştır. Burada ilkel hukuka ilişkin temel soruna geri dönmektedir. Şayet kabile toplumlarında en katı cebir tatbikatı içeren malların müsaderesi veya suçu itiyad haline getirenlerin öldürülmesi gibi uygulamaları adet olarak değerlendirirsek, yasanın bundan daha fazla kesinliğe nasıl ulaşacağını sormak gerekmez mi? Adetlerin, kişilerin mal ve canına yönelik fiilleri meşrulaştırması mümkün olmadığına göre bu tür eylemleri, hukuk dışında nasıl adlandırabiliriz? Üstelik birçok ilkel toplumda adetlerle hukukun gayet kalın çizgilerle ayrıldığını ve her ikisinin de farklı yaptırımlara konu olduğunu biliyoruz.

Akrabalığın ilkel toplumdaki hayati önemine tekrar dönecek olursak; karşılıklılık ilkesi de diğer tüm kurallar gibi özünde ihlal edilebilirliği taşıdığı için, kişilere farklı çıkar hesapları yapma imkanı tanımaktadır. İhtilafların çözüm usûlü ve bu usûlün içine dahil olan akrabalık bağları, kişiler arası ilişkilerden fazlasıyla etkilenir.¹⁰¹ Birçok hak ve yükümlülük soya bağlı olmasına rağmen akrabalık ilişkileri ne mutlak ne de tek başına bunların belirleyicisidir. Akrabalara destek yükümü şarta bağlı ve diğer taleplerle yanyana giden bir süreçtir.¹⁰² Toplumsal kimliğin belirlenmesinde ortak yerleşim, sık ve samimi ilişkiler ve

⁹⁵ Malinowski, *Crime...*, s.41

⁹⁶ P. Bohannan, *The Differing Realms of the Law*, s. 48 *Law and Warfare*, Ed. Paul Bohannan, The Natural History Press, New York, 1967

⁹⁷ Pospisil, *The Attributes...*, s. 26

⁹⁸ Bohannan, *The Differing...*, s.45-46

⁹⁹ Hoebel, *Law- Ways...*, s.187

¹⁰⁰ Malinowski, *Crime...*, s. 55

¹⁰¹ Gulliver, *Dispute...*, s. 64

¹⁰² Moore, *Ibid.*, s. 375, 397

karşılıklı destekler gibi yan unsurlar da belirleyeci olacaktır.¹⁰³ Siz öldürülen kuzeniniz için kan davası gütmez veya hiç değilse alınacak tazminat için karşı tarafa baskı yapmazsanız, yalnızca kınanıp aşağılanmakla kalmaz, oğlunuz yahut karınıza karşı suç işlendiğinde, faili cezalandırmak için akrabalarınızın bilinçli gönülsüzlüğü ile yapayalnız kalırsınız.

Şimdiye kadar akrabalık ve soy gruplarının hukuksal düzenin kurulmasında ve sürdürülmesindeki hayati öneminden bahsettik. Amerikan Keresan Pueblo'larında Savaş Reisi ve Yaşlılar Kurulu merkezileşmiş bürokratik yapıyı temsilen yasaların uygulanmasından sorumludur. İşte bu sebeple akraba ve soy gruplarının toplumsal hayatta etkin olmalarına karşın, yasaların uygulanmasında etkisiz olması ilkel toplumlar için bir istisnayı oluşturur.¹⁰⁴

Pospisil de sosyolojinin, bireyi ve rolünü toplumdaki uzaklaştırarak antropolojiye son derece olumsuz etkileri olduğunu, literatürde bol miktarda bir bütün olarak yapıp eyleyen, karar verip değiştiren gruplara ilişkin analizlere rastlandığını belirtmektedir.¹⁰⁵ Oysa kişisel davranışların, bütünüyle grup tarafından belirlendiği tezinin bilimsel olmadığını gösteren çok sayıda örnek bulunmaktadır.¹⁰⁶ Grup vardır, ancak canlı kanlı gerçek insanlardan oluşur ve bu insanları yok sayan toptancı yaklaşımlar hatalı sonuçlara gebedir. Modern antropoloji bize değişmeyen, tekbiçimli homojen kültür kavramının yanı sıra, geleneksel kültürlerin değişmediğine ilişkin iddianın yanlışlığını göstermiştir.¹⁰⁷ Botukebo köyünün cesur şefi, ensest yasağı nedeniyle evlenemediği aynı *sib*'e mensup sevgilisine kavuşmak için hem kızın babasıyla hem de nüfus artışıyla değişime uğramaya başlamış ensest kuralıyla, zorlu bir mücadeleye girmiştir. İki yıllık mücadelenin ardından, hem sevdiği kadınla evlenmiş hem de ensest kuralını değiştirmiştir.¹⁰⁸ Yanomamö reislerinden biri de oğluna eş bulmak için evlilik kurallarını değiştirmiştir; bir kadını (yeğeni) kız kardeşi ilan etmiş ve oğlunu, bu kadının kızlarıyla evlendirmiştir. Olağan şartlarda ensest ilişki olarak görülen bu evlilik, büyük bir çatışmaya ve köyün parçalanmasına yol açmıştır.¹⁰⁹ Pospisil'in konuya ilişkin nihai yargısı, yasaların ve kabile yapısının değişmesinde bireyin önemli bir rolü olduğu şeklindedir. Schapera da özellikle "Şefin sözü hukuktur" vecizesine sahip Tswana ve benzeri toplumlarda, hukuksal değişimleri yaygın toplumsal ve siyasal değişikliklerin bir sonucu olarak görmek yerine, yasa koyucuların ve diğer öznelerin değişime nasıl katıldıklarını ve etkilediklerini iyi

¹⁰³ *Ibid.*, s. 396

¹⁰⁴ Hoebel, *Keresan...*, s. 115

¹⁰⁵ L. Pospisil, *Structural Change and Primitive Law: Consequences of a Papuan Legal Case*, s. 208, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

¹⁰⁶ Chagnon, *op. cit.*, s. 189-190

¹⁰⁷ Rosaldo, *Ibid.*, s. 481, 484

¹⁰⁸ Pospisil, *Structural...*, s. 212-220,

¹⁰⁹ Chagnon, *op. cit.*, s. 290-291

analiz etmek gerektiği düşüncesindedir. Yazar, kişisel tutumların toplumsal değişimlerdeki etkilerinin göz ardı edilemeyeceği kanaatini taşımaktadır.¹¹⁰

Kişisel cesaret ve başarı örneklerine ilkel toplumlarda sık rastlanması şaşırtıcı değildir. Modern toplumsal yapının birey odaklı örgütlenme biçimine karşılık, ilkel toplum örgütlenmesinin soy esasına dayandığı gerçeği, zeki ve cesur bireylerin tüm girişimlerine rağmen, değişmeyen temel yapı olarak kalmaya devam eder. Pospisil örneğinde bile, cesur şef, kendi akraba grubunun desteğiyle, evliliğine karşı çıkan ve ensest kuralının değişmeden devam etmesinden yana tavır alan, müstakbel kayınpederi ve onun soyuyla savaşmıştır. Manzaranın kaba hatlarıyla, iki ayrı klanın mücadelesi şeklinde görüldüğüne hiç şüphe yoktur. Bireyin ve iradesinin olmadığı bir ilkel toplumsal yapıdan bahsetmek ne kadar yanlışsa, toplumsal yapının birey odaklı olduğunu söylemek de o denli yanlış olacaktır. Ancak değişim eğiliminin bireyi öne çıkartan yapılara doğru olduğu görülmektedir.

İlkel toplumsal yapının temel taşı olarak kabul edilen akrabalık ideolojisinin, özünde bir “kimlik” oluşturma aracı olduğunu, simgesel olarak toplumsal kategorileri tanımladığını, ama gerçek anlamda soy ilişkilerini açıklamadığını biliyoruz.¹¹¹ Daha sonra ayrıntılarıyla açıklanacağı gibi, birçok ilkel toplumda akrabalık ilişkisinin gerçek kandaşlığa dayanmadığını gösteren örnekler vardır: Cheyenne toprakları dışında tüm Cheyenne’lerin kardeşliği veya Afrika Lozi’leri arasında, yükümlülüklerden kurtulmak için, kişilerin akrabalıktan atılmasında olduğu gibi.

Hukuki sorumluluk, kişinin hangi soy gurubu hatta hangi ailenin üyesi olduğuyula o kadar yakından ilgilidir ki bazen, kişinin hayatının kurtulması, işlediği suçun ağırlığından çok belirli bir soyun üyesi olup olmamasına bağlıdır. Bir adam öldürme, yabancı bir topluluğun üyesine karşı işlenmiş ise suç olarak görülmezken, kendi gurubundan birine karşı işlendiğinde kesinlikle yasadışı eylem olarak görülüp cezalandırılabilir.¹¹² Grup içinde genelleştirilmiş, gruplar arasında ise dengelenmiş ve negatif karşılıklılık ilişkileri belirleyici konumdadır.¹¹³ Üzerinde en çok duracağımız nokta; hukukun gelişimini doğrudan hem etkileyen hem de tetikleyen dengelenmiş karşılıklılık formunun ilkel toplumlarda uygulanma biçimleri olacaktır. Karşılıklılık her zaman ve her yerde iyinin iyiyle, kötünün kötüyle

¹¹⁰ I. Schapera, *Uniformity and Variation in Chief-Made-Law: Tswana Case Study*, s. 240-244, *Law in Culture and Society*, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997

¹¹¹ Moore, *Ibid.*, s. 380

¹¹² Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s. 65,134

¹¹³ Özcan, *İlkel Topumlarda...*, s. 240

mübadele edildiği bir çeşit alışveriş olarak görülür.¹¹⁴ İlk olarak genelleştirilmiş Karşılıklığa göz atalım:

C) AİLE KENDİNE KARŞI HAREKET EDEMEZ / GENELLEŞTİRİLMİŞ KARŞILIKLILIK

Hukukun uygulanma formu olarak genelleştirilmiş karşılıklılık, birçok durumda yalnızca aile üyelerini kapsar. Aileye anne baba, kardeşler ve çocuklar dahildir. En güçlü sadakat, toplumun aleyhine de olsa çekirdek aile ve hane halkını içine alan bu insanlara karşı duyulur.¹¹⁵ Birazdan örnekleyeceğimiz bazı hallerde, kişinin birinci derece akrabaları çekirdek kadroya dahil edilir. Akrabalığın tespitinde, çoğu kez tek yanlı, yani anne veya babaya dayalı soy çizgisi takip edilir. Bazen daire, Lozi'de olduğu gibi kabileyi bütünüyle içine alacak şekilde genişleyebilir. Ancak bu durum bir iki istisna dışında çok yaygın değildir ve belirli sınırlamaları vardır.

Dayanışmanın en yoğun yaşandığı bu toplumsal birim, kimi hallerde üyeleri arasında yaşanan norm ihlallerini görmezden gelerek, failin cezalandırılmasını engeller. Bunun en başta gelen sebebi, cezalandırılacak failin de çekirdek kadroya dahil olması nedeniyle, ailenin göreceği zararın ikiye katlanacak olmasıdır. Kimi zaman intikam alacak kişinin, bizzat suç işleyen olması nedeniyle maddi imkansızlık ortaya çıkar. Bu da bir cezalandırmadan kaçınma sebebi teşkil eder (Kardeşlerden birinin diğerini öldürdüğü haller). Bazı durumlarda, cezadan tam bir muafiyet söz konusu değildir. Ancak bu hallerde akraba yahut yakın insanların, (aynı yerleşim biriminde yaşayan kişiler anlaşılmalı) işlediği suçların cezası aynı fiili işleyen yabancılara göre çok daha az olacaktır.¹¹⁶ İşlenen suç dolayısıyla özrün kabul edilmesi, akrabanın kötü niyetle hareket etmemesine bağlıdır. Şayet bir akraba işlediği suç dolayısıyla cezalandırılacaksa, cezası akraba olmayanlara göre daha hafif tutulur.¹¹⁷ Afrika Kgatla kabilesinde, zina için ödenecek tazminatın tespitinde, kişinin aynı bölgeden olup olmaması büyük önem taşır. Nedeni aynı bölgeden kişilerin, yabancılara göre daha az tazminat ödeyecek olmasıdır.¹¹⁸ Surinam Djuka'larından Napang isimli adam, eşinin dayısının karısıyla aynı kulübede basılmış olmasına rağmen, aradaki yakın akrabalık nedeniyle olay gizli tutulmuş ve sorun tazminat ödenerek kapatılmıştır.¹¹⁹ Oysa aynı toplumda başka bir

¹¹⁴ Kelsen, *op. cit.*, s. 189

¹¹⁵ Burridge, *Ibid.*, 205

¹¹⁶ Schapera, *Tswana...*, s.52

¹¹⁷ Barton, *The Kalingas...*, s. 225

¹¹⁸ Schapera, *Tswana...*, s.267

¹¹⁹ Köbben, *Ibid.*, s.122

köyden gelip zina yapan adamın yakalanması, küçük çaplı bir savaşa yol açmıştır. Bu konu ilerde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Genelleştirilmiş karşılıklılık ilkesi gereği ceza verilmeyen suçlar, cinayetten hırsızlığa, müessir fiilden zinaya kadar değişiklik gösterebilir: Öldürülen bir Comanche büyücüsünün intikamı alınmamıştır. Zira katil, kız kardeşin oğlu (yeğen) olup, aileden biridir.¹²⁰ Sorun aile içinde halledilerek, kalan bireylerin çıkarlarını tehlikeye atacak yeni eylemlerden yani öç almadan uzak durulacaktır. Bir Nuer için de kardeşini veya yakın akrabasını öldürmek düşünülemez bir şeydir. Şayet böyle bir cinayet işlenmişse, grup mantığı, bir üyesini henüz kaybetmişken, intikamını almak için olsa da bir diğer üyesini kaybetmeye izin vermez.¹²¹ Çünkü ailenin kendine karşı hareket edemeyeceği kabul edilmiştir.¹²² Anadolu'da, babasoylu klanlar içinde cinayet ve kan davaları görülse de grup içi dayanışma ve klan çıkarlarının öne çıkması, tarafların yabancılara göre çok daha kolay biçimde barış yapmasını temin etmektedir.¹²³

Kelsen, grup içinde işlenen cinayetlerin yaptırım uygulanmadan tabiat üstü güçlere havale edildiğini, oysa grup dışından işlenen cinayetlere karşı kan davası güdüldüğünü söylemiş, bunu da ortak sorumluluğun sonucu olarak, belirli suçlara karşı toplumsal yaptırımlerin eksikliği gerekçesiyle açıklamıştır.¹²⁴ Hukukun genelleştirilmiş karşılıklılık ilkesine göre ceza verilmeyen suçlar, Kelsen'in iddia ettiği gibi ortak sorumluluğun bir sonucu olarak belirli suçların tabiat üstü müeyyidelerle havalesinden kaynaklanmaz. Çünkü toplumsal tepki, grup dışına yöneldiği gibi üyelerine de yönelirse bütünlüğün bozulma ve parçalanması tehlikesi dışında, verilecek her ceza, üye kaybına dolayısıyla gurubun zayıflamasına yol açacaktır. Oysa ilkel zihin varoluşunu, toplumsal bütünlüğün çekirdeği olarak biçimlendirdiği bu ilk halkanın korunmasına dayandırmıştır. Amaca yönelik olarak da çekirdeğe dahil olan üyeler her ne pahasına olursa olsun korunacaktır. Bu tür suçlar ahlâken düşük davranış olarak damgalanıp, tanrıların takdirine bırakılsa da yasal yaptırımlardan bağıışıktır.

Şayet bir İbo, kendi akraba gurubu içinde yer alan birinden mal çalmış ise malı çalınan akraba, hırsız sadece uyarıp işin üzerine fazla gitmez. İsterse durumu yaşlılar kurulu'na bildirir. Bu halde kurul suçluyu ikaz eder bazı hallerde suçlunun birkaç gün yemek verilmeden bağlanmasını emreder. Bir akraba, ancak hırsızlığı alışkanlık haline getirmişse

¹²⁰ Özcan, *İlkel Topumlarda...*, s. 243

¹²¹ Kottak, *Cultural...*, s.147

¹²² Service, *op. cit.*, s. 49

¹²³ Ünsal, *op. cit.*, s. 128

¹²⁴ Kelsen, *op. cit.*, s.20

köle olarak satılabilir.¹²⁵ Oysa akraba olmayan kişilerden yapılan hırsızlıklarda, özellikle suçüstü hallerinde, hırsız derhal köle olarak satılır. Kapauku'da baba – oğul arasında domuz satışı yüzünden çıkan ihtilafa, şefler dahil hiçkimse müdahale etmemiştir. Çünkü meselenin aile içinde çözülmesi gerektiğini herkes kabul etmiştir.¹²⁶

Azande baba soylu gruplar içinde büyü suçlaması yapılamaz. Çünkü bu gruplar içinde yer alan kişiler birbirlerinin kan davasını gütmek zorundadır.¹²⁷ Yakınlara büyü suçlaması yapmak, kan davası gibi en önemli bir konuda yalnız kalmaya sebep olacağı için dayanışma ruhu ile bağdaşmaz. Kabile üyeleri, kan bağına dayalı örgütlenme ve destekten mahrum kalamayacaklarına göre yapılması gereken şey, ilkeyle bağdaşmayacak suçlamalardan kaçınmaktır. Büyü suçlaması ancak, düşmanlık ve rekabet temeli üzerine ilişki yürüten gruplar arasında¹²⁸ yapılabileceğinden, aile bireyleri arasında büyücülük suçlaması, karşılıklılığın, genelleştirilmiş biçimine aykırı düşecektir. Büyü suçlamalarının çok yaygın olduğu Yanomamö toplumunda bile, ziyafet ve mübadele aracılığıyla ittifak kurmuş köyler arasında, büyü suçlamasının nadiren yapılması¹²⁹ da aynı mantığın diğer toplumlar içinde geçerli olduğunu göstermektedir. Pospisil de Kapauku'nun bazı yörelerinde, ihtilafların önemli bir kısmının büyü suçlamalarından kaynaklandığını, ama aynı köyden veya siyasi birlikten birine karşı büyüün nadiren tatbik edildiğini söylemektedir. Aile içinde veya hane halkına karşı büyü yaptırımı da asla söz konusu olmamaktadır.¹³⁰

Azande'li kadınların kocalarını büyücülükle suçlamaları,¹³¹ dayanışma grubunun baba soylu gruplar lehine kapalı bir alan oluşturmasıyla açıklanabilir.

Comanche kabilesinde birini öldüren yerli, eğer kabile toprakları dışına çıkarsa, dışarda kaldığı sürece, ceza tatbik edilez. Çünkü Comanche inanışına göre, kabile dışında tüm üyeler kardeştir.¹³² Burada, dengelenmiş karşılıklılık formunun genelleştirilmiş karşılıklılığ'a dönüştüğünü görüyoruz. Bunun sebebi, Comanche kabilesinin bir bütün olarak diğer kabilelere karşı üyelerini ve gücünü muhafaza etmek için, kardeşlik ve dayanışma dairesini dar bir çevreden, kabile sınırlarına kadar genişletmesidir. Bu dönüşümü sağlamak için kullanılan araç ise gerçek kandaşlığa dayalı kardeşliğin yerine, belirli şartlar dahilinde kabile üyeliğinin geçirilmesidir.

¹²⁵ Meek, *Ibid.*, s.255

¹²⁶ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 212

¹²⁷ Gluckman, *Politics...*, s. 222

¹²⁸ Evans Pritchard, *Sosyal Antropoloji*, s.114

¹²⁹ Chagnon, *op. cit.*, s.304

¹³⁰ Pospisil, *Kapauku Papuans...*, s. 154, 270

¹³¹ Evans Pritchard, *Sosyal Antropoloji*, s. 115

¹³² Özcan, *İlkel Topumlarda...*, s. 243, 247

Filipinlerde yaşayan Ifugao toplumunda, cinayet, büyü, suçüstünde yakalanmış zina, borçları ısrarla ödememe halinde, failerin veya akrabalarından birinin misilleme olarak öldürülmesi, adaletin elde edilmesinde alışılmış bir usûl olarak uygulanmaktadır.¹³³ Ancak kız ve erkek kardeşler arasındaki enstet ilişki ile anne, baba ve kardeşlerin öldürülmesi cezalandırılmaz. Bu suçlara ilişkin törensel yaptırımlar uygulanır.¹³⁴ Aile, kişinin ulusunu oluşturduğu için, kardeşler birbirleriyle tartışsalar da biri diğerini asla dava edemez. Çünkü onların ailesi bir ve aynıdır.¹³⁵ Kuzenler dahi birbirini dava etmemelidir. Böyle bir dava açılmış ise, akrabalar araya girerek tarafları uzlaştıracaktır. Yalnızca çok ciddi yaralanmalarda, yakınların tasvibiyle kuzenden tazminat talep edilebilir. Bu halde bile tazminat, hiçbir zaman akraba olmayanlardan istenecek tazminat kadar değildir.

Barton'un naklettiği olayda bir yerli, herkes tarafından bilinmesine rağmen, pirincini çalan kuzeni hakkında hiçbir girişimde bulunmamıştır. Eşi şikayetçi olunca, akrabalar araya girmiş ve normal tazminatın yarısı kadar bir tazminatın kadına teslim edilmesiyle, sorun halledilmiştir. Tazminatın diğer yarısından sarfı nazar edilmiştir.¹³⁶ Hırsız ne de olsa mağdurun akrabasıdır. Barton çoğu durumda, küçük zararlar için uzak akrabalara bile dava açılmadığını belirtmektedir.

Güney Amerika'da Ekvator ve Peru toprakları arasında yaşayan Jibaro yerlilerinde modern toplumdan farklı olarak bireysel kişilik ve bireysel sorumluluk kavramları bulunmaz. Aile üyelerinden her biri, ailenin diğer fertleriyle organik açıdan bütünleşmiş kabul edilir. Aile tek bir canlı organizma olarak düşünülür. Bir örnek vermek gerekirse; aileden biri hastalandığında diğer fertler de diyetle dikkat eder ki hastalık kötüye gitmesin. Koca öldüğünde dul karısı, başka kimseyle değil ölenin erkek kardeşiyle evlenecektir. Yine bir kardeş öldürüldüğünde öcünü almak öncelikle ağabeyin görevidir.¹³⁷ Büyü veya karının baştan çıkarılması gibi sebeplerle aile içi bir cinayet işlendiğinde, kan davası güdülemez. Çünkü öç alacak olanlar en başta kardeşlerin kendisidir. Yerliler, “ ailemizden birinin ölmesi yeterli”¹³⁸ şeklinde düşünür.

Güney Afrika Tswana, Ngwato ve Kwena kabilelerinde yeğen, dayısının (annesinin erkek kardeşi) sürüsünden izinsiz olarak bir sığır alabilir. Alınan sığırı satamaz ve kesemez, besleyip çoğaltmalıdır. Dayısına karşı saygısızlık yapan, yükümlülüklerini yerine getirmeyen yeğenlerin bu hakkı kullanmasına izin verilmeyecektir. Bu halde dahi yeğen dayısının

¹³³ Radcliffe- Brown, **Structure...**, s.217

¹³⁴ **Ibid.**, s.216

¹³⁵ Barton, **Procedure...**, s.161

¹³⁶ **Ibid.**, s.162

¹³⁷ Karsten, **Ibid.**, s. 311

sığırını öldürse, ayıplanmaz, tazminatla sorumlu tutulmaz.¹³⁹ Benzer bir uygulamaya komşu Kgatla kabilesinde rastlanır. Kıtık zamanlarında yeğen, dayısına ait sürüden bir sığır çalıp keserek et ihtiyacını giderir.¹⁴⁰ Bu uygulamaların kökeninde, *Bogadi* denilen ve evlenirken gelinin kardeşine başlık parası olarak sunulan sığırlar yer alır. Yeğen, dayısına başlık parası olarak sunulan sığırların, babasına dolayısıyla da kendine ait olduğunu düşünmektedir.

Tswana'da takibi yapılmayan bir diğer suç sövüp saymadır. Erkek ve kız kardeşlerin çocukları birbirlerine karşı bu suçu işlediklerinde, herhangi bir tazminat vs. söz konusu olmaz.¹⁴¹

Esasen tüm bu uygulamalar genelleştirilmiş karşılıklılığın iki yönünü yansıtmaktadır. Genelleştirilmiş mübadeleye uygun mal akışı, toplumsal ilişkilerdeki maddi temelleri oluştururken, çember içinde yer alan her tür yasal muafiyet bu temel üzerine yükselir. Üst üste geçen ve örtüşen bu iki tür ilişki hemen *alt yapı - üst yapı* çağrışımını yapsa da biz modern bir üretim biçiminden yoksun toplumlarda, Marksist teorinin açıklayıcı olmadığını kanaatini taşıyoruz. Üstelik toplumsal yapının, bütünüyle akrabalık ilişkilerince belirlendiği toplumlarda, mal akışının mı yoksa hukuksal ayrıcalıkların mı önce geldiğini belirlemek çok güçtür. Tek söylenebilecek şey, iki olgunun eşzamanlılığıdır.

1 . Meşru Hırsızlık Olarak Kufunda:

Gluckman, Afrika'da yerleşik Lozi Kabilesinin *kufunda* adlı bir geleneğinden bahsetmektedir. Bir tür yasal hırsızlık olan *kufunda*'ya göre, bir Lozili, kabile üyelerine ait bir şeyi hırsızlık suçlamasına maruz kalmadan (ç)alabilir. Aynı şeyi Lozi olmayan birinin yapması halinde fiil, hiç tereddütsüz hırsızlık kabul edilmektedir.¹⁴² Kral, yıllar sonra *kufunda*'yı değiştirerek uygulamayı hırsızlık olarak kabul etmişse de hiçbir yerli hırsızlık sebebiyle akrabasını mahkemeye şikayet etmemiştir. Ancak bir aile, açılan bir davada *kufunda* hakkını kullanan kişinin, artık akrabası olmadığını ilanını istemiştir. Şayet o kişi akraba olmaktan mahrum edilirse, çalma imtiyazından da yararlanamayacaktır.

Lozi *Kufunda* örneği genelleştirilmiş karşılıklılık ilkesinin hukuk alanında en güzel örneklerinden birini sunmaktadır. Üzerinde duracağımız ilk nokta, menkul mal çalma fiilinin, hırsızlık olarak damgalanmasının, kişinin Lozi'li olup olmamasına göre değişmesidir. Lozi üyeleri bir bütünün parçaları ve aralarında dayanışmanın en yoğun olduğu kişiler olması

¹³⁸ *Ibid.*, s.313

¹³⁹ Schapera, *Tswana...*, s. 219

¹⁴⁰ *Ibid.*, s. 220

¹⁴¹ *Ibid.*, s. 258

¹⁴² Gluckman, *Politics...*, s. 43

gerektiği için, hırsızlık gibi bir fiil nedeniyle birbirlerini suçlamamalıdır. Bu nokta daha önce verdiğimiz Comanche örneğinde de vurgulanmıştı. Altı çizilecek ikinci husus, Lozi'li hırsızlıktan şikayetçi olduğu kişinin, suçtan yargılanmasını değil ama artık akraba olmadığını ilanını istemiştir. Böylece hem dayanışma ilkesinin devamını garanti eden *kufunda*'ya saygı göstermekte, hem de hırsızlığı engellemeyi amaçlamaktadır.

Yerlinin talebi, daha önce Comanche örneğinde gördüğümüz, Comanche üyelerini, kabile toprakları dışında kardeş ilan eden ve cezalandırılmasını engelleyen ilkeyle örtüşmektedir. Comanche, bütünlük ve dayanışma adına kabile toprakları dışında, kan bağına dayanmayan sanal bir kardeşlik üretirken, Lozili aynı gerekçeyle, kan bağına dayalı akrabalığın yok sayılmasını mahkmeden talep edebilmektedir. Buradan, ilkel zihnin akrabalığı, tabii, genetik bir bağ olarak değil, - tıpkı Lévi-Strauss ve Service'in işaret ettiği gibi- toplumsal bir olgu olarak kavradığı sonucuna ulaşırız. Nasıl ki evlat edinmeyle yapay bir akrabalık tesis edilebiliyorsa, sanal olarak ilga da edilebilmektedir.¹⁴³ Kan bağıının ya da kardeşliğin sanal olarak ihdası veya yok edilmesi, birbirinin tersine işleyen süreçler gibi gözükse de amacın, dayanışma ve birliğin sağlanması olduğunu hatırladığımızda yüzeydeki çelişkinin kaybolarak yerini içsel bütünlüğe bıraktığını görebiliriz. İki olguda nihai olarak dayanışma ve kardeşlik ilişkisinin sürekliliğini sağlamaktadır. Ancak izlenen stratejiler birbirinden farklıdır.

2 . İlkel Toplum Penceresinden Ötenazi :

Modern toplumlarda cinayet olarak kabul edilen birçok öldürme vakası Eskimolarda suç değildir. Zorlu iklim ve çevre koşulları¹⁴⁴ nedeniyle, hastalık veya yaşlılık nedeniyle kendine bakamayan yerlilerin öldürülmesi suç olarak görülmez.¹⁴⁵ Bu kişiler ya intihar eder ya da bir yakınlarından kendini öldürmesini ister. Kan davası ve oç alma tehlikesinden kurtulmak için öldürme işlemini, en yakınlar mesela oğullar yapar.¹⁴⁶ Genelleştirilmiş karşılıklılık ilkesi gereği, bu tür adam öldürmelerin suç olarak dahi görülmediği Eskimo toplumunu anlamak için, ilk bakışta son derece vahşi ve barbarca gözükse de bu eyleme yakından bakmak gerekir. İlk olarak, oğul bir görev olarak öldürdüğü babası için suçlanamayacak ama yaşlılığında kendi oğlunun aynı eylemi gerçekleştirmesini kabul edecek. İkincisi bu eylem meşruiyetini, çevre ve yetersiz geçim araçları nedeniyle insan hayatını sürdürmenin çok zor olduğu coğrafi ve toplumsal şartlardan almaktadır. Harris'e göre

¹⁴³ Kelsen, *op. cit.*, s. 30

¹⁴⁴ Service, *op. cit.*, s. 79

¹⁴⁵ Kottak, *Antropoloji...*, s. 293 - Kottak, *Cultural...*, s. 138

Eskimo'ların bu uygulamasının arkasında, çalışamayacak kadar güçsüz insanların, gıdaya ortak olmalarının getireceği sakıncalardan kaçınmak düşüncesi bulunur.¹⁴⁷

Adam öldürme kültürel bir olgu olarak bir toplumdan diğerine değişen anlamlara sahip olabilir ve biz birçok örnekte bu olgunun suç olarak algılanmadığını görürüz.¹⁴⁸ Benzer biçimde modern toplumlar da şartların zorlaması nedeniyle, birtakım öldürmeleri ya suç saymamakta ya da cezasını daha hafif belirlemektedir. Eskimo tabiatını en iyi açıklayacak düzenleme, özellikle Batı Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde tartışma konusu olan "ötenazi"dir. Bu hak, tıbben iyileşmesi mümkün olmayan hastalara tanınmaktadır ki bu Eskimolarda besin teminindeki güçlükten doğan imkansızlıkla örtüşmektedir. Modern toplum tıbbın tükendiği yerde, kişinin kendisinin veya yakınlarının ölüm kararını verebileceğini kabul etmektedir. Bu ise yaşlı veya hasta Eskimo'nun gıda yetersizliğinden doğan imkansızlık nedeniyle gelenekçe belirlendiği şekilde öldürülmeyi talep etmesine çok benzemektedir. Ötenazide mirasçıların, Eskimolarda ise oğulun bu karara katılması eylemin meşruluğunu sağlayan, suç olmasını engelleyen en önemli unsurdur. Bütün verileri yan yana koyduğumuzda, toplumsal mantığın, adam öldürme gibi en ağır fiilleri bile belirli şartlar altında suç olmaktan çıkartabildiği sonucuna ulaşırız.

Gerekçenin, karar ve infaz sürecinin bir toplumdan ötekine değişmesi bizi şaşırtmamalıdır. İnsanlığın çözmek zorunda olduğu benzer sorunlar, farklı toplumlarda farklı araçlarla çözüme kavuşturulsa da ortak toplumsal aklın, süreçleri birbirine yaklaştırdığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla yaşlı bir Eskimo'nun oğlu tarafından öldürülmesi, meşruiyet açısından, bir doktorun ötenazi uygulayarak hastasını ölüme terk etmesiyle mukayese edilebilecektir. Sorunun arka planı dikkate alındığında, bu eylemlerden herhangi biri diğerinden daha ahlaki, meşru ya da yasal değildir.

3. Günümüz İçin Küçük Bir Parantez:

Gerek Türk Ceza Kanunu gerekse Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, amaçları doğrultusunda akrabalık kavramına kimlerin dahil olduğunu tek tek sayarak belirlemiştir. Her iki kanuna bakıldığında, akrabalık kavramının bir hayli daraltılarak çekirdek aileyle, bir ve ikinci derece yakınlarla inhisar ettirildiği görülür.

İlkel toplum yerine göre, soy, klan veya kabileyi muhatap veya "asıl özne" kabul ederken, modern kanunlarda "kişi"nin doğrudan muhatap ve "sorumlu özne" kabul edildiği

¹⁴⁶ Kottak, *Cultural...*, s.138

¹⁴⁷ Harris, *Yamyamlar...*, s. 33

¹⁴⁸ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s. 66

açıktır. Bu farklılık, işlenen suçlardan kimin sorumlu olduğunu ve kimlerin takibata uğrayacağını tespit ederken kendini belli eder. Modern yasalar için cezai veya hukuki sorumluluk daima şahsidir. Oysa bir ilkel, ailesinin veya soyunun işlediği bir suç ya da haksız fiil dolayısıyla da sorumlu tutulabilecektir.

İlkel toplum, cinayet, hırsızlık gibi günümüzde kişiye karşı işlenebilen en ağır suçları bile aile, klan yerine göre kabile dayanışması içinde takibinden vazgeçebilmektedir. Çünkü biraz önce bahsettiğimiz gibi, siyasal örgütlenme, kişiye değil, klana yani belirli soy zincirlerine dayanmaktadır. Modern hukukta kişiye karşı işlenmiş bu tür ağır suçların dayanışma, aile bağları vb. gerekçelerle görmezlikten gelinmesi söz konusu değildir. Özellikle Ceza Kanunundan verilen örnekler dikkatlice incelendiğinde, burada genelleştirilmiş karşılıklılık ilkesine uygun şekilde takibi yapılmayan bir suçtan bahsedilmediği görülür. Yalnızca gayri meşru çocuğun öldürülmesi hafifletici sebep olarak zikredilmiştir. Bunun dışında, akraba kabul edilen kişilere karşı işlenen suçların daha ağır biçimde cezalandırıldığını görüyoruz. Ağırlaştırma unsurunun mantığı, kişinin eyleminin ahlaken daha kötü bir fiil olarak nitelendirilmesiyle ilgilidir. Bu ise, eylemin kişiye karşı fedakarlık ve dayanışma duygularıyla hareket edenlere karşı işlenmesinden kaynaklanır. Burada biz tekrar ilkenin ayak izleri üzerinde buluruz kendimizi. Günümüz kanunlarının, belirli kişilere karşı işlenen suçları daha ağır cezalandırması, dayanışma ve sadakat halkasının varlığını sürdürmeye devam ettiğini gösterir. H.U.M.K.'da yer alan tanıklıktan kaçınma imkanı; bireyin yoğun, duygusal ilişkiler içinde olduğu insanları –akrabaları- gözeterek, bunlar aleyhine maddi manevi zararların, kişi eliyle gerçekleşmesini engellemeyi amaçlar. Burada da belirli insanların görünmez bir dayanışma ve sadakat zinciri ile birbirlerine bağlı kabul edildiğini ve bu zincirin günümüz yasalarınca bile koparılmamaya çalışıldığını görürüz. İlkel toplumun akraba ve soy çıkarlarını her şeyin üstünde tutan mantığı, kuralların herkes için objektif uygulanması gerektiğini varsayan, modern hukuk nosyonu içinde bile tamamen yok olmamış kendisine sınırlı da olsa tatbikat alanı bulabilmiştir.

D) KİM ÖLDÜRMÜŞSE ÖLDÜRÜLMELİDİR / DENGELENMİŞ KARŞILIKLILIK

Dengelenmiş karşılıklılık ilkesi, kişinin veya gurubunun uğradığı maddi veya manevi zararların, karşı eylemle faile, bunun mümkün olmadığı durumlarda en yakınlarına yöneltilerek misliyle karşılık vermeyi içerir. Özcan'a göre karşılık vermek, ihlali gerçekleştirenin eşit ölçüde bir zarara maruz bırakılmasıdır.¹⁴⁹ Tarihi çok eski çağlara kadar uzanan *Lex Talionis* / Kısasa Kisas kuralının kökenlerine Tevrat'ın Exodus bölümünde rastlayabiliriz.¹⁵⁰ İslam'ın temel kitabı Kuran'da kısas kuralını, suçludan başkasını öldürmeyi yasaklayarak ve kan bedeli karşılığında “diyet” ödenmesini kabul ederek¹⁵¹ tarihsel sürekliliği günümüze kadar taşımıştır. Kural günümüzde “cana can, göze göz, dişe diş” biçiminde ifade edilmektedir. Her ne kadar Şimşek, kan davası gütmenin Doğuya, düellonun ise Batıya ve Avrupa'ya ait olgular olduğunu¹⁵² ileri sürse de biraz sonra sunacağımız örnekler böyle bir sınırlamanın yanlış olduğunu gösterecektir. Çünkü kan davası, devletin yokluğuyla belirlenen şartlarda, akrabalık temeline dayanan toplumların, hakları temin etmek için kullandığı en önemli usûllerden biridir ve neredeyse dünyanın her tarafında görülür.

Hukukun dengelenmiş karşılıklılık ilkesine göre uygulanma biçimlerinden Kisas veya tazminata dönüşmüş biçimi Diyet ödemeleri hukuksal norm niteliğinde olduğundan biraz sonra göreceğimiz gibi öfkeden gözü dönmüş birinin yahut yakınına kaybetmiş kişinin çılgınlığının ötesinde, belirli sınırlamalar ve öngörülen düzenlemelere uygun hareket etmeyi gerektirir. Bourdieu, devletsiz toplumlarda, kan davası gütmenin ve meşru müdafaa eylemlerinin kişisel ölç alma mantığını aşmadığından bahisle, adalet dağıtma eylemlerinin de suçlunun ilk baştaki edimi gibi bir suç olup olmadığını sormaktadır.¹⁵³ Şayet öyle olsaydı hiçbir toplumun birbirini izleyen cinayetler sarmalından çıkamaması gerekirdi. Ancak görülen o ki kimi öldürmeler toplumun nazarında meşruluk ve hukukilik vasfına sahiptir. Biraz sonra göreceğimiz gibi bu nitelik, ilk eylemi izleyen eylemler üzerine konulan sınırlamalar sayesinde sağlanmaktadır. Üstelik Kelsen'in işaret ettiği gibi, kan davası gütme ile kişisel ölç alma arasında bir nitelik farkı vardır ve bu fark, ikinci eylemle ilk eylem arasındaki farka denk gelmektedir.

¹⁴⁹ Özcan, *İlkel Toplumlar*.... s. 241

¹⁵⁰ Wells, *op. cit.*, s.155

¹⁵¹ Ünsal, *op. cit.*, s.31

¹⁵² Şimşek, *op. cit.*, s. 14-30. Yazar, “Doğu” kavramını Akdeniz ve Ortadoğu ülkeleriyle sınırlı bir coğrafya için kullanmaktadır. *Ibid.*, s. 11

¹⁵³ Bourdieu, *op. cit.*, s.110,

Lampe'a göre, öç almanın misillemeye yani bir hukuk normuna dönüşmesi, öncelikle zararlı eyleme karşılık vermenin, özel bir sorundan kamusal soruna dönüşmesi demektir. Bu öncelikle mağdurun tepkisinin denetlenmesi ve sınırlanması anlamına gelecektir. Daha sonraki adım, misillemenin belirlenmesinde, zarar görenin öznel öfkesi veya kızgınlığı yerine zarar gibi nesnel bir ölçütün konulmasıdır. Saldırgan, mağdura çektiği acının aynısını yaşamalıdır.¹⁵⁴ Bu adımla öç, zarara aynıyla karşılık vermek anlamına gelen kısas normuna dönüşmüş olur. Doğal kendini koruma içgüdüğü ile kısas arasındaki bu ilişki, Kelsen tarafından doğa ile toplum arasındaki karşıtlığa benzetilmiş ve kendini koruma güdüsünün doğada bulunmasına karşın, öç almanın yalnızca toplumda varolan ve toplum tarafından belirlenmiş bir davranış kalıbı olduğunu ileri sürmüştür. İlki kendini koruma güdüsünün açığa vurulması olması nedeniyle öznel, ikincisi toplumca belirlenmesi ve önleyiciliği amaçlaması nedeniyle nesnel bir işleve sahiptir.¹⁵⁵

Kısas yahut diyet, ilkelin yabancı yahut düşman olarak gördüğü kişilerden çok, aynı yerleşim yerinde yaşayan veya farklı bölgelerde yaşamakla birlikte siyasal otorite, ortak klan mensubiyeti veya evlilik, barış sözleşmeleri vb. yollarla barışçı ilişkilerin yürütüldüğü insan gruplarıyla olan ilişkilerde ortaya çıkan çatışmaların veya ihtilafların çözüm yoludur. Dolayısıyla savaş veya imha ilişkisiyle karıştırılmamalıdır. İlkel akrabalık örgütlenmesi ve kısas, birbirlerini tamamlayan sistemler olup, savaştan farklı olarak topluluklar arası ilişkilerin bütünüyle kopması sonucunu doğurmazlar.¹⁵⁶ Öç alma, soylar arasındaki kayıpları telafi eder. Kurulan yeni denge akrabalık sistemini pekiştirecektir.

Yazılı hukuk kodlarının ve Devletin olmadığı toplumlarda kan davası gütmeye kutsal bir görev olarak görülür. Mağdur ve yakınlarınca cezalandırılma korkusu kişiyi suç işlemekten alıkoymaz.¹⁵⁷ Kan davasının, düzeni sağlama işlevi bu korkuyla yakından ilgilidir. Ünsal'a göre kan davası, caydırıcı bir etmendir ve karşılıklı sınırlamalara dayalı, düşmanlık dengeleri üzerine kurulu asgari bir düzen sağlamaktadır.¹⁵⁸ İlkel toplumların kargaşa ve iç savaş yerine, daha sakin, kararsız bir denge görüntüsüne sahip olması, kan davasının temin ettiği bu caydırıcılıktan doğar. Kısas, paradoksal biçimde, cinayetleri engellemenin biricik yolu olarak görülmektedir. Barton'un Kalinga toplumu için söyledikleri esasen tüm ilkel toplumlar için

¹⁵⁴ Lampe, *Ibid.*, s. 39

¹⁵⁵ Kelsen, *op. cit.*, s. 50-52-55

¹⁵⁶ Reed, *op. cit.*, C. I, s. 280

¹⁵⁷ Kelsen, *op. cit.*, s.56

¹⁵⁸ Ünsal, *op. cit.*, s.68

geçerli kabul edebiliriz; “Cinayetleri önlemenin yolu, cinayet işlemekten geçmektedir ve bu keskin bir tezat oluşturur.”¹⁵⁹

Uğranılan zarara denk bir zararın karşı tarafa verilmesi çok çeşitli şekillerde olabildiğinden bunu gruplara ayırarak incelemek kolaylık sağlayacaktır. Misliyle karşılık verme ilk biçimlerinde “göze göz dişe diş” şeklinde ifade edilmiştir. Fail mağdura nasıl ve ne oranda zarar vermişse aynı şekilde kendisine zarar verilecektir. Kim öldürmüştü öldürülmelidir.¹⁶⁰ Tarafların zararları eşit ya da birbirine yakın hale geldiğinde, ilk fiille bozulan toplumsal denge yeniden kurulmuş olur.¹⁶¹ Ancak bu tür bir cezalandırma usûlünün ilkel toplumlar bazında bile eskilere ait olduğunu ve geçmişi temsil ettiğini söylemeliyiz.¹⁶² Bir cinayete karşı derhal misliyle karşılık verip, diyet işiyle hiç ilgilenmemek Barton’a göre daha eski ve daha onurlu bir yoldur.¹⁶³ Teoride, klan kaybının mutlaka kısasla karşılanıp bir cana karşı bir can alınması öngörülse de uygulamada kuraldan sapmalar meydana gelir. Mesela Trobriand halkı, yalnızca üst sınıflardan yahut önemli biri öldürüldüğünde intikam almayı, diğer hallerde ise klan onurunun kan parası (*Lula*) alınarak korunması yolunu seçer.¹⁶⁴ Ancak bunu söylemek artık misillemenin uygulanmadığı anlamına gelmez. Biraz sonra göreceğimiz gibi misilleme, kimi toplumlarda dönüşmüş kimi toplumlarda da sınırlanmıştır. Dönüşmekten bahsettiğimizde mağdurun bedeni zarar gördüğü hallerde, karşı tarafa aynı şekilde zarar vermek yerine, belli bir meblağın tazminat olarak alınmasını, sınırlanmaktan bahsettiğimizde ise sorumluluğun akraba gurubu yerine fail ve ailesine ait olmasını ve yalnızca zarar olgusu yerine artık failin kastının ve zarar miktarının da dikkatli bir şekilde incelendiği söylemek istiyoruz. Bedeni zararlarda, kısas yerine bir tazminatın kabul edildiği haller Kısas başlığı altında incelenmeyecektir. Kısas’ın diyete dönüşmesinin arka planında, gelişen iktisadi altyapı kadar, kan davası gütmenin zor ve tehlikeli bir süreç olması, buna karşılık diyet olarak ödenecek tazminatı kabul etmenin çok kolay olması bulunmaktadır.¹⁶⁵

Radcliffe-Brown’a göre misillemenin birkaç işlevi vardır; intikam eylemlerini sınırlamak, kontrol etmek ve meşruiyetini sağlamak.¹⁶⁶ Bu eylemler, toplum tarafından meşru kabul edilip belirli düzenlemelere tabi kılındıkça yaygınlaşacaktır. İlkel toplumlarda savaş ve

¹⁵⁹ Barton, *The Kalingas...*, s. 148

¹⁶⁰ Kelsen, *op. cit.*, s. 54

¹⁶¹ Ünsal, *op. cit.*, s.160

¹⁶² Schapera, *Tswana...*, s.46, 259

¹⁶³ Barton, *The Kalingas...*, s. 195-196

¹⁶⁴ Malinowski, *Crime...*, s. 118

¹⁶⁵ Barton, *The Kalingas...*, s. 175-197

¹⁶⁶ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s.209

lex talionis (kısasa kısas kuralı) yasasına göre ölç alma, misliyle karşılık vermenin değişik görünümleridir.¹⁶⁷

Lex talionis, misillemede bulunacak olanlara belirli yükümlülükler getirir. İlk olarak verilecek zararın uğranılan zarara eş olması gerekir. Çünkü adalet misilleme yaparken aşırıya gitmemeyi gerektirir. Bir ölümün karşılığı bir ölümdür. Bu nedenle birden fazla cinayet işlenmesi, misilleme sınırlarının aşılması anlamına gelir. Dayanışma ilkesi gereği, müteceviz bu mümkün olmaz ise erkek kardeşi veya akrabalarından birinin öldürülmesi ikinci kuraldır.¹⁶⁸ Bireyi temel alan modern toplumlardan farklı olarak, toplumsal yapının akrabalık bağına dayanması, kişisel sorumluluk yerine grup sorumluluğunu doğurmuştur.¹⁶⁹ Akrabalık örgütlenmesi, kişinin içinde yer aldığı grubun diğer üyelerinin eylemlerinden sorumlu tutulmasına imkan tanıdığından, grubun herhangi bir üyesi misilleme gereği öldürülebilecektir.¹⁷⁰ Karşı eylem, ilk ölümden sorumlu faile, en çok zararı verecek şekilde tasarlandığı ölçüde amacına ulaşmış sayılır. Kalinga toplumunda öldürülecek akraba, ilk iki derece kuzenle sınırlıdır.¹⁷¹

Uygulama bu usûle uygun yapıldığında, ilk ölümden sorumlu grup adalet gereği kendi grubundan birinin öldürülmesini kabullenmek, misilleme yapan grupta, karşı tarafa verilecek zarar hususunda aşırıya gitmemek yükümü altında olacaktır. Radcliffe-Brown, ilkenin etkili bir şekilde çalıştığı yerlerde kişilerin saldırganlıktan uzak durduğunu, kızgınlık ve öfkenin yatışmasında da etkili olduğunu ileri sürmektedir. Bu ise ilkenin meşruluğunu sağladığı ölçüde, yaygınlığı ve benimsenmesini temin eder.¹⁷² Kan davası, akrabalar arası dayanışmayı, toplumsal karmaşıklık ve tecavüzlerin engellenmesine yönlendirerek, bireye koruma şemsiyesi sağlar.¹⁷³ Şimşek, kan davasını, düzensizliğin pençesinde kıvranan toplumlar için rasyonel çözüm sunan, geleneksel hukuk kurumu olarak görmektedir.¹⁷⁴ Bu yargıya varmasına neden olan nitelik, düşmanlık ne kadar fazla, çarpışma ne kadar kanlı olursa olsun, kan davalarında, tarafları sınırlayan ve toplumsal hayatın devamını garanti altına alan güçlü toplumsal eğilimlerin varlığıdır.

Özcan, misilleme kuralı gereği öldürmeye karşı öldürme, şiddete karşı şiddeti, kişinin kendiliğinden bir hak alması olması nedeniyle, hukuk dışı bir mekanizma¹⁷⁵ olarak

¹⁶⁷ *Ibid.*, s.215

¹⁶⁸ *Ibid.*, s.215- Karsten, *Ibid.*, s. 312

¹⁶⁹ Cassirer, *Devlet...*, s. 286

¹⁷⁰ Reed, *op. cit.*, C. I, s. 281

¹⁷¹ Barton, *The Kalingas...*, s. 196

¹⁷² Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 215

¹⁷³ Şimşek, *op. cit.*, s. 103

¹⁷⁴ *Ibid.*, s. 105-138. Reed'e göre de ölç alma, akıl dışı olmaktan çok uzaktır. Reed, *op. cit.* C. I, s. 284

¹⁷⁵ Özcan, *İkel Toplumlarda...*, s. 241

görmektedir. Misillemeyi bir hukuk kuralı olmaktan, çok toplumsal bir vakıa olarak görme eğiliminde olan Hoebel'a göre de, eğer bir cinayeti bir başkası takip ediyorsa, bir yasadan bahsetmek imkansızdır. Böylesi bir durum, öldürücü bir iç savaşa işaret eder. Şayet ilk cinayeti işleyenlerin akrabaları, misilleme gereği işlenen cinayete göz yumuyorlar ve intikam almaktan vazgeçiyorlarsa ortada bir hukuk kuralı olduğu söylenebilir.¹⁷⁶ Aksine sürgit cinayetlerle öç alınması hukukun yokluğunu gösterir, çünkü kan davası hukuksal bir kural olmaktan çok sosyolojik bir vakıadır.¹⁷⁷ Hoebel, yıkıcı etkilerinden dolayı kan davasının bir çeşit iç savaş olduğunu ileri sürmektedir. Ancak biraz öncede belirttiğimiz gibi, ilkel toplumların genel görünümü iç savaşı hatırlatmaktan uzaktır. Dolayısıyla kisasın, etkin bir hukuksal mekanizma olduğunu söylemek daha makul olacaktır.

Kelsen, ilişkileri toplumca belirlenen üyelerin, birbirlerine karşı davranışlarını en köklü şekilde belirlediği için kisasın, en baştan beri yasal ve ahlaki nitelikli olduğunu düşünmektedir.¹⁷⁸ Öç alma, dengenin kurulmasını, eşitliğin sağlanmasını, karşılık vermeyi temin ettiği için meşru ve ahlaki bir kurumdur.¹⁷⁹ Kelsen'in bir diğer önemli tespiti de ilkel öç alma ile toplumsal cezalandırma arasında yalnızca bir nicelik, kendini koruma güdüsü ile öç alma arasında bir nitelik farkı olduğunu ileri sürmesidir.

Redfield ise, ister aynı şekilde karşılık verme isterse zarara karşı talep edilen tazminatı ödeme biçimlerinde olsun misillemenin, uyumsuzluğun halli için adetlerce düzenlendiği yerde, hukuksal usûlün ilkel biçimlerinin oluşmaya başladığını ileri sürmektedir.¹⁸⁰ Yazara göre misilleme, yasanın en iptidai şekli olarak görülebilir.

Misillemenin mitos olduğu, uygulamadan ziyade zihinlerde yer tuttuğu sanılsa da örneklerini sunacağımız bir çok ilkel hukuk, suç işleyenlere karşı bu yaptırımı etkin bir şekilde kullanmaktadır. Ifugao, Jibaro ve Arnavutlar misillemeyi en ayrıntılı şekilde düzenleyip uygulayan toplumların başında gelir. Öte yandan öç almak için işlenen cinayetlere, en gelişmiş Modern Batı ülkelerinde bile rastlamak olasıdır ve buralarda dahi yargı sistemleri suçluya belirli oranlarda anlayış gösterebilmektedir.¹⁸¹ Özellikle kentlerde faaliyet gösteren mafya örgütleri, işledikleri cinayetlerle bu ilkeye olan sadakatlarını gösterirler.

Avustralya Aborjinleri, bir cinayet işlendiğinde kan davasını engellemeye yönelik çeşitli düzenlemelere sahiptir. Bunlardan biri olan *Kefaret Çarpışması*'nda katil, maktulün akrabalarından birinin attığı mızrağın karşısında durmak zorundadır. Katil yaralandığında -bu

¹⁷⁶ Hoebel, *Introduction...*, s. 3

¹⁷⁷ Hoebel, *Anthropology...*,s. 503 - Hoebel, *Man...*, s. 470-509

¹⁷⁸ Kelsen, *op. cit.*, s.54

¹⁷⁹ *Ibid.*, s.57

¹⁸⁰ Redfield, *Primitive Law*, s. 7-8 -Redfield, *İlkel Hukuk*, s. 292

yara cinayetin tam karşılığı olmasa bile- cezanın verilmiş olduğu ve bu nedenle kan davasının sürdürülmemesi gerektiği kabul edilir.¹⁸²

Kapauku Dogi köyünden iki kişi, ormanlık alanda tartışmış, tartışma kavgaya dönüşünce biri diğerini yaralamıştır. Yaralı dört gün sonra ölünce, yeğeni (kız kardeşinin oğlu) barakasına giderek katili öldürmüştür. Meseleyi tartışan otorite, bir cinayete karşı bir cinayetin işlenmesi nedeniyle -kısas- meselenin kapandığını, tarafların artık ileri gitmemesi gerektiğini açıklamıştır.¹⁸³

Shoshone'lar için büyücülük, kan davasının başlıca sebebinin oluşturur. Ölüme sebebiyet veren bir büyücünün öldürülmesi, kan davasının başlamasına neden olur.¹⁸⁴

Ifugaolar, kasten adam öldürme, büyü ve borcu ödeme gücüne sahip olup da ifadan ısrarla kaçınanları misilleme olarak ölümlerle cezalandırır. Mağdurun akrabaları suçlunun öldürülmesi için teşvik edilir. Suçlu pusu kurularak kılıçtan geçirilir.¹⁸⁵ Bu tür bir infaz, aileler arasında sonu gelmez kan davalarına sebep olacağı için, başka bir cezanın zararın tazminine ve kendi saygınlıklarına uygun olup olmadığı uzun süre araştırılır. Ceza, mağdur ve akrabaları tarafından infaz edilir, infaz eden her halükarda tehlike içinde olacaktır.

1. LEX TALIONIS KURALI VE SINIRLAMALARI:

Kişilerin kendilerine karşı yapılmış eylemleri bizzat kendi elleriyle düzeltmelerinin hukuk literatüründeki adı kısastır (Lex Talionis).¹⁸⁶ Kısasın, adaletin gerçekleştirilmesinde en etkin usûl olduğu toplumların bilinç altına yerleşmiştir. Bir canın karşılığının bir can olduğu¹⁸⁷ unutulmamalı ve bu konuda aşırıya gidilmemelidir. Bu ilkenin doğal sonucu kısas gereği işlenecek cinayetlerin sayıca sınırlanmasıdır.¹⁸⁸ Kural, katı olarak uygulandığında cana can, dişe diş, göze göz esasına dayalı bir adaleti tesis eder. Kan davası ve öç almadan farkı, karşı eylemin, ilk eylemle tıpatıp aynı olmasına dayanır. Oysa bu sonrakilerde tazminat kabul edilebildiği gibi, gerekirse zarar veren eylemin ağırlığı da değişebilir. Üyelerden birinin verdiği zarardan tüm grubun sorumlu olması, grubun uğradığı zarara karşı vermek için yapılacak saldırılarda tüm üyelerin ortaklaşa katılımı, gerek öç alırken gerekse misillemelerde

¹⁸¹ Ünsal, *op. cit.*, s. 107

¹⁸² Service, *op. cit.*, s. 55

¹⁸³ Pospisil, *Kapauku...*, s. 148

¹⁸⁴ Service, *op. cit.*, s. 73

¹⁸⁵ Barton, *Procedure...*, s. 170

¹⁸⁶ Service, *op. cit.*, s. 53

¹⁸⁷ Hasluck, *Ibid.*, s. 392

¹⁸⁸ Karsten, *Ibid.*, s.312

eşitlik düşüncesine riayet edilmesi, kan parası veya tazminat ödemelerine katılım, kan davası olgularının genel niteliklerini oluşturmaktadır.¹⁸⁹

Misillemeye uğrama korkusu, kişilerin taşkınlık yapma tecavüz vb. davranışlarını sınırlayarak¹⁹⁰ aile, klan ve kabileler arasındaki mücadelenin, istikrarlı belki de daha az kanlı olmasına yol açar. Kisas'a uygun karşılıklı misillemelerin birbirini izlemesi yüzünden, ilkel toplumların alt üst olacağı, olağan halin genel bir savaşı andıracağı düşünülse de gerçek bunun tam tersidir. Huzur ve barış bu toplumlarda normal durumdur.¹⁹¹ Bunun iki temel nedeni vardır; ilki üyelerin, kisasın getireceği ağır toplumsal maliyetin bilincinde olmasıdır. Diğeri de uzun ve tüketici karşı eylemlerden korunmak için, başkalarına zarar veren sapkın davranışların, toplum tarafından derhal cezalandırılmasıdır. Misilleme gereği öç alma iki karakterlidir: cezalandırma ve yatıştırma; ilk yön zarar veren acı çektiren kişinin aynı şekilde acı çekmesi ve zarar görmesidir. Bir yarar sağlayan kişi de aynı şekilde ödüllendirilmelidir. İkinci yön uzun süreler sonra derece derece önem kazanmıştır.¹⁹²

Kisas gereği öç almak hemen hemen tüm toplumlarda erkeklere yüklenilmiş bir görevdir. Kişinin erkek kardeşi ya da ağabeyi soy çizgisine göre anne ya da baba tarafından en yakın akraba ve kuzenleriyle aynı soyu temsil eden klan ya da alt klan üyeleri intikam işinden sorumludur.¹⁹³ İstisnaen kadınların da kan davası güderek cinayet işlediği veya intikam için öldürüldüğü görülse de bu olgular genel kuralın dışındadır ve hoş karşılanmazlar. Malinowski¹⁹⁴ ve Ünsal,¹⁹⁵ özellikle dul karıların intikam almak için herkesten fazla yanıp tutuştuğunu ifade eder. Ünsal'a göre cinsel hazdan mahrum kalma, geleneğe rağmen kadının niçin kan davasının en ateşli savunucusu olduğunu açıklar. Çocuklar genellikle kanlı misilleme çemberinin dışında tutulur. Buna rağmen misilleme gereği çocukların da öldürüldüğü vakalar vardır. Anadolu'nun kökleşmiş kan davası geleneklerine göre kadın ve çocuklara el sürülmediğini biliyoruz. Yine sarhoşlar, hastalar ve çok yaşlı kişilerle camide ibadet edenlere dokunmak geleneklere aykırıdır.¹⁹⁶ Bageshu'lar da hakkaniyetin tam olarak gerçekleşmesi için, birçok nokta üzerinde hassasiyetle durulur. Eğer bir cinayet işlenmişse katilin oğlu, öldürülen kişinin yaşına ulaşıncaya kadar beklenir ve daha sonra oğlan öldürülür.

¹⁸⁹ J. Black-Michaud, "Cohesive Force; Feud in the Mediterranean and The Middle East," den aktaran, Şimşek, *op. cit.*, s. 64

¹⁹⁰ Şimşek, *Ibid.*, s. 41

¹⁹¹ Service, *op. cit.*, s. 53

¹⁹² Kelsen, *op. cit.*, s.60

¹⁹³ Lévi-Strauss, *The Elementary....* s. 113.- Malinowski, *Crime....* s. 114

¹⁹⁴ Malinowski, *Crime....*, s.115

¹⁹⁵ Ünsal, *op. cit.*, s. 119

¹⁹⁶ Ünsal, *Ibid.*, s. 122-130

Giriama'larda katil maktulü nasıl öldürmüş ise aynı şekilde öldürülmek zorundadır.¹⁹⁷ İlkenin en ince ve en ayrıntılı düzenlendiği toplum Arnavutlardır: Öç almanın diğer topluluklarda bilinen kıstasları yanında şu hususlara sıkı bir şekilde riayet edilir: Öldürülecek kimse, çok yaşlı, akıl hastası, silah taşıyamayacak kadar özürlü ve 15 yaşın altındaki çocuklar olmamalıdır.¹⁹⁸ Bunlar kadın cinsinden sayılır ve kan davası için bir kadın öldürülmez. Böyle biri öldürülürse bu bir Arnavut için en alçaltıcı şey kabul edilir ve toplum hem intikamın alınmadığını hem de bu eylemi yapanların onursuz ve aşağı sınıflardan kişiler olduğunu düşünür.¹⁹⁹

Bu mantığı daha açık hale getirmek mümkündür; eğer misilleme gereği kan davası güdülüyorsa karşı eylemin ağırlığının ilk eylemin ağırlığına denk olması zorunludur. Oysa, çocuklar, kadınlar, köleler, akıl hastası gibi bakıma muhtaç kimselerin şeref sahibi olmadıkları²⁰⁰ ya da çoğu zaman yetişkin erkeklerden daha az şerefe sahip oldukları kabul edildiği için böyle bir saldırı, misillemeyle arzulan zararı veremeyeceği için anlamsızdır. Buradaki “şeref” kelimesini “toplumsal güç” le yer değiştirdiğimizde sonucun değişmediği görürüz. Kadınlar silah taşıyamadıkları gibi kan davası da güdemez. Bir kadın, kan davası güdüp düşmanını öldürse dahi öç almak için öldürülmez. İlkel zihnin hemen her zaman ve her yerde, kadın öldürmeyi çok çirkin ve aşağılık bir eylem olarak gördüğüne kuşku yok. Bu Arnavutlar için de Amerikan yerlileri²⁰¹ için de değişmeyen bir durumdur. Kuzey Arnavutlar dışında “kan parası” ödemesi kabul edilmez. Cinayet karşılığında kan parasını tazminat olarak almanın, yalnızca korkak, zayıf, onursuz, aşağı sınıf ailelere mahsus olduğu düşünülür. Yüksek sınıfa mensup bir aile kan parasını kabul ederse kendisini alçaltmış olacaktır. Ancak kaza ve tesadüf sonucu oluşan ölümlerde tazminatı birçok aile kabul etmektedir. Bu halde dahi hiçbir katil hayatından emin olamaz²⁰² Saygın ailelerin, bir akrabalarının öldürülmesi nedeniyle ödenecek tazminatı kabul etmemeleri, yalnızca Arnavutlara özgü değildir. Benzer uygulama Ifugao toplumu içinde geçerlidir.²⁰³

Öcü alınacak fiil ahlaki açıdan meşru bir hakka ilişkin olmalıdır; şahsi kusuru yüzünden öldürülen²⁰⁴ ya da bir suç işlerken, mesela kız kaçırap tecavüz ederken yahut

¹⁹⁷ Redfield, *Primitive Law*, s. 12

¹⁹⁸ Barton, *The Kalingas...*, s. 208

¹⁹⁹ Hasluck, *Ibid.*, s. 393- Hindistan'ın Kuzey Doğu sınırında bulunan köylerde, savaş halinde bile kadınlar öldürülmez. Kutsal varlık muamelesi gören kadınlar için V. Lévi-Strauss, *The Elementary...*,s. 291

²⁰⁰ Şimşek, *op. cit.*, s. 32

²⁰¹ Las Casas, *op. cit.*, s. 43

²⁰² Hasluck, *Ibid.*, s. 395-396

²⁰³ Barton, *Procedure...*, s. 171

²⁰⁴ Malinowski, *Crime...*, s.119

hırsızlık yaparken öldürülen kişilerin öcü alınmaz. Bu tür fiilleri işlerken öldürülenler, tarafların sessiz mutabakatıyla unutulmaya terk edilir.²⁰⁵

Jibaro toplumunda, kadın kaçırma, domuzların ekili arazilere zarar vermesi ve cinayet vakaları, kolaylıkla öç alma ve kan davasına dönüşebilir. Bu halde, mağdur koca veya ölenin kardeşi öç almak zorundadır. Bireysel sorumluluk yerine kollektif sorumluluk benimsendiği için öç sırasıyla katile, mümkün olmazsa kardeşine, babasına, annesine hatta kız kardeşine yönelebilir. Aile bir bütün olduğu için üyelerden birine yapılan eylem o bütüne karşı yapılmış sayılır. Bunun doğal sonucu da üyenin eyleminden ailenin diğer üyelerinin de sorumlu tutulmasıdır. Katil öldürülebilir ancak birden fazla kişi öldürülemez. Toplum ahlakı, saldırıya uğrayanın misillemede bulunarak karşı taraftan birini öldürmesini, acının dinmesi için yeterli bulur. Birden fazla adam öldürüldüğünde, toplumsal bir öfke oluşur. Kabile, fazla üyesi öldürülen ailenin, meşru olarak kan davası güdebileceğini kabul eder. Karşılıklılığa dayalı misillemeler, bir ailenin tüm yetişkin fertleri öldürülünceye veya ailelerden birinin karşı taraftan birini öldürmekten vazgeçinceye kadar sürebilir.²⁰⁶

Yeni Gine Papua'ları, Amerika Cheyenne yerlileri gibi birçok toplumda, kadın kaçırma ve zina vakaları belirli tazminatların ödenmesiyle çözüme kavuşturulabilecek ihtilaflar olmasına karşın, Brezilya, Venezuela sınırında yerleşik Yanomomö'larda zina eden kadın ve erkeği kızgın kocanın öldürmesini engelleyecek hiçbir şey yoktur. Ancak koca bu kişileri öldürmez ise başka bir köye yerleşebilirler.²⁰⁷ Güney Amerika'da yaşayan Jibarolar da, zina vakalarına benzer tepkiler verir. Kıskanç kocalar, zina yapan karılarını bıçak veya mızrakla öldürürler.²⁰⁸

Papualılar, tehlikeli bir suçluyu öldürür. Diğer suçlarda sopa ile dövme ya da uyluklarından oklanarak cezalandırma usûlü vardır.²⁰⁹ Suçlunun uyluklarından oklanması tamamen öldürücü yaralamalardan kaçınmak içindir. Avustralya kabilelerinde, yaralanan yerli yaşlıların onayı ve gözetiminde, failin hayati olmayan bölgelerine mızrak ya da ok atarak misillemede bulunur. Böylece kızgınlık ve öfke duyguları yatıştırılmıştır.²¹⁰

Önceki dönemlerde müessir fiiller için uygulaması mutlak olan kısas cezası, Tswana'da gittikçe azalan hatta tatbikati kalmamış bir ceza çeşididir. İngiliz sömürge idaresinden önceki dönemde, hizmetçisinin gözünü kasten çıkaran şefin kızı, aynı şekilde şişle

²⁰⁵ Ünsal, *op. cit.*, s.162

²⁰⁶ Karsten, *Ibid.*, s. 310-311-312,

²⁰⁷ Kottak, *Cultural...*, s.144

²⁰⁸ Karsten, *Ibid.*, s.310

²⁰⁹ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 48

²¹⁰ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 215

gözü çıkarılarak kör edilmiştir.²¹¹ Filipin Lubwagan bölgesinden Tektek isimli yerli kamıştan yaptığı mızrakla spor yaparken yanlışlıkla yaşlı bir kadını yaralamıştır. Olay yerine gelen akrabalar, kadının eline sivri bir sopa vermiş, gencin benzer şekilde yaralanmasıyla kısas gereği öç alınmıştır.²¹²

2. LEX TALIONIS VE İNANÇLAR:

Akrabalık temelinde örgütlenen toplumlar, cinayetin sebep olduğu üye kaybının aynı zamanda gerçek bir iktisadi kayıp olduğunu ve gruplarının görece zayıfladığını bilir. Misillemeye uygun karşı adam öldürme, gruplar arasındaki kayıpları eşitleyerek önceki dengenin tekrar kurulmasına yardım eder. Ancak bu adımın atılmasına yalnızca, iktisadi kaybın yol açtığını düşünmek, grupların cinayetleri sadece çıkar hesaplarıyla işlediği gibi yetersiz bir sonuca götürür. Kısas tatbik eden tüm toplumlarda, öç almayı meşru ve gerekli kılan güçlü inanç ve değerlerle karşılaşırız. İktisadi kayıp, misillemenin maddi temellerini oluştururken, manevi unsur olarak inanç ve değerler de eylemi meşrulaştırır. Dolayısıyla öç alma, yalnızca iktisadi kaybın değil, buna ilişkin ahlaki değerlerle, dinsel- büyüsel inançların da katıldığı toplumsal baskının bir sonucu olarak karşımıza çıkar; intikamı alınmamış bir ölüm tiksinti vericidir ve yakınları sıkıntıya sokar.²¹³

Öç almaktan kaçınan kişi, toplumun ahlaki baskısını sürekli üzerinde hissederek kınanıp, aşağılanan, alay edilip şerefi elinden alınan biri, ailesi için bile utanç kaynağı haline gelecektir.²¹⁴ Toplum bu kimseleri adam yerine koymadığı gibi korkaklıkları nedeniyle kız vermekte isteksiz olacaktır.²¹⁵ Kişinin üzerindeki aile ve çevre baskısı o denli ağır ve sürekli hale gelir ki bu durum ancak psikolojik işkence kavramıyla açıklanabilir.²¹⁶

Burma Haka Chin'leri arasında, alınmamış bir intikamın, iki-üç nesil boyunca aileye kötülük ve uğursuzluk getireceği kabul edilir.²¹⁷ Öldürülenin ruhu, akrabalarından intikamın alınmasını talep eder. Mağdurun hayaleti en iğrenç biçimlerde yakınlarla görünerek onları rahatsız eder,²¹⁸ rüyalar yoluyla kardeş, baba, oğullar rahatsız edilir, görev ihmal edilirse, kızgın ruh, tüm öfkesini bu kişilere yöneltecektir.²¹⁹ İntikamı alınmayan akrabaların ruhları,

²¹¹ Schapera, *Tswana...*, s. 259

²¹² Barton, *The Kalingas...*, s. 239

²¹³ Chagnon, *op. cit.*, s. 372

²¹⁴ Lampe, *Ibid.*, s. 39

²¹⁵ Tezcan, *Türk...*, s.109

²¹⁶ Ünsal, *op. cit.*, s. 32

²¹⁷ Lévi-Strauss, *The Elementary...*, s. 256

²¹⁸ Şimşek, *op. cit.*, s. 60

²¹⁹ Karsten, *Ibid.*, s. 311. Ünsal, hiç görmediği dedesi tarafından rüyasında azarlanan ve bu nedenle dedesinin katilini öldüren Ordulu Abdullah'ın portresini vermektedir. Ünsal, *op. cit.*, s.198-199

geceleeri hiç rahat edemeyip, kabile evlerinin etrafında dolaşıp dururken, tam tersine öcü alınan kişilerin ruhları huzura kavuşacak ve mezarlarında rahatça uyuyabileceklerdir.²²⁰ Çünkü intikam ruhları rahatlatır ve onlara uçma gücü verir.²²¹

Namus ve aile şerefi gibi kavramların toplumsal değer sıralamasında en üst noktaya yerleştirilmesi de kan davası güdülmesini zorunlu hale getirecektir.²²² Şeref, ö almayı zorunlu kılan psikolojik baskı unsuru olarak kişileri harekete geçirir. İçinde yaşadığımız toplumda bile bu kavramın işlevsel olduğunu görebiliyoruz; Türkiye'nin güneydoğusunda şeref olgusuyla kan davaları yanyanadır.²²³ Zira değerleri çığnemenen kişi için toplumsal saygınlık bütünüyle kaybedilmiş demektir. Ö almaktan korkan kişi şerefini yitirir. Şerefsiz biri olarak yaşamak ise biraz önce değindiğimiz gibi korkunç baskılarla, aşığılamalarla karşı karşıya kalmak demektir. Şayet bir yakını öldürülen Kalinga, kısasa uygun bir biçimde intikam almazsa, beli ve testisleri şişecektir.²²⁴ Bu inanç en az iktisadi kaybın karşı zararları veya diyetle dengelenmesi kadar, ö almanın zihinsel alt yapısını oluşturmaya yardım etmektedir. Arnavutlar'ın kan davası güdülen kişilerle yemek yemesini engelleyen inançlarının bir benzerine de Kalinga'da rastlarız; çocuğun baba katilinin yemeğini yemesi tabudur. İhlal edenin beli şişer ve ölür.²²⁵

3. ZARARIN BİR TAZMİNATLA KARŞILANMASI:

Servetin artışı, sömürgeci batılılarla ilişkiler,²²⁶ özel mülkiyetin gelişmesi, toplumsal katmanlaşma ve kan davası gütmenin zorlukları, misilleme gereği yeni bir cinayet işlemek yerine diyet olarak tazminatın kabulünü kolaylaştırmıştır.²²⁷ Ödenen tazminatın, karşı tarafta oluşturduğu tatmin duygusu, diyetin yaygınlaşmasının bir başka sebebidir. Ayrıca yazısız toplumlardaki, toplumsal baskı, saldırganın mağdura ödeme yapmasını zorunlu kılan önemli bir unsurdur.²²⁸

Yalnızca cinayet ve kan davaları için değil, diğer tüm suçlar için de tazminat ödenmesi çok yaygındır. Birçok toplumda misilleme ilkesi, biraz önce aktardığımız gerekçelerle, yerini tazminat ödemesine bırakmıştır.²²⁹ Ancak bu hiç kolay olmamıştır. Zira ö almaya atfedilen

²²⁰ Ünsal, *op. cit.*, s. 50

²²¹ Kelsen, *op. cit.*, s. 65

²²² Ünsal, *op. cit.*, s. 78-79

²²³ Şimşek, *op. cit.*, s. 40

²²⁴ Barton, *The Kalingas...*, s. 198

²²⁵ Barton, *Ibid.*, s. 218

²²⁶ *Ibid.*, s. 197

²²⁷ Şimşek, *op. cit.*, s. 48

²²⁸ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 210

²²⁹ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 215 - Fried- Pfeiffer, *op. cit.*, s. 475

yüksek saygınlık, tazminatın kabulü önündeki en büyük psikolojik engeldir. Arnavutlar, Orta çağ Avrupa'sı ve Kalinga gibi birçok toplumda, kişilerin öç almak yerine kan bedeli, diyet vb. maddi değeri olan tazminatı kabul etmesi çoğu zaman, şerefsizce,²³⁰ korkakça ya da aşağı sınıflara mahsus davranış biçimi olarak görülmüştür.

Radcliffe-Brown, tazminatı “ Bir kişi ya da grubun diğer bir kişi ya da gruba ihlal edilen hakkın etkilerini gidermek için verdiği iktisadi değeri olan şey”²³¹ olarak tanımlamıştır. Tazminat, hakkı ihlal edilen kişinin, ödeme nedeniyle, saldırıya rıza göstereceği beklentisiyle yapılır.

Schwartz ve Miller'ın incelediği 51 toplumdaki 41 tanesi tazminat kavramına sahiptir²³² ve ihtilafların halli için tazminat ödemesi usûlünü kullanmaktadır. Ünsal'a göre diyet ödemeleri her tür cinayet için geçerlidir ve kan davalarının engellenmesinde az da olsa işlev görmektedir.²³³ Kalinga toplumunda zengin aileler, bölgelerini denetim altına almak için, işledikleri cinayetlerin diyetlerini ödeme usûlünü benimsemişlerdir.²³⁴ Barton bu durumu haklı olarak, servet artışının siyasi denetimi artıran bir olgu olarak yorumlamaktadır.

Doğu Afrika'da yerleşik Pakot'ların Güvercin (Dove) ve Şahin (Hawk) klanları arasında bir cinayet işlenmiş, olayların büyüme tehlikesi göstermesi üzerine federasyon yaşlıları araya girerek tarafların uzlaşmasını talep etmiştir. Dove klanı, uygun bir tazminat kabulüne, Hawk klanı da cinayet için uygun bir tazminat ödemeye ikna edilmiştir. Amaç ilerde karşılaşılabilecek bu tür durumlar için klanların taleplerini sınırlamaktır. Sonuç olarak, cinayet, Dove klanının, Hawk klanına bir kulübe dolusu keçi ve iki buzağıyı tazminat olarak vermesiyle çözüme kavuşturulmuştur.²³⁵

Ifugao toplumu yüzlerce yıllık birikimini yazılı olmayan bir hukuk koduna dönüştürmeyi başarmıştır. Diğer ilkel toplumlardan suçları ve sonuçlarını çok ayrıntılı formüle etmesiyle ayrılırlar.²³⁶ Yaralanma sonucu mağdura, bir cinayet işlendiğinde ise maktulün yakınlarına ödenecek²³⁷ tazminat miktarının ne kadar olacağı tam olarak bilinir. İhtilaf, adam öldürmenin niteliği üzerinedir. Şayet eylemin niteliği üzerinde uzlaşmaya varılamaz ise *aracı'ya* müracaat edilir. Aracının da başarısız olması kan davasının başlamasına işaret eder. Gelişmiş bir hukuk bilincine sahip olmaları, araçların uzun süren müzakerelerini sabırla beklemelerine yardımcı olur. Diğer grupların aceleyle başlattığı misilleme, en son tercih olacaktır. Ancak, büyü, cinayet ve kan davaları gibi belirli nitelikteki suçlarla, borcunu ısrarla ödememe durumunda uygun bir tazminatın ödenmesi için suçluya bir

²³⁰ Şimşek, *op. cit.*, s. 48

²³¹ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 210 – A.R.. Radcliffe- Brown, *Toplumsal Yaptırımlar*, s. 139

süre tanınır; bu süre içinde borcun ödenmemesi halinde ölüm cezası kuraldır ve hemen hemen hiç istisnasız tatbik edilir.²³⁸

Bir Cheyenne yaşlısı karda yürümekte zorluk çeken yeğenini atına alıp köye götürünce bu duruma sinirlenen kadının kocası, okla yaşlı adamı yaralamıştır. *Fox Soldier Society* (Tilki Askerler Kurulu) toplanıp saldırganı dayakla cezalandırmıştır. Fail, ayrıca vücutta kalan okun baş kısmının çıkarılmasından da sorumlu tutulmuştur. Saldırgan, tüm olanlardan pişman olmuş ve tazminat olarak beş atı Askeri Kurula vermiştir.²³⁹

Son örneği ülkemizden vermek istiyorum; Siirt ilinde, kız kaçırma yüzünden Abay ve Çelik aşiretleri arasında çıkan olaylarda, Abay aşiretinden bir kişi ölmüş, Çelik aşireti başlık parası dahil kan bedeli olarak 1.500.000.TL ödemiştir.²⁴⁰

Karşılıklılığa dayalı ilişki biçimlerinden sonuncusuna gelmiş bulunuyoruz. Negatif karşılıklılığa dayalı ilişkilerin, dengelenmiş karşılıklılıktan farklı olarak, ayrı siyasi bütünlük içinde yaşayanlar için geçerli olduğunu, mal mübadelesinde taraflara hakim olan saiklerin, hukukun uygulanması noktasında da belirleyici olduğunu görüyoruz. Şimdi konuyu ayrıntılarıyla inceleyebiliriz

E) YABANCI DÜŞMANLIĞI ve NEGATİF KARŞILIKLILIK:

Akrabalık temelinde örgütlenen toplumların, yabancılarla olan ilişkileri katı bir niteliğe sahiptir. Özellikle yerleşim dolayısıyla aradaki mesafenin artması evlilik ve ticaret ilişkilerinin kurulmasını zorlaştırarak grupların güçlü bağlara sahip olma ihtimalini azaltır. Ortak akrabaların bulunmayışı, tarafların birbirini tanımamasını engellediği için güvensizlik ve düşmanca tavırların öne çıkması tabiidir.²⁴¹ Bu sebeple yabancılarla ilişkilerin temel rengini çatışma ve düşmanlık oluşturur. Yabancı veya düşman, negatif karşılıklılık ilkesiyle uyumlu bir şekilde; toplumun hukuk, gelenek ve ahlak kurallarıyla belirlediği “ Biz” yahut “Bizim” diye adlandırılan dünyanın dışında yaşayan insanlardan oluşur. Yabancı olarak kabul edilenlere karşı, insan istediği gibi davranacaktır.²⁴² Bu davranış üzerinde herhangi bir ahlaki

²³² Schwartz – Miller, *Ibid.*, s. 203

²³³ Ünsal, *op. cit.*, s. 40

²³⁴ Barton, *The Kalingas...*, s. 240

²³⁵ Gluckman, *Politics...*, s. 113

²³⁶ Kottak, *Cultural...*, s.150

²³⁷ *Ibid.*, s.150 - Barton, *The Kalingas...*, s. 239

²³⁸ Barton, *Procedure...*, s.170-171

²³⁹ Redfield, *Primitive Law*, s. 19

²⁴⁰ Ünsal, *op. cit.*, s. 59. 1976 yılı ortalama kuruna göre 1 \$ = 150 TL kabul edilirse ödenen para yaklaşık olarak 10.000. A.B.D. Dolarına tekabül etmektedir.

²⁴¹ Service, *op. cit.*, s. 54-55

²⁴² Nietzsche, *İyinin ve...*, s. 170

sınırlama olmayacaktır. Ulus devletin siyasi sınırları, nasıl ki belirli insanları “ulusun üyesi” veya “yabancı” şeklinde diğerlerinden ayırıyor ise²⁴³ ilkel insanlar da bu kadar net çizgilerle olmasa da yabancılarla aralarına sınır çeker. Oba ve kabile örgütlenmesinde oba ve kabile üyesi olmayanlar, şefliklerde şefin siyasi otoritesine dahil olmayanlar, ilkel zihin için “kendi dünyalarına” ait olmayan yabancılardır.

Toplumun, kendi varlığını konumlandığı dünyanın dışında kalanlara ait olması nedeniyle bu alan, ahlakın dinin ve hukukun “Biz”e temin ettiği her türlü koruma ve güvenceden büyük oranda mahrumdur. Yabancı ve düşman, toplumdaki soyutlanır, düşman olarak kurgulanır ve muhtemel bir savaşta yok edilmek üzere konumlandırılır.²⁴⁴ Üstelik yabancı ve düşman olarak görülen kişilerin, kendi insanlarından farklı hukuka ve daha az hakka sahip olması ahlaken meşrulaştırıldığı için, son derece doğal bir yapı karşısında yabancılara hiçbir rahatsızlık duyulmaz. Amerikan ya da Avustralya yerlilerinin katliamdan geçirilerek yok edilmeleri,²⁴⁵ yabancı ya da düşmana karşı gösterilen öfke ve barbarlığın boyutlarını göstermesi açısından son derece öğreticidir. Las Casas’ın yüzlerce yıl öncesinden “bütün Amerika’da hukuku ortadan kaldırıyorlar”²⁴⁶ şeklindeki feryadına cevabımız, hayır yabancılara karşı ahlakın meşru gördüğü hukuk kuralları uygulanırsa olacaktır.

Modern düşünce, uygar bir savaşın, kurallara uygun cinayetin ya da dürüst bombalamanın ne kadar saçma bir fikir olduğunu²⁴⁷ göstermiştir ama bu öteden beri insanlığın zihninde yer etmiş ve çoğu zaman uygulanmış bir ilkedir. Günümüzde uluslararası alanın bir savaş alanı olarak görülmesi, ahlak ve hukukun öngördüğü her türlü kuralın bu alanın dışına çıkarılması ve savaşın hiçbir kurala dayandırılmadan yalnızca güç ilişkileriyle yürütülmesi²⁴⁸ antropoloji literatürü için yabancı olunan şeyler değildir. Biraz sonra sunacağımız örneklerden de anlaşılacağı gibi, siyasi bütünün dışında kalanlarla yürütülen ilişkilerde farklı bir mantık yürütülür. Basit olan bu mantığa göre; kişi kendi çıkarlarını azamileştirirken karşı tarafın tüm haklarının, hatta hayatının dahi feda edilmesi önemsiz bir ayrıntı olarak kalır. Niçin böyle olmaktadır sorusu, düşmanınıza boyun eğdirecek gücünüz varsa bir ahlak veya hukuk kuralına hiç ihtiyacınız yoktur şeklinde cevaplandırılabilir.

Benedict, toplum dışı doğasına vurgu yaparak savaşı, toplumsal olmayan kültürel özelliğin incelikli bir sergilenmesi olarak betimler.²⁴⁹ Ancak gerek Clastres’in sunduğu

²⁴³ Wagner, *op. cit.*, s. 135

²⁴⁴ Beck, *op. cit.*, s. 118-119

²⁴⁵ Las Casas, *op. cit.*, s. 49

²⁴⁶ *Ibid.*, s. 55

²⁴⁷ Katharina Rutschky’den aktaran Beck, *op. cit.*, s. 106.

²⁴⁸ Akal, *op. cit.*, s. 331

²⁴⁹ Benedict, *Kültür...*, s.53

gerekse bizim aşağıda vereceğimiz örnekler, kabul etmek zor olsa da savaşın toplumun tam kalbinde yer aldığı gerçeğini gözler önüne sermektedir. Clastres'a göre şiddeti içselleşiren ilkel toplumlar, varlıklarını savaşa adanmış buldukları için Eskimolar dışında hiçbir ilkel toplum savaşın dışında kalmamaktadır.²⁵⁰ Yazar, ilkel toplumun dışta bağımsızlık içte yekpare bütünlük idealini gerçekleştirmek için savaşı bir araç olarak kullandığını belirtir ve bu konuda Lévi-Strauss'un mübadeleci toplum savının yanlış olduğunu ileri sürer. Clastres, savaş ve şiddeti ilkel toplumun kurucu unsuru yaparken, Lévi-Strauss aynı işlevin mübadele aracılığıyla gerçekleştiğini düşünür. Lévi-Strauss'a göre ilkel toplumlar "herkesin herkesle savaştığı" toplum olmaktan çok "herkesin herkesle mübadele ettiği toplum" olarak tanımlanabilir. Mübadeleler, barışçı şekilde çözüme kavuşturulmuş savaşlardır. Savaşlar ise başarısız mübadelelerin sonucudur.²⁵¹ Lévi-Strauss için kadın mübadelesi, dayanışmacı ve barışçı ilişkilerin kurulmasında en başat yeri alır ve bu nedenle ilkel toplumlar için asli ve kurucu unsur olarak vazgeçilemez öneme sahiptir.

Toplumun kökenine ilişkin biri savaşı diğeri mübadeleyi önceleyen iki temel iddia ile karşı karşıya bulunuyoruz. Bu toplumlara ilişkin kavrayışımızı derinleştirmek için, birinin ötekini zıttı olduğu ve birbirini dışladığını düşünmek yerine (ya o ya bu), savaşın ve mübadelenin birbirini tamamlayan unsurlar olduğunu (hem o hem bu) görmemiz gerekir.²⁵² Bunu karşılıklılık ilkesinden yararlanarak açıklayabiliriz: Her toplumun, genelleştirilmiş mübadele alanında savaş ve şiddeti dışlayan bir yapı oluşturduğunu, toplumsal ve mekansal mesafenin artışına paralel olarak mübadelenin biçim değiştirip negatife yöneldiğini ve bununda olumsuz ilişkilerle kendini açığa vuran savaşla noktalandığını görüyoruz. Savaş ve mübadelenin nasıl olacağını belirleyen karşılıklılık ilkesi toplumsal örgütlenme ve ittifaklardan etkilenir. Ana soya dayalı klan örgütlenmesine sahip Trobriand adasında çok geniş bir alanda, klanlar arası dengelenmiş karşılıklılığa dayalı mübadeleler, bu toplumların barışçı yanını öne çıkarır. Öte yandan daha küçük nüfuslu anasoylu örgütlenmeye sahip Yanomamö toplumu genelleştirilmiş mübadeleyi küçük bir grupla sınırlı tutar. Kendi köyleri dışındaki gruplarla olan ilişkileri negatif karşılıklılığa dayalıdır. Bu nedenle savaş ve şiddete dayalı nitelikler öne çıkmıştır. Nasıl ki Trobriand adası yerlileri için mübadele kadar savaş da toplumsal gerçekliğin bir parçası ise Yanomamö toplumu için de mal mübadelesi, toplumsal yapının bir parçasıdır. Bu nedenle ne tek başına mübadele ne de savaş gerçekliğin tamamını

²⁵⁰ Clastres, *op. cit.*, s. 174 v.d. – Savaşın doğal güdülerden kaynaklandığı görüşünde olan Bataille, savaş ve işkenceyi anlatan antropoloji verilerini sunmaktadır. Bataille, *op. cit.*, s. 82 v.d.

²⁵¹ Lévi-Strauss, *The Elementary...*, s. 67

²⁵² Clastres, *op. cit.*, s. 196

göz önüne serer. Her toplum, hatta her insan, ilişkilerini bir uçta karşılıksız vermenin, diğer uçta karşılıksız almanın bulunduğu ilkeye göre düzenler.

Böylece savaşın toplumdışı olduğu iddiasına karşılık onun tamda toplumun kökeninde yer aldığı iddiasına göz atmış bulduk. Şu farkla ki savaşılan insanların “bizim” toplumumuz dışından olması, savaşın da toplumdışı niteliğe bürünmesini gerektirmez. Zerzan’a göre savaş, öç alma ve kan davası, evcilleşmiş tarım toplumlarına ait özelliklerdir ve artı değer üretimine bağlı olarak çok daha geç dönemlerde kültürün bir parçası olmuşlardır.²⁵³ Öte yandan aksini savunan yazarlarda bulunmaktadır. Harris’e göre savaştan kaçınanlardan çok daha fazla sayıda avcı-göçebe toplum, kırıncı savaşlar yürütür ve birbirlerini öldürür.²⁵⁴ Hoebel da Güney Amerika ve Endonezya’da yerleşik toplumlarda kelle avcılığı ve gerçek savaşların var olduğunu ve bunların kesinlikle ritüel savaşlara benzemediği görüşündedir.²⁵⁵ Pospisil, 1948 yılında Kapauku Kamu vadisinde çıkan bir savaşta yirmiden fazla kişinin öldüğünü bildirmektedir.²⁵⁶ Toplam Kapauku nüfusun 45.000²⁵⁷ olduğu göz önünde bulundurulursa, ölü sayısının oldukça yüksek olduğu açıktır.

Materyal kültürün yetersizliğine bağlı olarak, toprak kazanma ve sömürgeciliğin mümkün olmaması, ilkel savaşların yoğun, uzun süreli ve kanlı olmasını engelleyen somut nedenlerdir.²⁵⁸ Sonuç olarak, basit materyal kültürün, savaşı ekonomik anlamda kârlı kılmaktan bir hayli uzak olması nedeniyle, birçok ilkel toplumun, ekonomik gerekçelere dayalı savaş yürütmediğini,²⁵⁹ biliyoruz.

Şimdi negatif karşılıklılık ilkesinin işlediği alanın nasıl tespit edileceği sorusuna cevap arayalım: Çok kesin çizgilerle belirlenmiş, net bir alandan bahsetme olanağı yoksa da kabilenin sınırları, kabilenin tasarrufunda bulunan topraklarla ve diğer kabilelerle yapılan ittifaklara göre değişebilecektir.²⁶⁰ Toplumun sınırı, iktidarın sınırıyla çakıştığına göre bu toplumların sınırları da çevrelerinde hakimiyet kurdukları, tasarruf ettikleri alana göre belirlenir.²⁶¹ Sınırlarla uygun bir hukuk tabikatını sağlamak için de ya kan bağı ya da yerleşim ilkesine göre²⁶² kişilerin statüsü tespit edilir. Eğer ihtilafli taraflar arasında, gerçek

²⁵³ Zerzan, *op. cit.*, s. 38. Cemal, Zerzan’ı destekler biçimde savaşın, başka toplumların zenginliklerini ele geçirmek için örgütlü şiddet kullanımı olduğunu söyler. Cemal, *op. cit.*, s. 249. - Service’de avcı-toplayıcıların, kan davası ve savaşı, tahripkar doğaları gereği büyük tehdit olarak algılayıp derhal engelleme yoluna gittiklerini, bu nedenle savaşın nadir görüldüğünü söylemektedir. Service, *op. cit.*, s. 53,56

²⁵⁴ Harris, *Yamyamlar...*, s. 55

²⁵⁵ Hoebel, *Man...*, s. 511

²⁵⁶ Pospisil, *Kapauku...*, s. 245

²⁵⁷ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 1

²⁵⁸ Service, *op. cit.*, s. 56

²⁵⁹ Hoebel, *Man...*, s. 517

²⁶⁰ Diamond, *op. cit.*, s. 24

²⁶¹ Sahlins, *Tarih Adaları*, s. 61

²⁶² Barton, *The Kalingas...*, s.208

kandaşlığa, sıhri ya da kurmaca akrabalığa dayanan, en uzak dereceden bile olsa bir akrabalık yok ise ilişkinin oturacağı temel, negatif karşılıklılık olacaktır. Mesela tarafların ayrı klanların veya ayrı ırkların üyesi olduğu hallerde, bu ilke ön plana çıkar. Yerleşim ilkesi de bir köyde uzun süre yaşamak yahut ikamet etme nedeniyle, o köye özgü imtiyazların kişi tarafından kullanılabilmesine imkan tanır.²⁶³

Kurmaca akrabalık kavramı, gerçek kandaşlığın olmadığı yerde yabancılarla dostane ilişkiler yürütmek için ilkel zihnin ürettiği bir çözüm yoludur. Evlilik ve ticaret ortaklıkları yoluyla, yabancılarla mübadelenin getireceği tehlikeler giderilmeye çalışılır.²⁶⁴ Akrabalık, sadece fiili genetik ilişkiler toplamı olarak değil, fiktif bir olgu olarak kabul edildiği için, yapay akrabalık tesisi kadar, akrabalık bağının koparılması da ilkel zihnin yabancıyı olmadığı olgulardır.²⁶⁵ Örneğin Hawaii toplumunda evlat edinme (*hanai*) ilişkisi, doğumla sağlanabilecek kadar sağlam akrabalık ilişkisi kurar.²⁶⁶

Akrabalığın kurulmasında yaygın olarak kullanılan diğer yol kan kardeşliğidir. Trobriand adası yerlileri, *Kula* ticaretini, çeşitli ritüellerle kardeş ilan ettikleri aslında yabancı olan diğer kabile üyeleriyle yapmaktadır. San toplumunda aynı ismi taşıyan kişiler, (adaşlar) birbirlerine kardeş gibi davranır. Bir adaş diğerine her türlü konukseverlik ve yardımı gösterecektir. Adaşlık gerçek bir kandaşlığa dayanmamasına rağmen, yakın akrabalar gibi güçlü ve özel bir ilişki yürütülmesini gerektirir.²⁶⁷ Eskimoların da ticaret yaptıkları ve kardeş gibi davrandıkları farklı yerlerde yaşayan partnerleri vardır.²⁶⁸ Kurmaca akrabalıkların tamamının, ilişki yürütmek için ihtiyaç duyulan güvenliği sağlamaya yönelik olduğunu görüyoruz. Bunlar aynı zamanda çalışma boyunca sık sık tekrar ettiğimiz ve ilkel toplumu açıklamak için kullandığımız “akrabalık temeline dayanan toplumsal yapı”dan sapma teşkil eder. Durumu sapmadan ziyade, şartların zorlaması sonucu, ilkenin aşılmaya başlanması ve devlete giden yolun biraz daha kısılması olarak görmek daha doğru olacaktır.

Evlilik ve evlilik sonrası yerleşim İlkel toplumlarda kişilerin hak ve statülerini belirleyen önemli uygulamalardan biridir. Yanomamö toplumundan Rerebawa isimli yerli Bisaasi-teri köyünden bir kızla evlenmiş ve köye yerleşmiştir. Başka bir köyden olmasına rağmen köyde yaşayanlarla aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olacaktır. Zira Yanomamö adetlerine göre, köyde yeteri kadar kalmış ve çalışmıştır.²⁶⁹ Kalinga’da evlenerek bir başka

²⁶³ Moore, *Ibid.*, s. 396

²⁶⁴ Service, *op. cit.*, s. 19

²⁶⁵ Kelsen, *op. cit.*, s. 30

²⁶⁶ Sahlins, *Tarih Adaları*, s. 46

²⁶⁷ Kottak, *Antropoloji...*, s. 274

²⁶⁸ *Ibid.*, s. 328

²⁶⁹ Chagnon, *op. cit.*, s.258-259

bölgeye yerleşen ve o bölge insanlarından biri olmak isteyenler statü değişikliğini hem eski hem de yeni yerleşim yerinde ilan ederek herkese duyurur.²⁷⁰ Bu duyurudan sonra, kişi o yer vatandaşı kabul edilir. Afrika Lango kabilesinde, evlilikte başlık parası olarak ödenen sığır sürüleri, meşru üyelik için yeterlidir. Klan üyeliği, soy dışında bu ödemeye de kazanılır.²⁷¹

Yabancı veya düşmanın tespitinde diğer temel ilke yerleşim birimini esas alır. Kişinin içinde yer aldığı oba, köy yahut diğer kabilelere karşı sınırları az çok belirlenmiş ve tasarrufta bulunulan topraklar dışında yaşayan kişiler yabancıdır. Aynı yerleşim biriminde yaşayanlar akraba olmasalar dahi düşman kategorisinde sayılmazlar. Farklı köylerde yaşasalar da aynı siyasal otoriteye tabi olanlar da ilişkilerini düşmanlık temelinde yürütemezler. Otorite, gücünü ve saygınlığını sürdürmek için kuralların uygulanmasında yeknesaklığı sağlamak zorundadır. Bu ise, farklı bölgelerde yaşayanların aynı kurallara tabi olarak eşitlenmeleri sonucunu doğurur. Hem kandaşlık hem de yerleşim yeri ilkeleri çok katı, aşılması imkansız olan kurallar olarak görülmemelidir. Evlilik, sığınma, çalışma vb. nedenlerle belli bir bölgede uzun süre yaşayanlar, o bölge insanı muamelesi görmeye daha sonra da o yöre insanının sahip olduğu haklardan yararlanmaya başlayacaklardır.

Yabancıların düşman kategorisinden müttefik dost sınıfına alınmasının bir diğer yolu da iki grup arasında çeşitli hak ve yükümlülüklerin yer aldığı sözleşmelerin hayata geçirilmesidir. Bunun en güzel örneği Barton'un Kalinga toplumunda kaydettiği "Barış Koruyucusu – Pact Holder" dur. Farklı bölgelerde yaşayan iki kabile, birbirlerine dostluk akdiyle bağlandıktan sonra, diğer toplumun soylu sınıfına mensup birini sanal akrabaları olarak seçer, kendisine bir mızrak gönderir, bu mızrak akrabanın koruyucu işlevlerini sembolize eder. İster hukuki ister ticari meselelerde olsun bu kişiler kendi bölgelerinde, sanal akrabalık tesis edilen diğer toplum üyelerinin çıkarlarını, diğer toplumun barış koruyucusu nezdinde de kendi toplum üyelerinin menfaatlarını korurlar.²⁷² Aralarında kan bağı olmasa da kişiler, diğer topluluk içinde düşman muamelesi görmedikleri gibi hukuksal alanda, o toplumun bir üyesiymiş gibi korunacaktır. Kalinga Barış Koruyucusu, ilkel toplumsal örgütlenmeden, yani kan bağına dayalı örgütlenmeden, toprağa dayalı örgütlenmeye yani siyasal temsile geçişte kırılma noktasında bulunur. Zira, bir soyun lideri olarak, koruma ve aracılık faaliyetlerini yalnızca kendi akrabalarına değil, müttefik gurubun üyelerine de sunmaktadır. Böylece kanı esas alan akrabalık ilkesi aşılmaya başlanmıştır.

²⁷⁰ Barton, *The Kalingas...*, s.208

²⁷¹ Moore, *Ibid.*, s. 386, 393

²⁷² Barton, *The Kalingas...*, s. 197

Pospisil'in Kapauku, Karsten'in Jibaro toplumu için ileri sürdüğü, köyler ve klanlar arasında üst bir siyasal otoritenin ve buna bağlı olarak bağlayıcı yasaların yokluğu yüzünden en küçük ihtilafların bile çatışma ve savaşa dönüştüğü iddiasını, Gluckman eksik bulmakta ve şunları ilave etmektedir: Düzeni tesis eden bir otoritenin olmamasına rağmen, klanlar sürekli düşmanlık duygularıyla hareket edemez; aralarında evlilik ilişkisi kurulmamış veya diğer klan üyeleri aynı köyde yaşamıyor ise klanlar arası kötü ilişkiler devam edecektir.²⁷³

Suç ya da haksız fiilin kabile dışından biri tarafından işlenmesi durumunda fail çok daha şiddetli şekilde cezalandırılacaktır. Basit bir sınır ihtilafı yahut kan davası tarafların farklı siyasi otorite/ bölge ya da kabileden olması nedeniyle kolaylıkla bir savaşa dönüşebilir.²⁷⁴ Bir zarar oluşmuş ve tazminat talep edilecekse en yüksek miktar talep edilir. Kabile üyelerinin işlediği suçların ağırlığı azaltılmaya çalışılırken, yabancılar için tam tersi bir süreç söz konusudur. Tswana vecizesi durumu şu şekilde özetler; "Yabancıların pisliği büyüktür, komşununkini böcekler bile temizler."²⁷⁵

Kalinga'da yabancıların sebep olduğu bir ölüm nedeniyle faile verilecek ceza, kastın bulunmayışı nedeniyle hafifletilmez. Oysa akrabalar için kastın olmayışı, hafifletici unsurdur.²⁷⁶ Eğer hırsızlık yabancı ya da düşman kabul edilen birine karşı yapılmış ise suç olarak görülmediği gibi, yapana büyük bir onur bile kazandıracaktır. Comanche savaşçısı için düşman kabilerden at çalmak büyük bir onurdur.²⁷⁷ Kazanılan onurun büyüklüğü, tehlikenin büyüklüğü ile doğru orantılıdır. Çünkü yakalanma durumunda normal bir hırsız gibi cezalandırılmak yerine, düşman kabileden olduğu için büyük bir ihtimalle öldürülecektir. Örneğin, hırsızlıklarıyla ünlü Crow kabilesinden biri, Lakota kampından at çalarken yakalanmış ve derhal öldürülmüştür.²⁷⁸

Kabile içinde, misillemeye bulunma ve kısas, karşılıklılık gereği sınırlamalara tabi iken kabileler arası savaşlarda bu ilke unutulur ve tam bir imha savaşı yürütülür. Amaç hasım kabile üyelerini yok etmektir.²⁷⁹ Radcliffe-Brown, bazı Afrika kabilelerinin savaşı misillemenin bir aracı olarak yaptıklarını ileri sürmüştür. Burada savaş, bir gurubun diğerine verdiği zararlara karşı misilleme eylemi olarak yapılmaktadır.²⁸⁰ Service'de Shoshone'larda, obalar arası düşmanlıkların, savaş yerine kan davası temeli üzerine oturduğunu ileri

²⁷³ Gluckman, *Politics...*, s.108

²⁷⁴ Barton, *The Kalingas...*, s.236

²⁷⁵ Schapera, *Tswana...*, s.52

²⁷⁶ Barton, *The Kalingas...*, s. 226

²⁷⁷ Hoebel, *Law- Ways...*, s.185

²⁷⁸ Neihardt, *op. cit.*, s. 100-101

²⁷⁹ Karsten, *op. cit.*, s. 313

²⁸⁰ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 215

sürmektedir.²⁸¹ Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. İlk olarak misillemenin belirli kurallara tabi olması nedeniyle misillemede bulunacak kişinin, toplumdaki diğer bireylerin zımni onayını alması gerekir. Eylemin meşruluğunu da sağlayacak bu sessiz onay, ancak karşı eylemin daha önce adetlerce belirlenmiş çizgiden sapmaması halinde elde edilebilecektir. İkinci olarak da savaş, esas olarak ayrı siyasi bütünler arasındaki ihtilafların halli için yapılır. Mısır Bedevisi olan Kabylian'lar Yunanistan'da yaşayan Sarakatsaniler,²⁸² Yanomamö, Jibaro toplumunda da savaş, yabancı kabilelere karşı yürütülür.²⁸³ Ve bu nedenle adetler, ahlak ve kurallar en az seviyede ilişkiyi etkiler.

Her ne kadar misillemeye dayalı düello ve diğer müsabakalarla savaşlar arasında çizgi çekmenin son derece güç olduğu ileri sürülse de²⁸⁴ misillemenin katı sayılabilecek sınırlamalara tabi olması, bu çizginin nasıl çekileceğini bize göstermektedir. Radcliffe-Brown'un iddiasının özünü, ilkel savaşın modern savaşlardan farklı bir mantığa sahip olduğu ve savaşın bile belirli yaptırımlarla denetim altında tutulduğu oluşturur.²⁸⁵ Bir ölçüde Oppenheimer'ın da katıldığı bu görüş özellikle avcı-göçebelerin birbirleriyle yaptıkları savaşların gerçek bir savaş olmaktan çok belli törensel kurallara göre yürütülen büyük çaplı kavga ve itişmelerden oluştuğu şeklindedir.²⁸⁶ Benedict, bu iddiayı bir adım daha ileri götürerek Kaliforniya Kızılderililerin savaş konusunda büyük bir kavrayışsızlık sergilediğini ve modern savaşları anlamaktan bir hayli uzak olduklarını söylemektedir.²⁸⁷ Çağdaş dünyanın, fetih ve sömürü amacına yönelik savaşlarından farklı bir mantığa sahip olmasına rağmen, yabancılarla yürütülen ilişkilerin genel mantığı, savaşları, ahlak ve hukukun sınırlamalarına tabi olmaması nedeniyle misillemeden farklı bir zemine oturtmak gerekir. Bir Kwakiutl için savaş, ölüm gibi talihsiz bir olayın uğursuzluklarını dağıtmak için yapılan bir eylemdir.²⁸⁸ Avustralya ve Afrika'da yerleşik toplumlarda savaşların, özellikle öldürülenlerin eşitlenmesiyle sona ermesi misilleme ilkesine uygun davranıldığını düşündürse de, bu durum ilkenin değil şartların zorlamasının sonucu olarak görülmelidir. 19. yüzyıl Kuzey Amerika yerlilerinden Comanche toplumunda savaşların iki temel amacı olduğunu görüyoruz. Bunlardan birincisi şahsi onur kazanmak için düşmanların atlarını yağmalamak, diğeri de öldürülen kabile üyesinin intikamını almaktır.²⁸⁹

²⁸¹ Service, *op. cit.*, s. 85

²⁸² Şimşek, *op. cit.*, s. 25,

²⁸³ Karsten, *Ibid.*, s. 308

²⁸⁴ Radcliffe- Brown, *Structure...*, s. 210

²⁸⁵ *Ibid.*,

²⁸⁶ Oppenheimer, *op. cit.*, s. 109

²⁸⁷ Benedict, *Kültür Örüntüleri*, s. 52

²⁸⁸ Sahlins, *Tarih Adaları*, s. 222

²⁸⁹ Hoebel, *Law- Ways...*, s.186

Kadınlar üzerine ihtilaflar ya da ekili arazilerin tahribi,²⁹⁰ hakaret ve kişisel kavgalar²⁹¹ izinsiz avlanma, büyü suçlamaları veya bir cinayet bu toplumlarda kabileler arası savaşın başlıca sebeplerini oluşturur.²⁹² Clastres bu gerekçelerin yanına, Yanomamö halkı için “savaşma zevkini de” ekler.²⁹³ Nadir de olsa savaşın toplumun doğal çevreye intibak etmek için kullandığı araçlardan biri olduğu iddiası da dile getirilmiştir. Kottak’a göre Ifugao toplumu artan nüfusun tabii kaynaklar üzerindeki baskısını azaltmak için savaşı bir denetim aracı olarak kullanmaktadır.²⁹⁴ İlkel toplum kaynaklar üzerindeki nüfus baskısını azaltacak doğum kontrolü gibi daha yumuşak araçlara sahip olamadığı için nüfus / kaynak dengesi, savaş gibi tahrip edici araçlarla sağlanmaktadır.²⁹⁵ Savaşın nüfusu azaltıcı etkisi, savaşta öldürülenler yoluyla değil, savaşma yeteneği kadına göre çok daha fazla olan erkeğin yüceltilmesi, kadının ise bastırılması yoluyla ortaya çıkar. Bunun doğal sonucu kız çocuklarının öldürülerek, nüfusun asıl belirleyicisi olan kadın sayısının azaltılmasıdır.²⁹⁶

İlkel toplumların özellikle avcı- göçebelerin geçinmek için toprağa sıkı sıkıya bağlı olmamaları, yapılan savaşların niteliğini de değiştirir. Savaşlarda toprak elde etmeye yönelik fetih gayesi bulunmaz.²⁹⁷ Bunu destekleyen kimi inançları vardır. Mesela kabile topraklarının büyüdüğü ve kendilerine zarar vereceğine inanıldığı için hiçbir zaman bu topraklar işgal edilip sahiplenilmez.

Maoriler, üyelerinden birinin öldürülmesini savaş sebebi sayarlar. Savaş tutsakları çoğunlukla öldürülür bir kısmı da köle olarak çalıştırılır. Ancak bu köleliğin Afrikalı yerlilerin Kuzey Amerika kıtasında köle olarak çalıştırılmasından farklı olduğu belirtilmelidir. Giyim ve yemeleri iyi olmakla kalmayıp, kötü muamelede görmezler. Ayrımcılığa tabi olmadan Şef gibi önde gelen insanların işlerine yardım ederler. Diğer ilkel toplumlardan farklı olarak savaşlar kısa sürer. Bu hem içsel bütünlük ve dayanışmayı temin eder hem de diğer kabilelerin tecavüz ve hakaretlerini asgariye indirir.²⁹⁸

Bir Kapaukulu aynı sib’e mensup ama farklı bir altsib’in üyesini öldürdüğünde fiil, üzüntü verici, kaçınılması gereken bir eylem olarak görülür. Ama fail cezalandırılmadığı gibi ahlaken de düşük biri olarak görülmez. Aynı bölgelerde altsib’e mensup birinin öldürülmesi

²⁹⁰ Karsten, *Ibid.*, s.309

²⁹¹ Service, *op. cit.*, s. 56

²⁹² Harris, *İnekler...*, s. 57

²⁹³ Clastres, *op. cit.*, s. 20

²⁹⁴ Kottak, *Cultural...*, s. 151

²⁹⁵ Harris, *İnekler...*, s. 61- Harris, *Yamyamlar...*, s. 59,71

²⁹⁶ Harris, *İnekler...*, s. 71-73

²⁹⁷ Harris, *Yamyamlar...*, s. 57- Clastres, *op. cit.*, s. 190-219

²⁹⁸ A. P. Vayda, *Maori Warfare*, s. 371, 378 -379, *Law and Warfare*, Ed. By. Paul Bohannon, The Natural History Press, New York, 1967

de yasal açıdan bir cezayı gerektirmez. Şayet böyle bir cinayet, savaş gibi ciddi siyasi sonuçlara sebep olacaksa katil, mağdurun gurubuna cezalandırılmak için teslim edilir.²⁹⁹

Brezilya Amazon ormanlarında yerleşik Yanomamölar 200-250 köye dağılmış yaklaşık nüfusları 20.000. olan orman yerlileridir.³⁰⁰ Rakip ve düşman köylerden mümkün olduğunca fazla adam öldürmek ve kadın kaçırmak amacıyla yapılan yağma seferleri Yanomamö toplumuna özgü bir savaş biçimidir.³⁰¹ Kadınlara ilişkin ihtilaflar, büyü suçlamaları, ölüme yol açmış köyler arası hırsızlıklar, düşmanlıkların ve yağma seferlerinin başlıca sebeplerini oluşturur.³⁰² Böyle bir savaş çıktığında bu savaşı durduracak ne bir hukuk, ne bir yaptırım ne intikam korkusu vardır.³⁰³ Toplumsal düzeni sürdürecekt üst bir otoriteden mahrum olmaları, köyler arası savaşın yıllarca sürmesine neden olabilir. Bunun yanında düşman baskısından kurtulmak için köylerin boşaltılmasına da rastlanır.³⁰⁴ Benzer bilgileri Kapauku toplumu için aktaran Pospisil'e göre iki ya da daha fazla köyde yaşayan toplulukları birleştirecek siyasi ya da hukuki otorite bulunmadığı için bu siyasi bütünler (köyler) arasında çıkan ihtilafların halli ancak diplomatik müzakereler yoluyla mümkün olabilmektedir. Diplomasinin tıkandığı noktada ise devreye savaş girer.³⁰⁵ Pospisil, diğer antropologları izleyerek köyler arasında yürütülen müzakere sürecini, merkezi bir otoritenin bulunmadığı, egemen devletlerin uluslar arası hukuka göre yürüttükleri diplomatik sürece benzetmektedir.

Kapauku toplumunun yaptığı onbir savaştan beşi ayrılık ve terk etme, ikisi büyü, biri taksirle adam öldürme, ikisi borçları ödememe ve hırsızlık yüzünden, biri de çocukların sebep olduğu kavgalar yüzünden çıkmıştır.³⁰⁶ Bir Kapaukulu haksız yere savaş çıkartır ve savaş sebebi, lider tarafından onaylanmaz ise, gizli bir toplantıyla en ağır cezaya çarptırılır. Yakınları pusu kurup, suçluyu kılıçtan geçirerek cezayı infaz eder.³⁰⁷ Bu uygulama, savaşın getirdiği insani kayıp ve yıkımlara karşı toplumun aldığı tedbirdir.

Surinam Djukalar'ı arasında zina akrabalar arasında yapılıp yapılmamasına göre farklı yaptırımlar uygulanan bir suçtur. Farklı soylardan kişilerin yaptığı zina suçlarında, zaniler mağdur koca tarafından dövülür. Yaşlıların araya girmesiyle belirlenen tazminatın ödenmesi ihtilafın çözümü için yeterlidir. Bundan sonra suçlulara ilişilmez.³⁰⁸ Ancak farklı köylerde yaşayan, anasoylu gruplar arasında yapılan zina fiilinde, zina yapan erkeğin soyu kendisini

²⁹⁹ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 39 - Pospisil, *Kapauku...*, s.146

³⁰⁰ Chagnon, *op. cit.*, s. 35

³⁰¹ *Ibid.*, s. 347

³⁰² Kottak, *Cultural...*, s. 141- Chagnon, *op. cit.*, s. 348-350

³⁰³ Kottak, *Cultural...*, s.141,144

³⁰⁴ Chagnon, *op. cit.*, s. 161-162

³⁰⁵ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 56

³⁰⁶ Pospisil, *Ibid.*, s. 57

³⁰⁷ Pospisil, *The Kapauku...*, s. 58

tam olarak desteklemiş, bu nedenle köyler arasında küçük bir savaş yaşanmıştır.³⁰⁹ Bunun iki sebebi vardır: Birincisi zina yapan erkeğin mağdur ve yakınlarına karşı koymamak ve saldırmamak yükümü olmasına rağmen, vakada erkek akrabalarıyla bir olup tüm güçleriyle saldırmıştır. İkincisi fiili işleyenlerin ya köy reisine sığınması ya da mesele çözülünceye kadar köy dışında saklanması gerekirken bu usûle de riayet edilmemiş ve kavga bu yüzden savaşa dönüşmüştür. İkinci usûlün çiğnenme gerekçesi, büyük bir ihtimalle zani erkeğin farklı bir köyden olmasıdır.

Kelsen'den Hoebel'a kadar kimi yazarların uluslararası hukuku, ilkel hukuk olarak nitelendirdiklerini görüyoruz.³¹⁰ Hangi ilkel hukuk sorusunu sorduğumuzda, yazarlarımızdan sarıh bir cevap alamazsak da; devletler arası ilişkilere benzetilenin, ilkel hukukun negatif karşılıklılık ilkesine göre uygulandığı alan olduğu söylenebilir. Kelsen'e göre uluslararası devletler hukuku, yaptırımı savaş ve misilleme olan ilkel hukuk niteliği taşısa da gerçek bir hukuksal düzeni ifade eder.³¹¹ Yabancı ve düşmanlarla yürütülecek ilişkilerde, hukuk yerine diplomasi ve savaşın kullanılması dün olduğu gibi bugün de geçerlidir. Yanlılık uluslar arası arenada, güce dayalı ilişki biçimlerinin günümüzde hukuk olarak sunulmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle "...uluslararası kamu hukuku profesörlerinin' tüm belagatlerine karşın, gerçekte bir hukuk yoktur, olan, 'güçlünün yarasıdır'"³¹² diyen Castoriadis'in gerçekliği tam olarak betimlediğini söyleyebiliriz. Savaş ve negatif karşılıklılığa dayalı misilleme eylemleri, tarafların kendi güçleri oranında uygulayabildikleri fiili durumlar olduğu için, üstün bir otoritenin bulunmadığı, meşru kurallar yerine çıkarın konulduğu düzene hukuk düzeni demek mümkün değildir.

³⁰⁸ Köbber, *Ibid.*, s.121

³⁰⁹ *Ibid.*, s.122,

³¹⁰ Hoebel, *Man...*, s. 484 - Kelsen, *op. cit.*, s.58

³¹¹ H. Kelsen, *General Theory of State* 'den aktaran A. Güriz, *op. cit.*, s. 350

³¹² C. Castoriadis, *Dünyaya, İnsana ve Tabiata Dair*, s. 295, Çev. Hülya Tufan, İletişim, 1993, İstanbul

SONUÇ:

Hukukun en basit toplumlardan başlayıp günümüze kadar uzanan gelişimine antropoloji verileri ışığı altında bakan çalışmanın sonuna yaklaşırken, tüm verilerin değerlendirmesini yapma vakti de gelmiş bulunuyor.

Devlet öncesi örgütlenme yapısına sahip toplumların, çatışmaları sona erdirerek, düzeni sağlamak için, hukuk işleviyle donanmış ayrı bir yapıya sahip olmadıklarını, kişisel, yüzyüze ilişkilere dayalı, resmi olmayan bir denetimle, düzen ihtiyacının karşılandığı sonucuna ulaşmış bulunuyoruz. Böyle bir sonucun konuya ilgi duyan tüm antropologlarca paylaşılmadığına hiç kuşku yok. Çünkü belirgin bir hukuksal yapının bulunmayışına dayanarak, birçok yazarca ilkel toplumlarda hukukun da bulunmadığı yorumu yapılmıştır. Düşünce bulanıklığına neden olan önyargıların birkaçına göz atacak olursak karşımıza şöyle bir tablo çıkar:

İlk sorun, devletle hukuku özdeşleştirmekten kaynaklanır: Bu görüşü savunan yazarlara göre, ilkel toplum bir devlete sahip olmadığı için, yürürlüğe konulmuş yasalardan mahrum toplumlardaki, örf, adet ve gelenekler de hukuk olarak adlandırılmayacaktır. Oysa ilkel toplumların, siyasal dizgeleri aracılığıyla, kaba güç ve şiddeti dışladıkları bilinen bir gerçektir. En basit toplumlarda bile siyaset, varlık sebebini şiddeti denetlemekte bulunduğu göre, bu toplumların düzenin tesisine yönelik siyasetle, hukuk arasındaki içsel bağın farkında olduklarını söyleyebiliriz. Çünkü siyasi kurumlara sahip olan her toplum aynı zamanda hukuksal bir bütündür. İhtilafları çözerek, çatışmaları sona erdirmek zorunda olan bir toplum için, düzeni tesis etmek basit bir tercih olmayıp hayati bir zorunluluktur. Bu amaca nasıl ulaşılacağı, hangi usüllerin kullanılacağı sorunu ise bizi tartışmanın ikinci sorununa götürür.

Her toplumun kabul edilmiş meşru kuralları olduğuna göre, sorun, bu kuralların yaptırımlandırılmasında izlenecek usûlün nasıl olması gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır. Kuralların konulması ve denetimi, meclis, mahkemeler ve kolluk güçleri gibi kişi dışı örgütlenmeler eliyle yürütülmedikçe ortada hukuk yoktur iddiasına, hukukun kesin ve tek bir anlamı olması gerektiğine ilişkin kabulün, modern toplumlar için geçerli olduğu cevabı verilebilir. Bu görüş, esasen devletle hukuku özdeşleştirdiği için ilkel toplumların hukuka sahip olmadığını ileri süren iddianın devamı niteliğindedir. Redfield'in ayırımına sadık kalarak, hukuk kuralının ilki kişi davranışlarını sınırlayan ve yönlendiren kavramsal yönü ikincisi de, ihlal halinde zorlayıcı tedbirleri uygulayan mahkeme ve hapisane gibi yapısal yöne sahip olduğunu kabul ettiğimiz için, belirli bir düzenliliğe ve soyutluğa ulaşmadıkça

hukuktan bahsedilemeyeceği görüşünü kabul etmiyoruz. Hiç kuşkusuz, ilkel toplumun sapkın davranışa uyguladığı yaptırımların nitelik ve niceliği modern toplumlardan çok farklıdır. Modern toplumlar ihtilafların halli için, cebrin doğrudan uygulandığı veya yedekte tutulduğu yargılama dışında bir usüle başvurmazken, ilkel toplumun çok daha fazla seçeneğe olduğunu görüyoruz. Çatışmanın giderilmesinde ilkel hukukun sahip olduğu usûller konunun bir başka yönünü oluşturması nedeniyle daha ayrıntılı bakışı hak etmektedir.

İhtilafa bakış açısı, ilkel hukukla modern hukuku farklılaştıran ilk noktadır. İlkel düşünüş, toplumsal hayatı kesintiye uğratması ve dengenin bozulmasına yol açması nedeniyle, çatışmanın, en üst değer olarak kabul edilen toplumsal bütünlüğe zarar verdiğini düşünür. Oysa modern hukuklar için, tarafların hukuk düzeni içinde mahkemelere taşınması, toplumsal düzeni bozma potansiyeline sahip olmadığı için özel bir anlama sahip değildir. İlkel toplumda yargılama, tarafların ilerde yan yana yaşayacakları gerçeğinden hareketle, belirli bir denge ve uzlaşının sağlanması amacıyla yöneliktir. Bir karar, taraflardan biri davasında yüzde yüz haklı olsa bile, diğerinin bütüncül kaybına yol açmaz. Mutlaka kazanan tarafın da eksik ve kusurlarına işaret edilerek, tazminat bir miktar düşürülür ki kaybeden taraf, daha sonra kin ve nefret duygularıyla hareket etmesin. Amaç, haklı tarafın tam kazanan olmasından ziyade, aile, klan ya da kabile bütünlük ve düzenine en uygun olan çözümdür. İlerde yeni bir ihtilafa yol açmamak için, taraflardan az alıp az vermeye dayalı, tam tatmin yerine uzlaşmayı ön planda tutan kararlar verilir. Toplum öylesine bir denge kurmuştur ki, kişi başkaları için tehdit oluşturmadığı gibi, bir başkasının tehditi altında da değildir.

Oysa modern hukuklar, kişiyi ve çıkarlarını korumayı biricik amaç edindikleri için, yargılama, taraflardan birinin tam kaybına yol açacak şekilde toplamı sıfır olan bir kumara dönüşür. Yasaların desteklediği tarafı tam olarak koruyan hükümler, ya o ya bu şeklindeki bir tercihle, uzlaşma yerine, daha sonraki çatışmaların kaynağı haline gelir. İhtilafa bakış açılarındaki köklü farklılıklar dışında, sorunların ağırlık derecesine göre resmi yargılama ve müzakereler dışında, ilkel toplumun gayri resmi çözüm yolları da mevcuttur.

Belirli suçlar için resmi, katı ve aleni çözüm usûlleri sunan ilkel hukuk, özellikle aile bireylerini, karı koca ilişkilerini veya komşuları ilgilendiren küçük kusurlar için, daha yumuşak, içe dönük ve katı sonuçlardan uzak çözüm usûllerine sahiptir. Amaç, üzüntü ve kederin yok edilerek, aile içi veya komşular arası gerginliklerin, hukukun ilgi alanına girecek kadar büyümeden çözüme kavuşturulmasıdır. Böylece gerçek çatışma ve ihtilafların önüne geçildiği için resmi hukuk usûllerinin yükü de azaltılmış olur. Genel hatlarıyla, şikayet eden ve edilen tarafın aile büyükleri ve komşular önünde gerginlik konusu olayı anlatarak, karşı taraftan taleplerini dile getirdiği toplantılardır. Komşuların yorumlarıyla, büyüklerin

tavsiyeleri çözümün anahtarı olacaktır. Herhangi bir ceza verilmesi veya tazminat ödemesi yapılmaz. Modern psikoterapi tekniklerine benzer bir sürecin kullanıldığı toplantılarda, kusurlu tarafın hatasını kabul ederek özür dilemesi, diğer tarafında özürü kabul ederek uzlaşması beklenir. Hoşgörü göstererek kusurlu tarafı affedenler, yüksek ruhlu insan olarak, toplumun takdir ve tasvibiyle ödüllendirilir. Kaybeden taraftan, toplantıya katılan misafirlere çerez, içki ve tatlı gibi maddi külfet içermeyen gıdalar sunması istenir. İçtenlik, hoşgörü, zorlamanın bulunmayışı, tarafları yakınlaştırmaya yönelik çabalar, resmi hukuk usûllerine göre avantajları oluşturur. “*Ev palavraları*”, “*şarkı düellosu*”, “*yakala*” toplantıları gibi gayri resmi çözüm yolları, ancak resmi usûllerin yanında ve aile içi veya komşular arasındaki hafif kusurlu eylemler için kullanıldığında anlamlıdır. İlkel hukukun, modern yargılama usûllerine göre bir üstünlüğü de bu tür teknikleri başarıyla kullanmasından kaynaklanır. Birlikte yaşamının anahtarı olan uzlaşma ve hoşgörünün, günlük hayatın her alanına incelikli olarak işlenmesi hususu, Hoebel’in da belirttiği gibi modern kültürlerin asla başarılı olamadığı bir alandır.

Avcı-göçebe obalar, sürekli hareket halinde olmalarının doğal sonucu olarak, tabii kaynaklar üzerinde mülkiyet ilişkisi kurmaktan uzaktır. Dolayısıyla tabii kaynakların kullanımı ve denetime ilişkin ihtilaflar bu toplumların hayatında az yer tutar. Sürekli hareket etmenin ikinci sonucu toplulukta yaşayan insan sayısının yüzölçümlerinin altında olmasıdır. Sayıca azlık, kişilerin tüm davranışlarının grupça bilinmesini ve denetim altında tutulmasını kolaylaştıran bir faktördür. Grubun dışında yaşama şansının hemen hemen bulunmaması, kişi üzerindeki denetimin neredeyse mutlak olması sonucunu doğurur. Daha da önemlisi çatışmaların ve kişilerin zıt konumlarda bulunmasının nedeni olan “farklı çıkar” kavramı henüz bu toplumların bedenine yerleşmemiştir. Kişisel çıkar kavramının hala çok uzaklarda olması sebebiyle grup, üyenin davranışlarını sınırlama noktasında tam yetkilidir. Avlanmadan, korunmaya, su temininden barınmaya kadar günlük işlerin birçoğu, grubun uyumlu birlikteliğini zorunlu kıldığı için, en küçük ihtilaflar bile bütünü tehlikeye düşürür. Gecikme ve gevşekliğin felakete sonuçlanacak olması, kuralları ihlal edenlere verilecek cevabın niteliğini ve kesinliğini de etkiler. Sık sık bahsettiğimiz kişisel ve yüzyüze denetim sürecinin işlevselliği bu noktada devreye girmektedir. Grubun dağılmasına yol açacak davranışlara göz yummakla, katı bir denetim mekanizmasıyla mütecevazın cezalandırılması şıkları arasında tercihte bulunmak zorunda olan topluluk, şartların zorlaması nedeniyle her zaman ikinci şıkka yakın durur. Biraz önce değindiğimiz gibi kişilerin karşıt konumlara geçip, çatışmasını gerektirecek çıkarlar, kadına ilişkin ihtilafları saymazsak yok denecek kadar azdır. Zaten dış evlilik kuralını uygulayan obalar, kadınlara ilişkin sorunları da asgariye

indirmiştir. Diğer pürüzlü alan yabancılar ve komşu obalarla yürütülen ilişkilerden doğar. Kan davası, savaş ve çatışma ihtimalini en aza indirmek amacıyla grup, üyelerinin çatışma potansiyeli taşıyan davranışlarına kesin bir sınırlama getirir. Bu tür sapkın davranışların ya bizzat grup tarafından ya da suçlunun zarar gören tarafa teslim edilmesi yoluyla cezalandırılması, üyelerin yabancılarla karşı suç işleme potansiyelini azaltarak avcı-göçebeler arasındaki çatışmaları asgariye indirir. Belirli toprak parçalarının veya su kaynaklarının sürekli sahiplenilmesi söz konusu olmadığından, diğer obalarla en önemli çatışma odağı da ortadan kalkmaktadır. Nüfusun azlığı bu kaynaklara duyulan ihtiyacı azaltmakta, dolayısıyla tüketim baskısına dayalı çatışmalar asgariye inmektedir.

Materyal kültürdeki yetersizliğe bağlı olarak üretimin kişisel ihtiyaçlara göre düzenlenmesi, artı değer oluşumunu imkansız hale getirerek iç ve dış sömürüye dayalı servet birikimini engeller. Sürecin çatışmaların azaltılmasına iki yönlü katkı sağladığı açıktır. Bir yandan talan edilecek yahut yağmalanacak servetin bulunmayışı, dış saldırı ihtimalini azaltırken, öte yandan Oppenheimer'ın "siyasi yollar" olarak tanımladığı, ürün fazlasına elkoyan yönetici sınıfın oluşumu engellenir. Sürecin sömürüye dayalı katmanlaşma ve sınıflaşmanın aleyhinde olduğu açıktır. Topluluk, eşitliğe dayalı özdeş yapısını koruyabildiği sürece, karşıt çıkarların ortaya çıkmasının asıl nedeni olan toplumsal yapının katmanlaşmasını da engelleyebilecektir. Böylece katmanlaşmaya dayalı içsömürünün ve buna bağlı çatışmalara karşı bağışıklık kazanılmış olur.

Toplumsal yapının akrabalık temeline dayanması, çatışan tarafların yakın akraba veya komşu olma ihtimalini oldukça fazlalaştırdığından, ortak akrabaların aracılığı ihtilafların halli için yeterli olmaktadır. Tabii kaynaklara ulaşımın herkese açık olması, servet farklılıklarına dayalı eşitsizliğin kurumsallaşmasını ve buna bağlı çatışmaları engellemektedir. Nüfusun az oluşu, grubun bütünlük duygusunu pekiştirirken, geçim araçlarının sınırlılığı farklı çıkarların elde edilmesini imkansızlaştırarak, muhtemel çatışmaların önüne geçmektedir. Elli altmış kişilik bir grup içinde birey, günlük hayatın her aşamasında grubuna bağlı olacağı için, yüzyüze ilişkilerin baskısını her an hissetmekte, çıkacak bir ihtilafın olumsuz sonuçlarından doğrudan etkileneceği için gerginlikten özenle kaçınmaktadır. Topluluğun yargısı, kişinin yalnızca kınanıp aşağılanmasına değil dışlanıp sürgün edilmesine, dolayısıyla hayatına mal olabilecektir.

Toplumsal düzenin etkin bir şekilde sağlanmasına katkıda bulunan diğer bağ, toplumun bir bütün olarak tabiatüstüyle veya kutsalla kurduğu ilişkide aranmalıdır. Oba ve kabile örgütlenmesi, din adamlarına, düzenli kutsama törenlerine veya büyük mabetlere yer vermez. Daha çok ata ruhlarına, yeryüzünde veya gökyüzünde bulunan varlıkların, insanları

etkilediği kabul edilen görünmez güçlerine inanılır. İnançlara ve bunlara dayanan ritüellere topluca baktığımızda, toplumla tabiatın aynı yasalarla yönetilen tek bir bütün, tek bir düzen olarak algılandığını görürüz. Bu inanç toplumsal düzensizlikle, tabii felaketler arasında doğrudan bağ kurduğu için, kişiler, muhtemel felaketlerden korunmanın en iyi yolunun kurallara sıkı sıkıya riayet etmekten geçtiğini öğrenir ve buna uyum hareket eder. Hastalık, kıtlık sel v.b. felaketlerden korunmak isteniyorsa, ataların işaret ettiği tabulara uyulmalıdır. Bu tür inanışlar, toplumsal kuralların ihlalini engellemek için, son derece güçlü ve kolayca reddedilemeyecek argümanlarla ilkel zihni kuşatmıştır.

İlkel toplumun geçmişiyle ve tabiatla kurduğu ilişkinin anahtarı olan mitoloji, Douuté tarafından, “ortak iradenin cisimleşmesi” olarak tanımlanmıştır. Birçok toplumsal kuralın kökeni, atalardan kalma mitolojilere dayandığına göre, buradan şu sonuca ulaşılması son derece mantıklı olacaktır: “Kutsal anlatı” olarak kuşaktan kuşağa aktarılan efsaneler, aslında toplumun uyulmasını istediği kuralların ata ruhları aracılığıyla, dile getirilmesinden başka bir şey değildir. Buraya bir nokta koyduktan sonra, özellikle şeflik aşamasında tabuların belirli çıkarların korunmasına yönelik olarak konulmasını, yukarda anlattığımız ve toplumun bütününe içine alan inançlardan farklı bir yere koyduğumuzu belirtelim. Şef’in karısıyla cinsel ilişkiyi engellemenin veya Avrupalı tüccarlarla ticareti sınırlamanın bir aracı olarak tabu, toplumun hakim katmanlarına hizmet ettiği için, öncekilerin bir karikatürü olarak kabul edilmelidir.

Ne var ki toplumlar yerleşik hayat ve tarımla yasak meyveyi keşfetmekte çok gecikmezler. Böylece insanoğlunun çatışmalara dayalı acılı serüveni de başlamış olur. Bahçecilik ve tarım, yalnızca insanlara günlük ihtiyaçlarından fazlasını üretebilme imkanı sağlamamış, aynı zamanda fazla ürünün çeşitli yollarla ele geçirilmesi imkanını da doğurmuştur. İlk sorun, en verimli topraklarla, buraları sulamak için gerekli suların elde edilmesi ve korunmasında ortaya çıkacaktır. Tabii kaynakların elde tutulması, dış mücadeleyi, yeri geldiğinde savaşmayı gerektirir. Düşman yağmasından korunmak için sürekli ve silahlı bir gücün bulundurulması zorunluluğu da bu dönemde başlamış olmalıdır. Bu durum verimli ovalarla akarsuları, sürekli mücadele halindeki toplumların birinci hedefi haline getirir. Mezopotomya ve Mısır’ın en eski devletlere beşiklik etmesinin kökeninde verimli ovaların bulunması, tarımla toplumsal katmanlaşma, toplumsal katmanlaşmayla da devlet arasındaki içsel bağı gözler önüne serer.

Kabile örgütlenmesinde; hiçkimse hiçbir meslekte uzman değildir. Ne tam zamanlı bir savaşçı ne de tam zamanlı bir şaman vardır. Hatta liderler bile, herkes gibi tarlada çalışmak zorunda olan kişilerdir. Kutsallık ve soyluluk da toplumun tümüne aittir ve her bir üye ona

eşit mesafede bulunur. Merkezileşme, bir soyun öne çıkararak diğerleriyle girdiği silahlı mücadelede üstünlük sağlamasının sonucudur. Soylar arası ilk mücadele aynı zamanda ilk bölünme ve farklılaşmanın da başlamasına işaret eder. Toplum, birbirine eşit kişi ve soylardan oluşurken, birinin diğerlerinden üstün olduğu ve merkeze yerleştiği bir yapıya evrilmiştir.

Öte yandan daha katı ve acımasız bir mücadelenin toplum içinde sürdürülmesine az kalmıştır. Çünkü ihtiyaç fazlası ürünlerin taliplisi yalnızca yabancılar ve düşmanlar değildir. Dönüşüm, mal mübadelesinden ihtilafların haline, soylululuk ideolojisinden kutsallığa kadar her alanda etkili olmuş, toplumsal hayat daha öncekilere benzemeyen bir çehreye kavuşmuştur. Aile ve soylar arasında genelleştirilmiş mübadeleye uygun olarak el değiştiren malların bir kısmı, önceleri armağan, sonraları haraç olarak merkezi temsil eden şef'e gönderilmeye başlanmıştır. Çalışılmadan elde edilen ürünler, merkezin diğerleri üzerinde kurulacak tahakkümünün ilk işareti ve aynı zamanda toplumsal sömürü mekanizmasının da çekirdeğidir.

Toplumun kutsalla ilişkisi de dramatik bir değişikliğe uğramıştır. Doğrudan ve bütüncül bir karaktere sahip olan bağ, önce merkezi temsil eden şefin aracılığıyla dolaylı hale gelmiş bu da yetmemiş, toplumu oluşturan alt soyların sayısı kadar derecelere bölünmüştür. Şef hemen her yerde kutsal nitelikleri bedeninde toplayan başrahip kimliğine bürünürken, kendi soyu da kutsallıkta en üst sıraya yerleşmiştir. Toplumsal katmanlaşmaya uygun olarak kutsallığın derecesinde üst soylardan alta doğru giderek azalmıştır. Katmanlaşma ve hiyerarşinin, tarih öncesinde nasıl oluştuğunu açıklayan efsaneler ise düzenin devamı için ihtiyaç duyulan kutsama ve meşruiyet sağlama görevini kuşaktan kuşağa aktararak yerine getirmeye başlamışlardır. Rahip, şaman veya her ne ad alırsa alsın toplumun tabiatüstü ya da kutsalla ilişkisini sağlayan kişiler, artık merkezin ya da daha doğru bir tanımla şefin temsilcisi, çoğu zamanda görevlisine dönüşür. Kutsal ve toplum arasında ki doğrudan ilişki, şef ve din adamlarının, toplumla kutsal arasında üstlendikleri aracılıkla kırılmaya uğramıştır. Kutsal törenler, toplumda üretilen her türlü malın şeflere armağan olarak verilmesi için mevsimden mevsime tekrarlanmaktadır. Törenlerin yoğunluğu, armağan ve haraçların artışıyla birlikte iktidarın artışına da işaret edecektir. Bu yön değişimi, en başta şefin sahip olduğu gücün yoğunlaşmasına katkıda bulunur. Mutlak iktidara giden yol bir adım daha kısalmıştır.

Oba ve Kabileler, şeflik ve devlet örgütlenmelerine göre belirgin bir hukuksal yapıdan mahrum olmalarıyla dikkat çeker. Ancak, ekonomiden dine, dış ticaretten siyasi iktidara kadar birçok yapının da resmi bir organizasyona gidilmeden yürütülmesi, bizi ayrı bir hukuksal

yapının ihtiyaç olup olmadığı sorusuyla karşı karşıya bırakır. Soruya olumsuz cevap vermenin daha mantıklı olduğu görülmektedir.

İlk dönem hukuk anlayışı, basit ve katı çizgilere sahiptir. Kısasa kısas şeklinde özetlenebilecek ilk hukuk kuralı, uğranılan zarar her ne olursa olsun, müteceviz ve yakınlarına aynıyla karşılık vermeyi içerir. Zarara karşılık vermek, aile ya da soyun gücü ve mücadele kapasitesine bağlı olacağından böyle bir kuralın tamamen özel hukuk kapsamı içinde kaldığından şüphe yoktur. Tarafların gücü oranında uygulanma imkanına sahip olduğu için, kısasin, hukuk kuralı olamayacağına ilişkin itirazlar olsa da cevap bu toplumlardan gelmektedir. Şiddet ve cinayet sarmalında kaybolup gideceği düşünülen toplumlar, toplumsal hayatlarında sakinlikleri ile dikkat çekmektedir. Devletin baskılayıcı iktidarı olmadan sağlanan bu düzenlilik, kuralın temelindeki sağlam dengeden ve ihtiyaçları karşılamadaki başarısından kaynaklanır.

Tam bir karşılıklılığa dayanan ilk hukuk kuralı –kısasa kısas,- ilkel toplumsal örgütlenmede aile ve soy gibi daha küçük grupların, birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemekte son derece işlevseldir. Yerleşik hayata geçilmesiyle birlikte toplumsal örgütlenme klan ve kabile boyutuna ulaştınca, yoğunlaşan ilişkilere paralel olarak, temelindeki sağlam mantık korunarak, yeni şartlara uyarlanması gerekmiştir. Kural, merkezinde aile ve hanenin bulunduğu en küçük daireden, dış çevrede kabilenin yer aldığı üst üste geçmiş dairelere benzer bir örgütlenmeyi esas alacak şekilde yeniden tanımlanmıştır. Hem akrabalık bağının hem de yerleşim ilkesinin dikkate alındığı haliyle ilke, her durumda misliyle karşılık verme yerine, karşılıklılık ilkesine göre farklı uygulamalara imkan tanıyacaktır. Üç farklı alanı Sahlins'in bölümlemesine uygun olarak Genelleştirilmiş, Dengelenmiş ve Negatif Karşılıklılık alanları olarak sıralamış ve yerlilerin uygulamalarına gerekçe olarak sundukları vecizeleri de başlık olarak kullanmıştı. En dikkat çekici husus, kişilerin malları mübadele ederken riayet ettikleri karşılıklılık ilkesinin, hukuk kurallarının da uygulanmasına öncülük ettiğinin ortaya çıkmasıdır. İlkel zihin, toplum içindeki mal akışını akrabalık esasına dayanan karşılıklılık ilişkisiyle düzenlemekle kalmamış, aynı ilkenin hukuk kurallarının nasıl uygulanacağını göstermesini de kabul etmiştir. Akrabalık sistemi içinde mal akışına paralel bir hukuk tatbikatı, yasaların tarafsız ve eşit uygulanacağı kabulüyle hareket eden günümüz insanı için anlaşılmaz görünsede ilkel toplumsal yapı için son derece işlevseldir. Daha öncede belirttiğimiz gibi, dayanışma ve sadakatin en yoğun olduğu, en sık ilişkilerin yaşandığı birinci dairede yer alan aile bireyleri, işledikleri suçlardan dolayı takip edilmez. Derin hoşgörünün sınırları hırsızlık gibi basit suçlardan cinayet gibi en ağır suçlara kadar genişleyebilir. İkinci daire, uzak akrabaları, aynı yerde yaşayanları, siyasi bütünün genişliğine göre klan ve kabile

üyelerini kapsar. Burası, en eski kuralın, yani kısasa kısas'ın benzeri uygulamalarına sahne olur. Diğer soy ve klanlarla girilen mücadelede zayıf düşmemek, gelecekteki muhtemel tecavüzleri engellemek ve toplumsal hiyerarşideki yeri korumak amacıyla, her bir soy ya da klan, üyelerinin uğradığı zararı misliyle karşılamak için çabalar. Lex Talionis'ten farkı, müzakere sürecine ve pazarlığa imkan tanımasıdır; işlenen bir cinayete derhal bir cinayete karşılık vermek yerine, toplumca kabul edilmiş miktarda tazminatın kabulü de pekala mümkündür. Bu yol taraflar arasında müzakere ve pazarlık yapılmasına imkan verecek ticari ya da siyasi bağların daha önceden kurulmuş olmasını gerektirir. Eğer kabile veya şeflikler arasında akrabalığa, siyasete ya da ticarete dayalı bağlar mevcut değilse, hukukun uygulanması farklı bir boyuta taşınacaktır. Suç işleyenin yabancı veya düşman olması, öngörülen ceza ve tazminatların kat kat ağırlaştırılmasına sebep olur. Ceza ve tazminatlardaki artış, çoğu zaman ayrı siyasi bütünler arasındaki savaş ve çatışmaların başlıca kaynağını oluşturur. Dengelenmiş Karşılıklılık alanında tazminat ödenerek kapatılacak bir suç, eğer yabancı veya düşman kabul edilen grupların topraklarında işlenmiş ise cezası çok çok ağırlaştırılacak, suçun ciddiyetine göre kişinin hayatına bile mal olabilecektir. Durumu kabullenmekte zorlanan suçlunun grubu, çoğu zaman silaha sarılır ve küçük çaplı bir savaş kaçınılmaz olur. Genel eğilim grupların, diğeriyle olan ilişkilerinde, aradaki dengenin sürdürülmesine imkan tanıyan ilkeye bağlı kalması yönünde olsa da soylar arasındaki denge yukarda değinilen şartlara bağlı olarak değişecektir.

İlkel toplumun, hukukla akrabalık arasında kurmuş olduğu doğrudan bağı, yalnızca karşılıklılık ilkesiyle açıklamak, biçimsel açıdan doyurucu olsa da yetersizdir. Çünkü akrabalığın ilkel toplumlarda yüklendiği işlevi anlamak için, gözlerimizi yapının altında yatan çıkar ilişkilerine çevirmemiz gerekir. İlkel toplum, mal mübadelesinden, hukukun nasıl uygulanacağına kadar bir dizi toplumsal ilişkiyi, akrabalık yapısı üzerinden düzenlese de akrabalığın, biyolojik bağlara yaslanan, nesnel bir gerçekliğe sahip olmadığını biliyoruz. O halde nesnel bir temelden mahrum olan ve her yerde toplumsallığın özü olarak kurgulanan akrabalık, niçin tüm toplumlarda vazgeçilemez bir bağ olarak kabul edilmektedir? Şayet akrabalığı, hukukla çıkar arasındaki doğrudan bağın üzerini örten bir perde olarak düşünürsek, soruların doğru cevabına ulaşmış oluruz. Toplumsal düzende, kişilerin diğerlerine karşı tutumlarını belirleyen akrabalık perdesi kaldırılınca, kurallarla çıkarların yanyanalığı rahatlıkla görülebilir. Burada soyut ve evrensel bir hukuk yerine, akrabalık yapısının bir değişkeni olarak hukuk kavramı benimsenmiştir. Kuralların kişiden kişiye farklılaşması sonucunu doğuran bu izafilik, akrabalığın, çıkarların korunması için kullanılan etkin bir

şablon olmasından kaynaklanmaktadır. Buradan hukukun, toplumsal çıkarlardan bağımsız olarak düşünülemediği sonucunu çıkartabiliriz.

Karşılıklılık ilkesinin, devlet örgütlenmesinin olmadığı toplumsal yapı içinde son derece işlevsel olduğunu biraz önce söylemiştik. Henüz devletin ortada gözükmediği şartlarda, merkezileşme ve yoğunlaşmanın artışıyla kurulan şefliklerde bile dengelerin yavaş yavaş değiştiğini görmekteyiz. Her ne kadar şeflikler de akrabalığa dayalı toplumsal örgütlenme olması nedeniyle ilkel ve basit diye nitelendirilse de belli bir soyun ve onun reisinin hiyerarşide en üstte olması, diğerlerinin bunu izlemesi, toplumsal yapı ve hukuk tatbikatında önemli değişikliklere yol açmıştır. Şeflikler arası alan yine negatif karşılıklılığa dayansa da bir şefin otoritesine tabi insanlar arasında, ilkenin değişikliğe uğraması kaçınılmazdır. Şef yalnızca siyasi iktidarı kullanan bir yönetici değil aynı zamanda en yüksek hakim olduğu için uyrukları arasındaki her türlü ihtilafa müdahale yetkisine sahiptir. Bu müdahale denk tarafların hakları için yaptıkları mücadeleden çok farklıdır. Çünkü şef, hiyerarşideki konumuna uygun olarak sahip olduğu iktidar sayesinde, tarafları yargılar ve gerekirse cezalandırır. Devlet iktidarının ufukta belirmesi olarak yorumlanabilecek bu müdahale, ilkel hukukun kırılma noktasını oluşturur. İlk değişiklik, tarafların hakları için mücadele ettiği ve pazarlıktan adam öldürmeye kadar tüm sürecin belirli gruplarca yürütüldüğü ve bu nedenle özel hukuk olarak adlandırdığımız alanın giderek daralmaya başlamasıdır. Şef ve adamları, yargılama işlevini üstlenip suçluları cezalandırmaya başladığında kamu hukuku yavaş yavaş ortaya çıkmaya başlamış olur. Gerçi tarafların haklarını temin etmek için mücadele ettikleri ve siyasi iktidarın aktif müdahaleden kaçındığı bir alan günümüze kadar korunmuştur. Ancak bu alan, en önemli çıkarların ve hakların siyasal merkezin otoritesine tabi kılınması nedeniyle gittikçe zayıflamış ve önemsiz hale gelmiştir.

Şefin artan iktidarı, toplumda yaşayan her üye ya da alt grup ile hukuk arasındaki doğrudan bağın zayıflamasına neden olacaktır. İlkel hukukun en önde gelen özelliğinin, aynı zamanda en zayıf nokta olarak görülen, yaptırımların kişi ya da alt grupların inisiyatifinde bulunması nedeniyle, özel hukukun kamu hukuku üzerindeki baskınlığı olduğunu daha önce ifade etmiştik. Ancak bu nitelik, kişiyle çıkar arasındaki ilişkiyi, hiç kimsenin aracılığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya ve koparılamaz şekilde tesis ettiği için, hukukun etkinliğine azımsanmayacak bir katkıda bulunur. Her üye, şahsi çıkarıyla hukuk arasındaki bağın farkındadır. Buna bağlı olarak toplumsal hayatta her ihlal, çıkarları zarara uğrayan belirli insan gruplarının müdahalesiyle karşılaşır. Oba ve kabile örgütlenmesi, eşitliğe dayanan ve katmanlaşmayı reddeden yapısıyla, her bir alt grubun, karşılıklılık ilkesine göre kuralları uygulamasına imkan tanır. Liderin görevi, kimin hangi hakka sahip olduğunu

söylemek değil, ihtilafa ilişkin kadim kuralların hatırlatılması olacaktır. Oysa iktidarını artırabildiği oranda şefler, yargılama güçlerini kullanarak, hakların belirleyicisi konumuna yükselir. Gerektiğinde ihdas edilen yeni kurallar, toplumun bütününe değil belirli gruplara, özellikle şef ve klanına ya da diğer üst katmanlara imtiyazlar tanır. Ata ruhları aracılığıyla konuşan oba ve kabile toplumlarında kurallar, toplumun tamamını kucaklayıp, çatışmadan kaçınmanın yollarını gösterirken, şefin ağzından konuşmak zorunda kalan kabile toplumlarında hukuk, belirli bir soyun veya siyasi iktidarın tekil çıkarına hizmet ettiği oranda, yeni çatışmaların kaynağı haline gelir. Toplumsal katmanlaşmaya bağlı olarak hukuk, bütünü değil belirli bir parçayı, çoğunlukla da merkezi temsil etmeye başlar. Süreç, hakkın yalnızca siyasi iktidarı kullanan seçkinler tarafından belirlendiği devlet örgütlenmesine geçilmesiyle tamamlanır.

İkinci değişiklik hak sahipliği konusunda olmuştur. Daha önce bir hak daima belirli ve gerçek bir şahsa ait iken –tabuları ve tabiatüstüne karşı işlenen suçları istisna olarak bir kenara koyalım- nihai olarak şef ve adamlarında cisimleşen, soyut bir siyasi iktidarın tanımladığı fiiller suç haline gelmiştir. Afrika şefliklerinde, intihar etmenin şefin otoritesine karşı geldiği gerekçesiyle suç kabul edilmesi daha önce benzerine hiçbir ilkel toplumda rastlanmayan bir olgudur. Hiç şüphesiz birçok toplum intiharı günah vb. yollarla uzak durulması gereken bir eylem olarak kabul etmiştir. Herhangi birine karşı olmayan ve herhangi bir zarar doğurmayan bir fiilin cezalandırılması, bu toplumlarda daha önce rastlanmayan bir ilişki –siyasi iktidar- sayesinde mümkün hale gelmiştir.

Hukukun özü kabul edilen adaletin, teraziyile simgeleştirildiği bir dünyada, antropolojinin, hukukla çıkar, çıkarla toplumsal yapılar arasında kurduğu içsel ve doğrudan bağlar son derece itici olacaktır. Hiç kuşkusuz etkileyici ve ideal olan terazi simgesi, modern toplumların hukuk bilincini yansıtmaya devam edecektir. Ancak tezimizin de göstermiş olduğu gibi terazinin “bize” yakın kefesinin ağır basması, hiç de şaşırtıcı bir sonuç olmayacaktır. Yazısız toplumlar, “Biz” kavramını akrabalık üzerinden tanımlarken, günümüz toplumları aynı şeyi, ulus devletin “vatandaş/vatandaş olmayan” ayrımı üzerinden temellendirir. Tarihsel süreç içerisinde “biz” kavramının belli bir ırkla, dinle veya sınıfla doldurulmuş olmasının sonuç üzerine etkili olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Çünkü tüm örneklerde içerik değişse de kişilerin farklı statülere sahip olmasının yasal veya diğer gerekçeleri her zaman yeniden icad edilmektedir.

Hukukun, evrensel olarak düşünülmesine karşı çıkan ve daha çok yerelliğini öne çıkaran Geertz'i, bu bağlamda bir kez daha anmanın gerekli olduğunu düşünüyorum.

Son söz olarak, hukukun çıkarlardan bağımsız olarak düşünölemeyeceğini, her kuralın belirli bir çıkara hizmet ettiğini ve her kim evrensel kurallardan söz ediyorsa, esasen o kişinin çıkarlarını, dünyanın her noktasına yayma amacına sahip olduğunu söyleyebiliriz.



KAYNAKÇA

- ABELES, Marc..... **Devletin Antropolojisi**, Çev.: Nazlı Ökten, Kesit, İstanbul, 1998
- ABRAHAMS, Ray. "Vigilantism: Order and Disorder on the Frontiers of the State", **Inside and Outside of Law**, Ed., Olivia Harris, Routledge, London, 1996, pp. 41-55
- AKAL, Cemal Bâli. **İktidarın Üç Yüzü**, Dost, Ankara, 1998
- ARAL, Vecdi. **Toplum ve Adaletli Yaşam**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988
- ARAL, Vecdi. **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- ARIK, İ. Alev..... **Motivasyon ve Heyecan Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, Psikoloji Bölümü, Yayınlanmamış Ders Notları.
- AUBERT, W. "Law as a Way of Resolving Conflicts: The case of Small Industrialized Society, " **Law in Culture and Society**, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997, pp., 282-304
- AUGE, Marc. **Çağdaş Dünyaların Antropolojisi**, Çev., Hülya Tufan, Kesit, İstanbul, 1995
- BADOU, Gérard. **Hotanto Venüsü**, Çev.: Pınar Dirim, Epsilon, İstanbul, 2003
- BARNOUW, Victor. **An Introduction to Anthropology, Volume 2; Ethnology**, The Dorsey Press, Illionis, 1978
- BARTON, Roy Franklin. **The Kalingas, Their Institutions and Custom Law**, The University of Chicago Press, Chicago, 1949
- BARTON, Roy Franklin. "Procedure Among the Ifugaos," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannan, NewYork, The Natural History Press, 1967, pp, 161-181
- BATAILLE, Georges. **Erotizm**, Çev.: Mehmet Mukadder Yakupoğlu, Bilkamat Basım Sanayi, Ankara, 1993

- BEALS, Ralph L. **An Introduction to Anthropology**, The Macmillan Company, New York, 1965
- HOIJER, Harry. **Siyasal İcadı**, Çev.: Nihat Ülner, İletişim, İstanbul, 1999
- BENEDICT, Ruth. **Culture Of Patterns**, Mentor Book, New York, 1952
- BENEDICT, Ruth. **Kültür Örüntüleri**, Çev., Mustafa Topal, Öteki, İstanbul, 1998
- BOHANNAN, Paul. **Social Anthropology**, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1966
- BOHANNAN, Paul. "The Differing Realms of the Law," **Law and Warfare**, Ed. Paul Bohannan, The Natural History Press, New York, 1967, pp., 43-55
- BOHANNAN, Paul. Ed., **Law and Warfare**, The Natural History Press, New York, 1967
- BOURDIEU, Pier. **Pratik Nedenler / Eylem Kuramı Üzerine**, Çev.: Hülya Tufan, Kesit, İstanbul, 1995
- BURRIDGE, K.O.L. "Disputing in Tangu," **Law and Warfare**, Ed. Paul Bohannan, The Natural History Press, New York, 1967, pp., 205- 232
- CASTORIADIS, Cornelius. **Dünyaya, İnsana ve Tabiata Dair**, Çev. Hülya Tufan, İletişim, İstanbul, 1993
- CASSIRER, Ernst. **Devlet Efsanesi**, Çev.: Necla Arat, Remzi, İstanbul, 1984
- CASSIRER, Ernst. **İnsan Üstüne Bir Deneme, İnsan Kültürü Felsefesine Bir Giriş**, Çev.: Necla Arat, Y.K.Y., İstanbul, 1997
- CEMAL, Mustafa. **Eşitlikçi Toplular**, Belge, İstanbul, 1996
- CHAGNON, Napoleon A. **Yanomamö, Savaşa Doğanlar**, Çev: Burcu Bölükbaşı, Epsilon, İstanbul, 2004
- CLASTRES, Pierre. **Vahşi Savaşçının Mutsuzluğu, Siyasi Antropoloji Çalışmaları**, Çev.: Alev Türker- Mehmet Sert, Ayrıntı, İstanbul, 1992

- COHN, Bernard S., “Some Notes on Law and Change in North India,” **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannon, New York, The Natural History Press, 1967, pp, 139-159
- COLLINS, John J. **Anthropology: Culture, Society and Evolution**, Prentice- Hall, New Jersey, 1975
- D’ANGLURES, Bernard Saladin.... “Eskimolar,” Çev., Mehmet Emin Özcan, **Antik Dünya ve Geleneksel Toplumlarda Dinler ve Mitolojiler Sözlüğü**, Yöneten Yves Bonnefoy, Çeviri Ed. Levent Yılmaz, C. 1, Dost, Ankara, 2000, sayfa, 240- 247,
- DEMBOUR, Marie-Bénédicte. “Human Rights Talk and Anthropological Ambivalence: The Particular Context of Universal Claims,” **Inside and Outside of Law**, Ed., Olivia Harris, Routledge, London, 1996, pp,19-40
- DIAMOND, Jared, **Tüfek, Mikrop ve Çelik; İnsan Topluluklarının Yazgıları**, Çev.: Ülker İnce, Tübitak, Ankara, 2003
- DREIER, Ralf. “Hukuk Kavramı,” Çev.: Altan Heper, **H.F.S.A. 2 Kitap**, AFA, İstanbul, 1995
- ELIADE, Mircea. **Mitlerin Özellikleri**, Çev., Sema Rifat, Om, İstanbul, 2001
- EPSTEİN, A.L. **The Craft of Social Anthropology**, Tavistock Publications, London, 1967
- EVANS-PRITCHARD, Edward. **Sosyal Antropoloji**, Çev.: Fuat Aydın, Murat İnce, Muharrem Kılıç, Birey, İstanbul, 1998
- EVANS-PRITCHARD, Edward. **İlkelerde Din**, Çev.: Hüsen Portakal, Öteki, İstanbul,1998
- FABIAN, Johannes. **Zaman ve Öteki**, Çev., Selçuk Budak, Bilim ve Sanat, Ankara, 1999
- FEİFER, George. “Justice in Moscow: Ten Days’ Normal Fare,” **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannon, New York, The Natural History Press, 1967, pp, 93-115
- FOUCAULT, Michel. **Ders Özetleri, 1970-1984**, Çev.: Selahattin Hilav, Y.K.Y., İstanbul, 1993

- FOUCAULT, Michel. **Ethics, Essential Work of Michel Foucault 1954-1984**,
Edited Paul Rabinow, Penguin, London, 2000
- FRAKE, Charles O., "Struck by Speech: The Yakan Concept of Litigation,"
Law in Culture and Society, Ed., Laura Nader,
University of California Press, California, 1997, pp.,
147-167
- FRAZER, James George. **Altın Dal**, C. 1, Çev., Mehmet H. Doğan, Payel,
İstanbul, 1991
- FRAZER, James George. **Altın Dal**, C. 2, Çev., Mehmet H. Doğan, Payel,
İstanbul, 1992
- FRIED, John.- **Anthropology, The Study of People**,
Harper and Row Publishers, Inc. New York, 1977
- PFEIFFER, John E.
- GARAUDY, Roger. **İsrail, Mitler ve Terör**, Pınar, İstanbul, 1997
- GEERTZ, Clifford. **Local Knowledge, Further Essays in Interpretive
Anthropology**, Basic Books, 1983, U.S.A.
- GIBBS, James L. "The Kpelle Moot," **Law and Warfare**, Ed. By.,
Paul Bohannan, New York, The Natural History Press,
1967, pp., 277- 289
- GIBBS, James L. "Law and Personality: Signposts for a New Directions,"
Law and Warfare, Ed. By., Paul Bohannan, New York,
The Natural History Press, 1967, pp., 176- 207
- GLENDHILL, John. **Power & Its Disguises, Anthropological Perspectives
on Politics**, Pluto Press, London, 1994
- GLUCKMAN, Max. "The Judicial Process Among the Barotse," **Law and
Warfare**, Ed. By., Paul Bohannan, New York, The
Natural History Press, 1967, pp, 59-91
- GLUCKMAN, Max. **Politics, Law and Ritual in Tribal Society**, Basil
Blackwell, Oxford, 1971
- GLUCKMAN, Max. "Concepts in the Comparative Study of Tribal Law,"
Law in Culture and Society, Ed., Laura Nader,
University of California Press, California, 1997, pp.,
349-373
- GÖZE, Ayferi. **Siyasi Düşünceler ve Yönetimler**, Beta, İstanbul, 1993

- GULBRANDSEN, Ornulf. "Living Their Lives in Courts: The Counter-Hegemonic Force of the Tswana Kgotla in a Colonial Context," **Inside and Outside of Law**, Ed., Olivia Harris, Routledge, London, 1996, pp. 125-156
- GULLIVER, P.H. "Introduction to Case Studies of Law in non-western Societies," **Law in Culture and Society**, Ed. By., Laura Nader, University of California Press, California, 1997
- GULLIVER, P.H. "Dispute Settlement Without Courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania," **Law in Culture and Society**, Ed. By., Laura Nader, University of California Press, California, 1997
- GÜRİZ, Adnan. **Hukuk Felsefesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1985
- GÜVENÇ, Bozkurt. **İnsan ve Kültür**, Remzi, İstanbul, 1994
- HARRIS, Marvin. **Yamyamlar ve Krallar, Kültürlerin Kökenleri**, Çev., M. Fatih Gümüş, İmge, Ankara, 1994
- HARRIS, Marvin. **İnekler, Domuzlar , Savaşlar ve Cadılar / Kültür Bilmeceleri**, Çev., M. Fatih Gümüş, İmge, Ankara, 1995
- HARRIS, Olivia. Ed., **Inside and Outside of Law**, Routledge, London, 1996
- HARTOG, François..... **Tarih, Başkalık, Zamansallık**, Çev.: M. Emin Özcan-Levent Yılmaz- Adnan Kahiloğulları, Dost, Ankara, 2000
- HASLUCK, Margaret. "The Albanian Blood Feud," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannon, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 381-407
- HAVILAND, Willam A. **Cultural Anthropology**, Holt Rinehart and Winston, New York, 1978
- HEUSCH, Luc De. "Kutsal Krallıklar," Çev., Jean Louis Mattei, **Antik Dünya ve Geleneksel Toplumlarda Dinler ve Mitolojiler Sözlüğü**, Yöneten Yves Bonnefoy, Çeviri Ed. Levent Yılmaz, C. 2, Dost, Ankara, 2000, sayfa: 682-686

- HOEBEL, E. Adamson. "Introduction The Kalingas," R.F. Barton, **The Kalingas, Their Institutions and Custom Law**, The University of Chicago Press, Chicago, 1949, p.p.1-5
- HOEBEL, E. Adamson. **Man in the Primitive World, An Introduction to Anthropology**, McGraw- Hill Book Company, New York, 1958
- HOEBEL, E. Adamson. "Law-Ways of Comanche Indians," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannan, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 183-203
- HOEBEL, E. Adamson. "Song Duels among the Eskimo," **Law and Warfare** Ed., Paul Bohannan The Natural History Press, 1967, pp., 255-265
- HOEBEL, E. Adamson. **Anthropology: The Study of Man**, McGraw- Hill Book Company, New York, 1972
- HOEBEL, E. Adamson. "Keresan Pueblo Law," **Law in Culture and Society**, Ed. By., Laura Nader, University of California Press, First Paper Printing, California, 1997, pp., 92-116
- JENNINGS, Jesse D. Ed., **Readings in Anthropology**, McGraw- Hill Book Company, New York, 1972
- KARSTEN, Rafael. "Blood Revenge and War Among The Jibaro Indians of Eastern Ecuador," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannan, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 303-325
- KELSEN, Hans. **Society and Nature; A Sociological Inquiry**, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. LTD., London, 1946
- KOCH, Klaus- Friedrich. "Hukuk ve Antropoloji; Disiplinler Arası Araştırma Üzerine Notlar," Çev.: Mehmet Tevfik Özcan, **İ.Ü.H.F.M.**, C. LIV, İstanbul, 1994, s. 435-451,
- KOTTAK, Conrad Phillip,..... **Cultural Anthropology**, Random House, New York, 1975
- KOTTAK, Conrad Phillip,..... **Antropoloji, İnsan Çeşitliliğine Bir Bakış**, Çev. Edit., Sibel Özbudun, Ütopya, Ankara, 2001

- KÖBBEN, Andre J.F.“Law at the Village Level: The Cottica Djuka of Surinam,” **Law in Culture and Society**, Ed. By., Laura Nader, University of California Press, First Paper Printing, California, 1997, pp., 117-140
- KURU, Baki.**Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, c.II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980
- LAMPE, Ernst Joachim.“Hukukun Kavram ve Gelişmesi,” Çev.: Ahmet Ulvi Türkbağ, **H.F.S.A. 2.Kitap**, AFA, İstanbul, 1995
- LAS CASAS, Bartolomé dé.**Kızılderiiler Nasıl Yok Edildi?**, Çev. : Meryem Ural, Şule, İstanbul, 1997
- LEVI-STRAUSS, Claude. **The Elemantary Structures of Kinship**, İngilizce’ye Çev.: James Harle Bell – John Richard von Sturmer, Beacon Press, Boston, 1969
- LEVI-STRAUSS, Claude. **Din ve Büyü**, Çev.: Ahmet Güngören, Yol, İstanbul, 1993
- LEVI-STRAUSS, Claude. **Structural Anthropology**, Volume 1, Translated; Claire Jacopson – Brooke Grundfest Schoepf, Penguin Books, Reprinted, London, 1993
- LEVI-STRAUSS, Claude. **Yaban Düşünce**, Çev.: Tahsin Yücel, Y.K.Y. İstanbul, 1994
- LEVI-STRAUSS, Claude. **Structural Anthropology**, Volume 2, Translated; Monique Layton, Penguin Books, Reprinted, London, 1994
- LEVI-STRAUSS, Claude. **Hüzünlü Dönenceler**, Çeviren; Ömer Bozkurt, Yapı Kredi, İstanbul 1994
- LEVI-STRAUSS, Claude. **İrk, Tarih ve Kültür**, Çev.: Haldun Bayrı, Reha Erdem, Arzu Oyacıoğlu, Işık Ergüden, Metis, İstanbul, 1997
- LEWIS, Oscar. **Tepoztlan, Meksika’da Bir Köy**, Çev., Çiğdem Girgiç Çalap, Epsilon, İstanbul, 2002
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime and Custom in Savage Society**, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co.,Ltd. London 1926 U.K.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Yabani Toplumda Suç ve Gelenek**, Çev.: Şemsa Yeğın, Epsilon, İstanbul, 2004

- MEAD, Margaret. **Coming of Age in Samoa**, foreword by Frans Boas, Mentor Books, New York, 1952
- MEEK, Charles K. "Ibo Law," **Readings in Anthropology**, Ed. By., Jesse D. Jennings - E. Adamson Hoebel, McGraw- Hill Book Company, New York, 1972, pp., 247-258
- MOORE, Sally Falk. "Descent and Legal Position," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannan, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 374-400
- MORRIS, Desmond. **Çıplak Maymun**, Çev.: Nuray Yavuz, İnkılap, İstanbul, 1990
- NADER, Laura. "An Analysis of Zapotec Law Cases," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannan, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 117-137
- NADER, Laura. "Styles of Court Procedure: To Make the Balance," **Law in Culture and Society**, Ed. By., Laura Nader, University of California Press, First Paper Printing, California, 1997, pp., 69-91
- NADER, Laura. Ed. , **Law in Culture and Society**, University of California Press, First Paper Printing, California, 1997
- NEIHARDT, John G. **İri Boynuzlu Kara Geyik Anlatıyor**, Çev.: Ünsal Özünlü, İmge, Ankara, 1998
- NIETZSCHE, Friedrich. **The Birth of Tragedy**, Translated by Clifton P. Fadiman, Dover Publications, Inc., New York, 1995
- NIETZSCHE, Friedrich..... **İyinin ve Kötünün Ötesinde**, Çev.: Ahmet İnam, Gündoğan, Ankara, 1997
- NIETZSCHE, Friedrich..... **Ahlakın Soykütüğü Üstüne**, Çev.: Ahmet İnam, Gündoğan, Ankara, 1998
- OPPENHEIMER, Franz..... **Devlet**, Çev., Alaaddin Şenel- Yavuz Sabuncu, Engin, İstanbul, 1997
- ÖNDER, Ayhan. **Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- ÖRNEK, Sedat Veyis. **100 Soruda İlkelerde Din, Büyü, Sanat, Efsane**, Gerçek, İstanbul, 1988

- ÖZCAN, Mehmet Tevfik. "Etik Değerlendirme ve Sosyo-Etik Grup Yargısı,"
Argumentum, C.1, N:9 Nisan, İstanbul 1991
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik. "Hukuk Olgusunun Sosyolojik Elemanları," Mahmut R.
Belik'e Armağan, **İ.Ü.H.F.**, 1993, s. 307-333
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik. **İlkel Toplumlar da Toplumsal Kontrol; Hukuk Dışı
Mekanizmalar ve İlkel Hukuk**, Özne, İstanbul, 1998
- ÖZCAN, Mehmet Tevfik. **Hukuk Sosyolojisine Giriş**, Donkişot, İstanbul, 2001
- PICON, François-René..... "Göçebelik," Çev., Yunus Koç, **Antik Dünya ve
Geleneksel Toplumlar da Dinler ve Mitolojiler
Sözlüğü**, Yöneten Yves Bonnefoy, Çeviri Ed. Levent
Yılmaz, C. 1, Dost, Ankara, 2000, Sayfa: 340-341
- POLANYI, Karl. **Büyük Dönüşüm / Çağımızın Siyasal ve Ekonomik
Kökenleri**, Çev., Ayşe Buğra, İletişim, İstanbul, 2003
- POSPISIL, Leopold. **The Kapauku Papuans of West New Guinea**, Holt
Rinehart and Winston, New York, 1963
- POSPISIL, Leopold. **Kapauku Papuans and Their Law**, Reprinted, Human
Relations Area Files, U.S.A. 1964
- POSPISIL, Leopold. "The Attributes of Law," **Law and Warfare**, Ed.
By., Paul Bohannan, The Natural History Press, New
York, 1967, pp., 25-41
- POSPISIL, Leopold. "Structural Change and Primitive Law: Consequences of
Papuan Legal Case," **Law in Culture and Society**, Ed.,
Laura Nader, University of California Press, California,
1997, pp., 208-229
- RADBRUCH, Gustav. "Beş Dakika Hukuk Felsefesi," Çev.: Hayrettin Ökçesiz,
H.F.S.A. 2 Kitap, AFA, İstanbul, 1995
- RADCLIFFE-BROWN, A.R. **Structure and Function in Primitive Society, Essays
and Adresses**, Foreword by., E.E. Evans- Pritchard and
Fred Eggan, The Free Press, New York, 1965
- RADCLIFFE-BROWN, A.R. "Toplumsal Yapı," Çev.: Mehmet Tevfik Özcan,
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Haz.: Hayrettin
Ökçesiz, İstanbul, 1993, s. 121-134

- RADCLIFFE-BROWN, A.R. "Toplumsal Yapıtlımlar," Çev.: Mehmet Tefvik Özcan,
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Haz.: Hayrettin
Ökçesiz, İstanbul, 1993, s. 135-140
- REDFIELD, Robert.. "Primitive Law," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul
Bohannon, The Natural History Press, New York,
1967, pp., 3-24
- REDFIELD, Robert. "İlkel Hukuk," Çev. H.B. Gemalmaz, **İ.Ü.H.F.M.**, C.
LX, S. 1-2, İstanbul, 2002
- REED, Evelyn. **Kadının Evrimi**, C. I, Çev.: Şemsa Yeğın, Payel,
İstanbul, 1994
- REED, Evelyn. **Kadının Evrimi**, C. II, Çev.: Şemsa Yeğın, Payel,
İstanbul, 1995
- ROSALDO, Renato. **Culture and Truth: The Erosion of Classic Norms,
Encountering Cultures; Reading and Writing in a
Changing World**, Ed., Richard Holton, Prentice Hall,
Englewood Cliffs, New Jersey, 1992, pp., 476-494
- SAHLINS, Marshall. **Stone Age Economics**, Aldine Publishing Company,
Chicago, U.S.A., t.y.
- SAHLINS, Marshall. **Tarih Adaları**, Çev.: C. Hakan Arslan, Dost, Ankara,
1998
- SCHAPERA, I. **A Handbook of Tswana Law and Custom**, Frank Cass
& Co. Ltd., London, 1970
- SCHAPERA, I. "Uniformity and Variation in Chief-Made-Law: Tswana
Case Study," **Law in Culture and Society**, Ed., Laura
Nader, University of California Press, California, 1997,
PP., 230-244
- SCHWARTZ, Richard D.- "Hukuksal Evrimleşme ve Toplumsal Karmaşıklık,"
MİLLER, James C. Çev.: Sururi Aktaş, **Atatürk Üniversitesi Erzincan
Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. III, S. 1, s. 195-213
- SCHEURMANN, Erich. **Göğü Delen Adam Samao'yı Anlatıyor**, Çev.: Erol
Özbek, Ayrıntı, İstanbul, 1993
- SERVICE, Elman Rogers., **The Hunters**, Prentice Hall, INC., Englewood Cliffs,
New Jersey, 1979

- ŞERİF, Muzaffer. **Sosyal Kuralların Psikolojisi**, Çev.: İsmail Sandıkçıoğlu, Alan, İstanbul, 1985
- ŞİMŞEK, Sefa. **Törelere Aynasında Doğu ve Batı**, Asa Kitabevi, Bursa, 1998
- TEWKSBURY, William J. "The Ordeal as a Vehicle for a Divine Intervention in Medieval Europe," **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannon, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 267-270
- TEZCAN, Mahmut..... **Kültürel Antropoloji**, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1997
- TEZCAN, Mahmut..... **Türk Aile Antropolojisi**, İmge, Ankara, 2000
- TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**, Beta, İstanbul, 1991
- TOPÇUOĞLU, Hamide. **Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara, 1963
- TOSUN, Mebrure. **Sumer, Babil, Assur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu-Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1989
- TURNER, Jonathan H. "Hukuksal Sistem Evrimi: Analitik Bir Model" Çev.: Haydar Burak Gemalmaz, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXI, Sayı: 1-2, s. 417-440, İstanbul, 2003
- UMUR, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987
- ÜNSAL, Artun. **Anadolu'da Kan Davası**, Çev.: Niyazi Öktem - Emre Öktem, Y.K.Y., İstanbul, 2003
- ÜSTÜNDAĞ, Saim. **Medeni Yargılama Hukuku**, Yaylacık Matbaası, İstanbul, 1992
- VAYDA, Andrew P. "Maori Warfare", **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannon, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 359-380

- VERDIER, Raymond.“Ontology of the Judicial Thought of the Kabré of Northern Togo,” **Law in Culture and Society**, Ed., Laura Nader, University of California Press, California, 1997, pp., 141-146
- WAGNER, Peter.**Modernliğin Sosyolojisi, Özgürlük ve Cezalandırma**, Çev.: Mehmet Küçük, Sarmal, İstanbul, 1996
- WARNER, Esther.“A Liberian Ordeal,” **Law and Warfare**, Ed. By., Paul Bohannan, New York, The Natural History Press, 1967, pp., 271-275
- WEBER, Alfred.**Felsefe Tarihi**, Çev.: H. Vehbi Eralp, Sosyal, İstanbul, 1991
- WEBER, Max.**Sosyoloji Yazıları**, Çev. Taha Parla, Hürriyet Vakfı, İstanbul,1993.
- WELLS, Calvin.**Sosyal Antropoloji Açısından İnsan ve Dünyası**, Çev.: Bozkurt Güvenç, Remzi, İstanbul, 1994
- YALOM, Irvin D.**Divan**, Çev.: Özden Arıkan, Ayrıntı, İstanbul 2003
- ZERZAN, John.**Gelecekteki İlkel**, Çev., Cemal Atila, Kaos, İstanbul, 2000

ÖZGEÇMİŞ

10.07.1971 Kayseri. Sırasıyla Kayseri Selçuk İlkokulunu, Kırşehir Çiçekdağı Lisesini (Orta Bölümü) ve Kütahya Sağlık Meslek Lisesini bitirerek 1990 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans eğitimine başladı. 1994 yılında Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 1995-1998 yılları arasında aynı üniversitenin Sosyal Bilimler Enstitüsünden Yüksek Lisans Derecesini alarak, 1998 yılında Kamu Hukuku Doktora programına kaydoldu. Halen İstanbul Vakıflar Bölge Müdürlüğünde avukat olarak çalışmaktadır.

