

**YAZILI HUKUKUN HAREKET NOKTASI OLARAK  
İLKEL HUKUK \***

*Mehmet Tevfik ÖZCAN \*\**

**I — GİRİŞ**

*Sayın Başkan,  
Sayın Hocalarım ve Değerli Dinleyiciler*

Konuşmama başlamadan önce, bu toplantıyı düzenleyen İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Eskiçağ Dilleri ve Kültürleri Bölümünün Değerli Başkanı Prof. Dr. Ali Dinçol'a ve diğer bölüm mensuplarına çabalarından dolayı teşekkür ederim.

Öncelikle, tarihinin metodu ile toplumsal bilimlerin diğer disiplinlerinin ilişkisi üzerine birkaç noktaya değinmekte yarar görüyorum. Zira, «Hukuk Sosyolojisi», hatta daha dar bir sınırlamayla, ilkel toplumlardaki olguları inceleyen «Hukuk Antropolojisi» tam bir toplumsal bilim disiplindir. Toplumsal bilimlerde, doğa bilimlerindeki gibi, gözlem ve deneyle doğrulanabilen bilgiler esastır. Bu, pürüzsüz ve problem çıkarmayan metotlara dayanır değildir. En azından, bilimsel bilgi için olguların seçilmesi ve değerlendirilmesi büyük önem taşır. Bir genelleme olarak, toplumsal bilimlerde bilimsel bilgiler, paradigmatik nitelikteki varsayımların oluşturulması ve bunların gözlemlenen olgularla test edilmesi tarzındaki etkinliklere dayanır. Bundan dolayı, paradigma oluşturmaya yönelik çalışmalar ve belli bir paradigma içinde gerçekleşen araştırmalar toplumsal bilimcinin temel etkinlikleri-

---

\* «Eskiçağ'da Hukuk» konulu Alkım konferansları III çerçevesinde 16. Nisan 1990 tarihinde sunulan konuşmanın metnidir.

\*\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Araştırma Görevlisi.

dir. Toplumsal bilimlerde bilgilerin nihai doğrulanışı, yaşama uygulanabilmesi, bunların kullanılışıyla arzulanan sonuçların elde edilmesi, yani pratiğe uygulanabilirliğidir.

Ben bir tarihçi değilim; bu bakımdan da, tarih metodu üzerine iddialı açıklamalarda bulunacak değilim. Ancak, tarihçiliğin bilimsel şekilde yürütülmesinin de, aynı tür paradigmatik varsayımların olgularla test edilmesiyle olanaklı olduğu görüşündeyim. Burada, tarihçinin görece bir güçlüğü var. Bu güçlük, tarihçinin verileri toplamasında karşılaştığı engeller ve çalışmanın sonuçlarının yaşama uygulanabilirliğinin güçlüğü ve/veya olanaksızlığıdır. Bunlar, sıklıkla, tarihçiyi sınırlandırır. Bu sınırları aşmak adına yapılan çabalar verilerle desteklenen düzeyi aştığı ölçüde de tehlike büyür. Bu noktada, tarihçinin sezgisi her şeyin yerini almaya başlar. Bunun sonucunda ise, bilimsel olmayan ve ideolojik nitelikte bir söylem ortaya çıkar. Belirtilen tehlikelerden kaçınmanın yolu, kanımca, daha bol veriye ve karşılaştırmada kullanılabilir daha fazla sayıda örneğe sahip olmaktır. Ayrıca, bunlara, kullanılması tarihçi için zorunluk olan «indirgeme»nin tehlikelerinin her zaman hatırlanması eklenmelidir.

Tarihsel toplumlar uygar toplumlardır. Tarihçinin en güvenilir verilerini oluşturan yazılı veriler de bu gelişim düzeyine aittir. Uygarlık, *birikimsel* bir tarih yaklaşımıyla, farklı kaynaklardan gelen elemanların toplamıdır. Uygar bir topluma ilişkin kaba çizgilerle yapılan bir betimleme bu elemanları ortaya koyar :

i — En temel unsur, gelişmiş materyal kültürdür. Bu gelişmişlik, en azından, ayrı bir üretim faaliyeti olarak zanaatçılığın mevcudiyetidir. Bu aynı zamanda, yüksek düzeyde emek üretkenliği, ve artı-emek veya ekonomik artı üretimidir.

ii — Kentin ortaya çıkması.

iii — Yüksek yoğunlukta nüfus.

iv — Yönetimsel işlevlerin kurumlaştırılması ve organlaştırılması. En azından kayıtları tutabilmek için yazı kullanımı.

v — Etnik kökenleri farklı insanların bir arada yaşamaları ve karmaşık toplum/karmaşık kültür.

vi — Birleştirici ideoloji olarak dinin ön planda gelmesi; dinsel bağın etniklerdeki *esprit de corps*'un yerini alması.

vii — İlerlemiş bir toplumsal tabakalanma.

viii — Yönetim işlevlerindeki kurumlaşmayla koşut olarak, egemenlik araçlarının kurumlaşması. Siyasal erk sahibinin veya görevlilerinin yargısal işlevleri. Keza yaptırım uygulamasının da belli görevlilerce yapılması. Polis, ordu ve hapishanelerin oluşturulması.

Tarihsel toplumlar, ilkel toplumlardan hareketle gerçekleşen evrimleşmenin sonucudur. İkel toplumlar, materyal kültürleri tarımından bağımsız bir zanaatkârlığın çıkışı öncesinde yer alırlar. Bunların materyal kültürleri, sırasıyla şu gelişmişlik düzeyindedir: i - Besin toplayıcılığı, ii - avcılık, iii - bahçe tarımcılığı ve iv - hayvancılık. Her bir tekil ilkel toplum, bu yaşam sürdürme tekniklerinin biri veya birkaçının üzerine kuruludur. Gerçi, materyal kültürünü tanımak, toplumu tanımakla eşdeğer değildir ve esasen kültürün başka fenomenlerinden gelen değişkenlerin de etkili olduğu toplumsal yapının araştırılması gerekir. Ancak, yine de, buradaki amaçlarımız bakımından, uygar toplumu ortaya çıkaran evrimleşmede materyal kültür başat rolü oynar.

İkel toplumlar, kural olarak yazıya sahip değildir; bu sıfatla, onlara ait tarihsel verilere ulaşma olanağımız yoktur. Bu olgu, çağdaş etnoloji ve antropolojinin incelediği yaşayan ilkel toplumlar kadar, hukuku bu toplantılarda incelenen tarihsel toplumların öncesindeki ilkel toplumlar açısından da aynıdır. İkel toplumlar, tarihsiz değildir. Onlar da, uygar toplumlar gibi zaman süreci içinde değişimler yaşarlar ve yapıları farklılaşır. Ancak, onlara ait tarihsel verilere ulaşamayız. Bu yüzden, teorik bir araştırma olarak, ilkel toplumları, bizi burada ilgilendirdiği üzere hukuklarını ve benzer fonksiyonları ifa eden toplumsal mekanizmalarını tarih dışı verilerden hareketle incelemek zorundayız. Ayrıca belirtmeye gerek yok ki, bu verilerin ait olduğu alanlar, başta etnoloji ve sosyal antropoloji olmak üzere, toplumsal bilim disiplinleridir. Bu araştırmanın teorik nitelikteki sonuçlarını, geçmişte yaşamış, üstelik her durumda bütün cephelerini bildiğimizi iddia edemeyeceğimiz tarihsel toplumların bilgisiyle uyumlu kılmak her zaman kolay değildir, hatta bazen tümüyle olanaksızdır. Fakat, bilimsel açıklama getirmek bakımından başka bir olanağa sahip değiliz ve tarihsel toplumların tarihöncesi dönemlerini ancak bu çalışmanın teorik sonuçlarını kullanarak *yeniden kurgulayabiliriz*.

## II — OLGU OLARAK HUKUK VE HUKUK-DIŞI TOPLUMSAL KONTROL

Bir ilkel toplumda hukuku incelemenin önkoşulu, öncelikle onun sosyolojik elemanlarını ihtiva eden bir tanıma sahip olmaktır. Bu tanıma kavramsal bir saptama olarak değil, «iő aleti» gözüyle bakmak gerekir. Yukarıda belirttiğim gibi, ilkel toplumlar yazısız toplumlardır. Bu yüzden, çağdaş veya geçmişte kalmıő bir topluma sadece yazılı belgelerden (yasalardan, mahkeme kararlarından veya idari emirlerden) hareketle yapılacak bir yaklaşım yetersiz kalacaktır. Dahası, böyle bir yaklaşım ilkel toplumların bütününe hukuksuz saymamızı gerektirecek, bu da tarihsel toplumlardaki hukukun evrimleşmesine ilişkin bir çok soruyu cevapsız bırakacaktır.

Yazısız bir ilkel toplumdaki hukuku incelemeye yönelik yaklaşım olgudan hareketle yapılmak gerekir. Bir toplumda yazılı yasalar, yazıya geçirilerek korunan yargı kararları veya belirli bir toplumsal organ olarak görevlendirilmiş hukukçular bulunmayabilir. Ancak, buna rağmen, fonksiyonları diğer fonksiyonlardan ayrılmamıő, ancak *case-law* olarak hukuka vücut veren iktidar merkezleri bulunabilir. Nitekim, hukuka olgusal yaklaşım, bu olguları açığa çıkarabilir. Bu anlamda, «hukuk, ihlâlinde yargılama yetkisine fiilen sahip veya bu yetkisi toplumca tanınmıő bir iktidar merkezinin düzenli surette uyumsuzluk konusu norm ihlâllerini yargılaması ve merkezi gücüyle yaptırımlandırmasıdır.» Yapmıő olduğum tanımı açarsak Őu unsurları karőımızda buluruz:

- i — Normatif eleman.
- ii — Tek bir iktidar merkezi veya iktidar merkezlerinin yetkili kıldığı Őahıs ya da organlar.
- iii — Yargılama; norma aykırılığın rasyonel Şekilde deđerlendiriliői.
- iv — Yaptırım.
- v — Düzenlilik.

Hukuk sosyolojisinin amaçlarına yönelik olan bu saptama, yalnız belli bir pozitif hukuk sistemi içinde kavramsallaőtırılmıő

hukuku değil, bununla birlikte diğer «yaşayan hukuk» olgularını da içine alır. Olguların büyük bölümünde, toplumsal yaşamın kendiliğinden işleyen mekanizmi içinde oluşmuş sosyal normlar (örf ve âdet, ahlâk, teamül vb.) iktidar merkezince desteklenerek hukuklaşır. İktidar merkezi normun içerdiği «olması gereken»i yeniden formülendirerek (*re-institutionalized*) primer norm haline getirir, düzenli surette uyguladığı yaptırımla destekler; bu suretle alelade bir sosyal norm hukuklaşır. Buradaki düzenlilik, pozitif hukuk sistemlerinin kavramsal yapısına bağlı olan mantıksal bütünlük değil, olguların dıştan gözlemlenebilir şekilde yinelenişinden kaynaklanan düzenliliktir. Yazıya sahip olmayan ilkel toplumların hukuk olgularının ezici çoğunluğu bu yaklaşımla saptanabilen *case-law* uygulamalarıdır. Bu arada, az da olsa, uygar toplumlardaki gibi, yasama örneklerine rastlanmıştır (örneğin, Fingo Şefi'nin, Zulu Kralı'nın, Ashanti Şefleri'nin, İbo Yaşlılar Meclisi'nin, Cheyenne Askeri Birliği'nin yasama niteliğindeki tasarrufları). Bunlarda davranışsal «olması gereken»i bildiren kural, daha önceden mevcut bir toplumsal norma dayanmaz, ilgili konuda kişilerin hak ve yükümlülüklerini geleceğe yönelik şekilde tamamen özgün olarak düzenlenir. Bunların saptanabilmesi de, yazıya sahip olmayan toplumlara ait olduğundan, olgusal şekilde mümkün olur.

Olgu olarak hukuk, oluşumundaki karmaşıklıktan dolayı birden fazla etkenden etkilenmiştir. Bunların en temel olanları, norm oluşumunda kendiliğinden ortaya koyduğu etkenler ve iktidar merkezinin şekillenmesinden gelenlerdir. İktidar merkezinde yönetim erkini kullananlar, toplumun çıkarı adına davranırlar. Ancak, bu çıkarın, salt iktidar sahipliğinden kaynaklanan yöneticinin çıkarı ile çelişmemesi gerekir. Yani, ikisi arasında çelişki doğduğunda, iktidar sosyal normu destekleme biçimindeki hukuksal fonksiyonunu bir yana bırakıp, salt siyasal davranışı ortaya koyar. Bu yüzden, iktidarın siyasal nitelikli davranışını hukuka ilişkin fonksiyonlarından ayırd etmek gerekir. Bunun yanında, iktidar ilişkilerinin uyruk/egemen farklılaşmasına dayanması, toplumdaki her türden farklılaşmanın iktidar yapılarında sonul ifadesini bulmasını sağlar. En alt düzeydeki farklılaşma, yaş ve cinsiyete göre şekillenen statü ve rol farklılaşmasıdır. Bu farklılaşma iktidar yapılarının en basit olduğu koşullardadır. Bunun ya-

nında, bireysel yeteneklerden, ekonomik olanaklardan kaynaklanan farklılaşmalar ve bunların kalıcı hale gelmiş biçimi olan toplumsal tabakalanma (kast, kölelik, zümre, servet ve sosyal sınıf farklılaşmaları) iktidar yapılarının belli bir toplumdaki eylemsel varlığıyla ilişkilendirir. Bunların tümü, sonul olarak, değişen ağırlıklarda, hukuk olgularında etkisini gösterir.

Burada, bir de *hukuk olgusu* ile *hukuksal* sayabileceğimiz olguları ayırd etmemiz gerekir. Gelişmiş hukuk sistemlerinde, hukuk, insan ilişkilerinin her cephesini değişen ağırlıklarda kapsamı içine alır. Bu suretle, daha önceleri hukukun alanına girmemiş olgular hukuksallaşır. Örneğin, bütün toplumlarda mevcut bulunan rüşt yaşını ele alalım. Gelişmiş bir hukuk sistemine sahip bir toplumda, bu yaş (rakamsal ölçüleri toplumdan topluma değişmekle birlikte) hukukun düzenleme alanı içindedir. Oysa, yukarıda belirttiğim ölçüler içinde hukuka sahip olmayan bir toplumda, rüşt yaşı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu yüzden, gelişmiş bir hukuk sistemi içinde hukukun alanında yer tutan bir konunun ilkel toplumdaki benzerini bulduğumuzda, hemen «hukuksal» damgasını basmamamız, bundan önce o toplumdaki hukuk olgularının mevcudiyetini ve hangi ilişkileri kapsamına aldığını incelememiz gerekir.

İlkel toplumlarda hukuk, toplumsal fonksiyonunu diğer toplumsal kontrol mekanizmaları ve yaptırım sistemleriyle paylaşmış durumdadır. Bu anlamda, hukukun hiç mevcut bulunmadığı toplumlar söz konusu edilebilir. Böyle bir toplumda, hukuksuzluk kaos ve anarşinin eşdeğeri değildir; aksine, hukuk-dışı yaptırım sistemleri bu açığı kapatır. Esasen, yaptırımı *örgütlü* (organised) olarak uygulayan hukuk ve *yayılmış* (diffused) yaptırımları uygulayan hukuk dışı mekanizmalar (bunlar, başlıca, aşağıda belirttiğim «karşılıklılık» ve «toplumun kendiliğinden tepkisi»dir) toplumsal kontrolü dolaylı şekilde gerçekleştiren araçlardır. Toplumsal kontrolün dolaysız şekli, yani hiç bir yaptırım mevcut olmadığı halde bireylerin norm ihlâline tevessül edememeleri, insan ilişkilerinin bütün olarak yüzyüze gerçekleştiği kalabalık olmayan toplumlardır. Bu yüzyüze ilişki, bireylerin birbirleri üzerinde psikolojik nüfuzlarını kolaylıkla uygulama ve bu şekilde birbirlerini kontrol etme olanağını verir. Toplumsal yaptırımlar,

kontrolün bu suretle gerçekleşemediği koşullardadır. Bunların içinde de hukuk, toplumun bütününde etkili bir iktidar merkezini gerekli kıldığından (bu topluma yayılmış iktidarların belli kişi veya kişileri yetkili kılması veya kendi aralarında hiyerarşileşerek birinin diğerleri üzerinde yer alması şeklinde olabilir), diğer yaptırım sistemlerinden sonra gelişir. Burada, hukuk olgusuna değer yargımı katmadığım, onu herhangi bir doğal olgu gibi tarafsız incelemeye çalıştığım dikkatten uzak tutulmamalıdır.

Hukuk-dışı toplumsal yaptırım mekanizmaları iki temel başlıkta toplanabilir.

i — «*Karşılıklılık*»ın gerçekleştirdiği yaptırımlandırma : İlkel toplumlarda kişiler ve toplumsal alt gruplar arasındaki ilişkiler karşılıklılık matrisi üzerine yükselir. Taraflar arasındaki ekonomik mübadeler kadar, tarafların birbirlerini her türden zarara uğrattığı norm ihlalleri bu temel üzerinde toplanır. Eğer ihlâli yargılayan ve ihlâlin taraflarının üzerinde yer tutan (dolayısıyla yaptırımı uygulayan) bir iktidar merkezi mevcut değilse, taraflar kendi güçleri (bir bakıma her bir tarafın iktidarı) ölçüsünde karşılık vererek yaptırım uygularlar. Bu tür yaptırımlandırmalar ihlâlden mağdur olanın çıkar motifi altında (veya kendindeki azalmayı karşısındakine de maruz bırakarak toplumsal dengeyi yeniden kurma motifi altında) gerçekleşen *özel zararlar* (private delicts) alanındadır. Bunların başlıca biçimleri şunlardır : Ekonomik yaşamdan kaynaklanan zararlar veya ekonomik değer taşıyan objelere verilen zararlar (akdi yükümlülüğün yerine getirilmemesinden, hırsızlık veya her türden mala zarar verme filleri bunun içine girer); adam öldürme, yaralama veya her türden şahıslara yönelik müessir filleri; zina ve her türden cinsel saldırı filleri.

Karşılıklılığın gerçekleştirdiği yaptırımlandırma, kişiler ve gruplar arasındaki kuvvet kullanmaya, başka bir deyimle, dehşet dengesine dayanır. Toplumsal ilişkiler ağının barışçı temellerde ilerlediği, yeni kişi ve grupların birbirinin dayanışmasına daimi surette ihtiyaç duyduğu koşullarda, bu da çatışmaya yol açmadan çözümlenir. Bunun çözümü, tazmini karşılıklar verilmesidir. Diyet, kan-parası, tazminat vb. bunun biçimleridir. Zararın bu suretle giderimi, uyuşmazlık taraflarının taleplerinin *arabulucu* veya

*uzlaştırıcı* marifetiyle birbirine yaklaştırılması şeklindedir. Arabuluculuk veya uzlaştırıcılık, hukuk sistemleri içinde yer alanlar hariç, hukuk-dışı yaptırımlandırmanın barışçı şekle getirilmiş uzantısıdır.

*ii — Toplumun kendiliğinden tepkisinin yaptırımlandırması :*  
Bu yaptırımlar, norm ihlâlinin dar anlamda belli bir kişi veya gruba değil, toplumun bütününe zarar verdiği inancının bulunduğu koşullardadır. İhlâlde bulunan kişinin toplumu bütün olarak tehlikeye attığına inanılır. Bu yaptırımlar kişinin alaya alınmasından (satirical sanctions) başlayarak, dışlanması, sürgüne gitmeye mecbur edilmesi ve nihayet linç edilmesine kadar değişen ağırlıklardadır. Bu yaptırımlandırmanın ayırıcı niteliği, örgütsüz ve kendiliğinden şekilde toplumun bütün mensuplarının tepki göstermesidir. İlkel toplumlarda bu yaptırımların başlıca örnekleri, tanrısallığa ve dince kutsal sayılan inanç ve objelere yönelik her türden saldırı, tabuları çiğneme, kara büyü, özellikle bu yolla adam öldürme, genel olarak kişinin kamu için tehlike haline gelmesi durum ve ihlâllerinde görülür.

İlkel toplumlarda hukuk, yukarıda belirttiğim hukuk-dışı yaptırımların iktidar merkezinin ilgi alanına girmesi ölçüsünde ortaya çıkar ve gelişir. Yargılama, yani hukuk, ilkel toplumların bütününde mevcut değildir. Bazılarında hiç yok, bazılarında mevcut, bazılarında ise yargılama ile arabuluculuk ya da tahkim (arbitration) arası bir durumdadır (bu son durumun örnekleri olarak Lozi toplumundaki *kuta* müessesesi, İbo yargıcının faaliyeti gösterilebilir). Ancak, etnolojik verilerine ulaşabildiğim örneklerin tümünü dikkate alarak şu genellemeyi yapabilirim : Diğer koşullar eşit olmak kaydıyla, nüfusun toplumsal yoğunluğunun artışı iktidar yapılarını artan ölçüde belirginleştirir, bu da iktidarın merkezi gücü ile yargılama ve yaptırımlandırmayı, bütün olarak hukuku ortaya çıkarır. Materyal kültürün ilerlemesi, nüfusun toplumsal yoğunluğunun başlıbaşına artıran bir bağımsız değişkendir ve bu ilerleme dolayısıyla hukuku ortaya çıkarır. İlkel toplumun sona erip uygar topluma dönüştüğü örnekler, mevcut verilere dayalı bilgilerimiz ışığında, her durumda hukuka sahiptir. Ancak, materyal kültür ilerlemese de, nüfusun toplumsal yoğunluğu başka nedenlerin etkisiyle artmışsa, bu da hukukun ortaya çıkması için gerekli koşulları tamamlar.



### III — TOPLUMSAL KONTROLÜ HUKUK-DİL YAPTIRIMLAR VE HUKUKLA GERÇEKLEŞTİREN İLKEL TOPLUM ÖRNEKLERİ

#### A — *Tamamen Hukuk-Dışı Toplumsal Kontrol (Eskimo ve Kalinga)*

##### 1 — **Eskimo**

Eskimolar, avcı kültürde ve geniş bir coğrafi alana çok düşük bir nüfus yoğunluğuyla dağılmış (kişi başına 65-200 mil kare) *bend* toplulukları durumunda saptanmıştır. Yaşadıkları coğrafi alan ve doğal çevrenin de etkisiyle, topluluklar yerleşim alanları mevsimlere göre değişen ve mensupları açısından kararlılık taşımayan yapıdadır. Topluluklar, coğrafi alanlarına göre anılan ve çoğunluğu çekirdek aile durumundaki bir düzine kadar aileden oluşur. Hısımlık bağları ve kan bağına dayanan gruplaşmalar çok zayıftır. Hısımlık sistemi, esasen çekirdek ailede merkezleşen ve iki yandan hısımlı içeren durumdadır ve az sayıda hısımdan oluşur. Çekirdek ailenin dışına çıkıldığında, hısımlık bağları zayıftır.

Eskimo topluluklarında tabakalanma tamamen yok düzeyindedir. Kişilerin çalışkanlıklarının sonucu olan servet farkları saptanmıştır. Ancak, bu farklar aşılamayacak düzeyde değildir. Eskimo topluluğunda, topluluğun bütünü üzerinde etkinliğini uygulayabilecek bir iktidar merkezi mevcut değildir. Çekirdek aile içinde koca veya baba iktidar sahibi olmakla birlikte, topluluğun tümünü etkileyen bir organlaşma oluşmamıştır. Buna rağmen, toplulukta anahtar kişi konumuna yakın konumda bir *şaman* bulunur. Şaman, belli bir usul ve merasimle tayin edilmez. Şaman, topluluk içinde çalışkanlığı, avcılıktaki başarısı, kişisel serveti, cömertliği ve sabahları erken kalkması ile tedricen temayüz etmiş bir kişidir. Şaman, yetilerinden gelen bir saygınlığa sahiptir; o, normları en iyi bilen, ve hekimliği en iyi uygulayandır. Ancak, şamanın norm ihlallerini yargılama yönünde bir iktidarı mevcut değildir.

Eskimo toplulukları, kültürlerinin basitliğine rağmen, toplumsal ilişkileri düzenleyecek normlara sahiptir. Ayrıca belirtme-

ye gerek yok ki, bu normlar ilgili yaşam durumları ölçüsündedir. Nüfus yoğunluğunun düşüklüğü ve yüzyüze ilişkilerin egemen olması, bir çok konuda yaptırım tehdidine ihtiyaç duyulmadan normlara uyulmasını sağlar. Bunun dışında, bazı hukuk dışı yaptırım mekanizmaları mevcuttur. Bu arada, normları ihlâlin «günah» olduğu inancının da kontrolü gerçekleştirilmede etkili olduğu eklenmelidir.

Eskimolarda, kişilerin veya allelerin zarar gördüğü her türlü ihlâlde, zarar gören taraf misli ile karşılık verir. Adam öldürme, yaralama, zina, hırsızlık, mala zarar verme ve benzeri fiiller bu yolla karşılır. Adam öldürmede, kan gütme şeklindeki karşılığı mağdurun yakın hısımları verir. Bunda, bir şeref gösterisi yoktur; karşılık vermede amaç taraflar arasındaki dengenin (ihlâlden önceki dengenin) yeniden tesis edilmesidir. Büyü ile öldürmede, büyüün saptanması şemanın işidir; ölenin yakınları bu saptamadan sonra kan güdebilir. Bu tür zararalarda tarafların tazmini bir karşılıkta uzlaştırılması da mümkündür; bu durumda, arabuluculuğa en yakın aday şamandır.

Bunun dışında, Eskimolar toplumun bütününün zarar gördüğüne veya göreceğine inandıkları ihlâllerde topluca tepki gösterirler. Örneğin, yalan söyleme ve mükerrer şekilde adam öldürme bu tür ihlâllerdir. Birincide, kişi yalancılığı nedeniyle toplumu veya insanları yanıltabilir; bu da doğanın yaşamı oldukça güçleştirdiği yaşam koşullarında hayati tehlikeler doğurabilir. İkincide ise, birini öldürdüğü halde hayatta kalabilen kişinin, hele ikinci bir kişiyi öldürmesi, topluluğu bütün olarak tehdit etmesi anlamına gelir. Bu durumlarda, kişi sürülür veya linç edilir. Daha hafif ihlâllerde, tepkinin de daha hafif gösterilmesi mümkündür. Ayrıca, bu tepkiyi uyarmak için kullanılan bir araçtan da söz etmek gerekir. Bu şarkı düellosudur (song duel). Bunda, norm ihlâlinden zarar gören belli bir kişi veya aile olduğu halde, karşılık verememekte veya vermek istememektedir. Düello, failin yerleşim alanının karşısına geçerek bazen aylar süren bir zaman diliminde onu alaya alan şarkılar söylemek, bu suretle de toplumun diğer üyeleri gözünde küçük düşürmek şeklindedir. Düello, genel olarak kusurlu tarafın kusurunu kabul ederek zararı tazmin etmesiyle sonuçlanır ve çekişme sona erer.

Eskimo yaşamı, güçlü bir iktidar yapısının mevcut olmayışı, dolayısıyla hukukun yokluğu nedeniyle, Noebel tarafından «ilkel anarşi» olarak adlandırılmıştır. Ancak, bu «anarşi» bütün olarak düzenin yokluğunu değil, sadece düzenin hukukça gerçekleştirilmeyişini ifade ediyor.

## 2 — Kalinga

Filipinler'deki Kalinga toplumu gelişmiş bahçe tarımcısı ve hayvancı kültürde yerleşik ev toplulukları (*hamlets*) düzeninde yerleşmiş şekilde saptanmıştır. Toprağın verimliliği ve gelişmiş bahçe tarımcısı kültür, coğrafyaya göre yoğun bir nüfusu barındırmaya olanak vermiştir. 1939 yılı rakamlarıyla bu yoğunluk mil kareye 21,2 kişi civarındadır (hukuka yukarıda belirttiğim ölçülerde sahip ve yaklaşık aynı materyal kültürdeki Hawaii'de bu rakam 25 kişidir). Coğrafi alandaki yoğun nüfusa rağmen, dağınık yerleşim düzeni, her bir yerleşim biriminde hısımlık bağı ve yüz-yüze ilişkinin egemen olduğu kontrol sistemini öne çıkarmıştır. Bir örnek olarak, Kalinga toplumunun merkezi bölgesi Lubwagan'ın nüfusu 2400 kişi olduğu halde, bu nüfusun 15 ev birliğine dağıldığı belirtilebilir. Kalinga toplumu gelişmiş bir tabakalanmaya sahip olduğu halde, iktidar yapısı merkezleşmemiş, bu yüzden hukuku ortaya çıkarmamıştır. Görüldüğü gibi, nüfusun coğrafi yoğunluğu yüksek, fakat toplumsal yoğunluğu düşüktür.

Kalinga toplumundaki toplumsal tabakalanma ileri düzeyde olduğu halde iktidar merkezleri birden çok ve hiyerarşilenmemiş durumdadır. İktidar merkezleri, kadın ve erkek soy çizgisinden sekiz kuşak usul hısımları ve bunların fûruğunu içine alan (ki her bir bireye göre ayrı ayrı sayılmak gerekir) hısımlık grupları içinde etkilidir; fakat toplumun bütünü açısından bakıldığında yayılmış ve birbirine eşit durumdadır. Kalinga toplumunda dört ayrı sosyal sınıf saptanmıştır : i - *Pangat*; bu sınıfın mensupları, araştırmanın yapıldığı dönemde 12 kişidir. Bunlar, ekonomik güçleri en fazla olan en nüfuzlu kişilerdir. ii - *Kadangyan*; bunlar öncekini izleyen servet sahipleridir. iii - *Baknang*; bunlarsa orta halli olanlardır. iv - *Kapus*; bunlar genellikle hiç mülkü olmayan yoksullardır. *Pangat*'lar en nüfuzlu kişilerdir. Bunlar, toplumdaki değerlendirmeye göre, kamu çıkarı için çalışan kişilerdir. Bunlar-

dan korkulur ve bunlara saygı gösterilir. Pangat sınıfına mensup olmak kişinin çabasının sonucu da olabilir (ki servetini çeşitli şekillerde artırması ve kendisinden korkulacak şekilde çok sayıda adam öldürmesi bunu sağlayabilir), miras yoluyla da. Kalinga toplumunda, toplulukların içindeki ve bölgeler ve topluluklar arasındaki ilişkilerde *pangat*'ların nüfuzu yoğun şekilde görülmüştür. *Pangat*'lar adeta organize olmamış bir *plutokratik* iktidar sahibidirler.

Kalinga toplumundaki toplumsal yaptırımlar, hukuk-dışı ve genellikle de karşılıklılığa dayanır durumdadır. Topluluk içi sorunlarda uyumsuzluklar tarafların misli ile karşılık vermeleri veya tazminat yoluyla çözümlenir. Kişiler ve aileler arasında özel zararlardan (bunların başlıcaları adam öldürme, yaralama, hırsızlık, akdi yükümlülükler on ihlâli, ekonomik niteliklerdeki zararlardır) kaynaklanan uyumsuzlukların ilk çözüm şekli karşılık verme, öldürme fiillerinde kan gütme'dir (talio).

Özel zararlar, tarafların uzlaştırılmaları suretiyle tazminat ödenerek sona erdirilebilir. Bu durumda taraflar güvendikleri bir kişiyi arabulucu tayin ederler. Arabulucu sayısı, adam öldürme fiillerinde biri (başkanları) *pangat* olmak üzere, üç kişidir. Arabulucular tarafların taleplerini birbirine iletir, uzlaştırmaya çalışır. Ancak, arabulucular tarafların hiç birine tavsiyede bulunmaz ve yargı açıklamaz. Uzlaşma, tazminat veya diyetin genellikle mal, bazen de Filipin Pezosu cinsinden hesaplanması ve ödenmesiyle sağlanır. Bu arada, tazminatın yüzde beş ilâ 10'u miktarında arabuluculara ödemedede bulunulur (fee) ve uzlaşma topluluğa verilen bir ziyafetle kamuya duyurulur. Eğer, uzlaştırma girişimi sonuçsuz kalırsa, taraflar yine karşılık verme veya kan gütme yoluna başvururlar.

Kalinga toplumunda bölgeler arasındaki ilişkiler *pactholder* denilen tacirlerce gerçekleştirilir. Bölgeler arasındaki ticareti yürüten bu kişiler, ilişkide buldukları bölgede aynı mesleği yapan bir partnere (trade partner) sahiptir. Bu partnerler, öncelikle bölgeler arasındaki ticareti yürütürler; buna ek olarak bölgeler arasındaki her türden ilişki bunlar tarafından yürütülür. *Pact-holder*'ler de kural olarak üst sınıflardan, özellikle *pangat* sınıfındandır. *Pact-holder*, ilişkide bulunduğu bölge nezdinde bölgesinin el-

çisi, konsolosu, ajanı vb. durumundadır. Bölge *pact-holder*'iyle özdeş gibidir. Bölgede yaşayanlar, *pact-holder*'e tâbi sayılırlar. Bu yüzden, bölgeye yeni yerleşenler, bu kişiye uygun hediyeleri vererek uyrukluğa kabul olunurlar. Yukarıda belirttiğim ihlâller iki bölgeden kişiler veya aileler arasında ortaya çıkarsa, karşılık verme bölgelerin birbirleriyle savaşması şeklini alır. Bu durumda uzlaştırma görüşmeleri *pact-holder*'ler aracılığıyla yürütülür. Uzlaştırma başarıya ulaştığında, tazminat ödenir ve tarafların aralarındaki sorunları kuvvet kullanmadan çözeceklerine dair antlaşma (treaty) imzalanır. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken nokta, bu antlaşmaya karar verecek merkezi organların bulunmamasının ortaya koyduğu güçlüktür. Antlaşma koşullarının tümü, bölge mensuplarının tamamının katıldığı ve herkesin görüşünü ifade ettiği açık bir toplantıda müzakere edilir ve karar oybirliğiyle verilir. Normalde, bu usulle kolay sonuca ulaşılamayacağı bellidir. Ancak, bu oybirliği nüfuzlu kişilerin (özellikle *pangat*'ların) etkisiyle sağlanır.

Kalinga toplumunda, gelişmiş bir tabakalanmaya rağmen merkezi bir iktidarın oluşmaması, sorunları hukuk-dışı yaptırımların çözebilmesi ve verili yerleşim düzeninde üst sınıfın gayri-resmi ve hukuklaşmamış iktidarının yeterli olmasındandır. Esasen, norm ihlâlleri yayılmış ve birbirine teorik olarak eşit durumdaki iktidarların etkinliğini zedeler durumda da değildir. Bu da, merkezileşmeyi önlemiştir.

## B — *Hukukun Gözlenebildiği İlkel Toplumlar* (*Cheyenne ve Ashanti*)

### 1 — **Cheyenne**

Cheyenne kızilderilileri basit avcı-besin toplayıcısı kültürde, fakat aynı yıl içinde mevsimlere göre birbirini izleyen yerleşim düzenleriyle farklı iktidar yapılarının ve bunlara bağlı olarak hukukun örneklerini sergilemiştir.

Cheyenne kızilderilileri, büyük avın yapıldığı mevsimin dışındaki zamanda, kendi bölgelerinde yerleşmiş *band* toplulukları şeklindedir. Toplam 44 *band* vardır ve her biri yaklaşık 50 kişilik nü-

fusu ihtiva eder. Bu geniş bir coğrafi alana yayılmış durumdadır. Cheyenne'ler, saptandıkları dönemde kişi başına 15,6 mil kare alan düşen Basin-Plateu kabilelerindedir. Büyük avın yapıldığı mevsim dışındaki yerleşim düzeninde, her *band*'ın bir reisi bulunur. Reis kamp yerleşiminin düzenini sağlar ve üyeler arasındaki uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapar. Bu dönemde, band reisinin konumu Eskimo şamanının konumuna oldukça yakındır. Ancak, farklı olarak, reislik görevine gelinmesi belli bir usule göredir. Yeni reis eskisinin evsel yerleşim alanı (lodge) içindedir; bu kişi eski reisin mirasçısı da olabilir, evsel yerleşimi içinden bir başka kişi de. Bu dönemde, norm ihlalleri hukuk dışı yaptırımlarla karşılanır. Zira, Cheyenne doğaüstü inançlarında adam öldürmenin «günah» olması nedeniyle, bu yaptırımın kan gütme noktasına ulaşması olanağı yoktur. Adam öldürme fiili buna rağmen gerçekleşmişse, halk katili sürgüne gönderir. Sürgünün devamı veya sona erdirilmesi kararı da aşağıda ifade edeceğim şekilde, reisler konseyinin kararı ve maktulün hısımlarının iradesine tabidir.

Cheyenne büyük av mevsiminde ise yerleşim düzeni değişir. Bu dönemde bütün band'lar toplanma yerine gelir. Bu toplaşmayla birlikte, tamamen farklı bir iktidar paylaşımı ortaya çıkar. Bunu, hukukun ortaya çıkışı izler. Bu iktidar paylaşımını ve her birinin fonksiyonlarını sırasıyla ele alalım.

i — *Tekil band reisleri* : Bunların tekil olarak gerçekleştirdiği etkinlikler, uyuşmazlıklarda arabuluculuk yapmaktır. Pratikte bu arabuluculuk, anılan dönemde, genellikle zina fiillerinde toplanır.

ii — *Reisler konseyi* : Bu konsey bir araya toplanmış bulunan 44 *band*'ın reislerinden oluşur. Büyük av mevsimi, aynı zamanda, kabile kuttörenlerinin yapıldığı mevsimdir. Reisler konseyi bu kuttörenleri düzenler ve yönetir. Konsey, bunun yanında, sadece adam öldürme cürmü ile sınırlı olmak üzere yargısal işlev yüklenir, yani hukuka vücut verir. Mahkûm, bir ilâ beş yıl süreyle komşu kabililere sürgüne gönderilir. Adam öldürme cürmü aynı zamanda günah sayıldığından, kabilenin fetişlerini kirlettiğine inanılır. Kabilenin fetişlerinin değiştirilmesi, buna yönelik kuttörenler de konseyce yapılır. Katilin sürgünden dönmesi konseyin kararı ve maktulün hısımlarının rızasıyla mümkün olur.

Esasen, konseyin adam öldürme cürümlerini yargılaması ve yaptırımlandırması, yetkisini halk adına kullanan temsili bir organ kimliğiyle gerçekleştirilir.

iii — *Askeri birlikler* (military societies) : Askeri birlikler üyeleri farklı *band*'lardan olmak üzere, altı adettir. Bu örgütlenme, aynı gelişim düzeyindeki diğer kızilderili kabilelerinde mevcut savaş ve yağma partisinin daha düzenli şeklidir. Savaş partisinin tipik biçimine sahip Comanche kızilderililerinde, herkes böyle bir partiyi düzenleyebilir. Kabile veya *band* mensupları katılıp katılmamakta serbesttir; ancak katılanlar savaş veya yağma seferinin devamı süresince düzenleyene itaatle yükümlüdür. Cheyenne askeri birlikleri, bu partinin hem düzenlilik kazanmış ve kurumlaşmış biçimidir, hem de kabile içinde idari ve hukuksal işlevler yüklenmiştir. Askeri birlikler reisler konseyi ile herhangi bir hiyerarşi içinde değildir. Durum, daha çok, ikisi arasında paylaşılmış iktidar erkleri görünümündedir. Her Askeri birlik kendi arasından seçtiği dört savaş reisine sahiptir. Bütün birliklerin reisleri kabilenin savaş reislerini oluşturur. Reisler askeri birlikleri üzerinde mutlak otoriteye sahiptir. Bu arada, kanımca, her bir birliğin reisleri arasındaki ilişki kolejyal bir yönetim biçimi durumundadır.

Askeri birliklerin idari görevi polisliktir. Bu, büyük av mevsiminde tekil avlanmaların önlenmesi ve toplu avın düzen içinde yapılması amacına yöneliktir. Aksi halde, av bölgesindeki hayvan sürülerinin dağılması ihtimali vardır ki, bu kabilenin yıl boyunca aç kalmasına yol açabilecektir. Askeri birlikler polislik görevini gereğinde kuvvet kullanarak yerine getirir.

Askeri birliklerin konumuz açısından en önemli yetkisi, uyuşmazlıkları yargılaması ve sonuçta norm ihlâlinde bulunduğunu saptadığı kişilere yaptırım uygulamasıdır. Bu, iki istisna dışında, kabilede büyük av mevsimi boyunca gerçekleşen bütün norm ihlâllerini içine alır. İstisnalardan birincisi, reisler konseyinin yargıladığı adam öldürme cürmüdür. İkinci istisna, band reislerinin tekil olarak yaptıkları arabuluculukla çözümlenen zina fiilleridir. Askeri birliklerin uyguladığı yaptırımlar, toplanabilen örneklerle göre, failin dövülmesi, mallarının tahrip edilmesi ve belli mallarla ödenen nakdi cezalardır (fines). Askeri birliklerin uyguladığı hu-

kuk, mevcut toplumsal normların yargı ve yaptırımlar desteklenerek hukuk kuralı haline getirildiği *case-law* uygulamasıdır. Ayrıca, bir uyuşmazlığı yargıladıktan sonra, askeri birliklerin ilgili konuda geleceğe yönelik şekilde norm koydukları saptanmıştır. Askeri birliklerin uygulamaları kamu düzenini sağlama yolunda elde ettikleri ayrıcalıklara dayanır. Bütün norm ihlallerini -iki istisna dışında- yargılayabilmesi buna dayanır. Toplanan örneklerden birinde, askeri birlik bu istisnayı da aşarak adam öldürme cürmünü yargılamış ve suçluyu sürgüne göndermiştir (bu örnek öldürme fiilinin çocuk düşürme suretiyle işlenişine ilişkindir).

Cheyenne örneği, çok basit bir kültür düzeyine rağmen, belli koşullar gerçekleştiğinde hukukun ortaya çıktığını gösteriyor. Bu koşullar ise, nüfusun toplumsal yoğunluk ve sıkışıklığının artmasında toplanıyor. Cheyenne kabilesinde yılın iki mevsimi, böylece, birinde hukukun mevcut olduğu ve büyük bir yer tuttuğu iki ayrı toplumsal kontrol sistemini ortaya çıkarıyor.

## 2 — Ashanti

Ashanti kabileler konfederasyonu\*, neolitik kültüre sahip olduğu halde, hukuk uygulamasını gelişmiş bir kimlikle ortaya koymuştur. Ashanti ekonomik yaşamının yüzde 66-75'i tarıma dayanır, bunun yanında az miktarda hayvancılık ve bir miktar da kara ve su avcılığına dayanır. Yerleşim düzeni birbiriyle bitişik ve görece olarak kalıcılığa sahip 5 ilâ 50 bin kişilik kasabalar ve çevresindeki daha küçük yerleşim alanlarından oluşmuştur. Ashanti konfederasyonunun ihtiva ettiği toplam nüfusu bilmemekle birlikte, belirtilen sıkışıklık koşullarında hukukun gelişmesi yukarıda belirttiğim görüşü doğruluyor. Bu yoğun yerleşimin oluşumunda aşağıda belirttiğim dış baskıların ve sömürgeci ülkelerle ticaretin yol açtığı (özellikle, köle ve altın ticareti) ekonomik değerlerin iktidar merkezleri elinde birikmesinin etkisi olduğunu da düşünmemiz gerekir.

---

\* Doktora tezimde Ashanti'leri federasyon saymıştım. Ancak, daha sonra inceleyebildiğim asıl alan araştırması konfederasyon kavramını kullanıyor. Ben de buna uydum. (Cf., Özcan, 1989; s. 194-198; Rattray; 1911, p. 99.)



Ashantiler, Doğu Afrika'dan batıya müslüman halkların baskılarıyla göç etmişlerdir. Golden Coast'da uzun süre ana soyuna dayalı klanlardan oluşan bağımsız köy toplulukları halinde yaşamışlardır. Bu dönemlerde, köylerin yönetimi yaşlılardan oluşan konseylerin elindeydi. 17. yüzyılda dış kabilelerden gelen baskılar, bu köylerin birlikte hareket etmelerini zorunlu kıldı. 1719'da Kumasi kabilesinin büyük şefi Osai Tutu diğer kabile şeflerini nüfuzu altına alarak (daha sonra kendi soyundan şefler atayarak) bir askeri örgütlenme gerçekleştirdi. Bu örgütlenmede, Osai Tutu diğer büyük şeflere göre *primus inter pares* olarak kendini Ashanti kralı (Asan Hene) ilân etti. Bunun sonucunda, Kumasi kabilesi çevresinde toplanmış kabilelerden Ashanti konfederasyonu doğdu. Bu kabileler, araştırmanın yapıldığı tarihte, spontan şekilde bir ulus oluşturma sürecinde bulunuyordu.

Ashanti iktidar yapıları belli bir hiyerarşi ve ademi merkeziyeti bir arada sürdürmüştür. Bu hiyerarşinin temel birimleri kral-büyük şefler-bölge şefleridir. Kumasi Büyük Şefi, konfederasyonun kralı durumundadır. Kral, ana soyuna göre örgütlü eski klanlar arasındaki tabakalanmadaki kraliyet klanından (aslında klan sistemi çözülmekte olduğundan buna soy grubu diyebiliriz) gelir. Kralı göreve gelmesi, diğer soyların başkanlarının da onaylayacağı şekilde, klan içinde yapılan seçimin sonucudur (*electoral monarchy*). Kralın yanında, kraliyet soyunun en yaşlı kadın üyesi ana-kraliçe olarak yer alır. Ana kraliçe danışman gibi iş görür. Kralın yanında, ana kraliçeden başka, diğer soyların başkanlarından oluşan görevliler (vassals) bulunur. Bunlar dolaysız bir iktidar sahibi değildir; kralın görevlendirmesi ölçüsünde kuvvet kullanırlar. Ancak, bu görevliler kralın yaptığı idari ve hukuki eylem ve işlemlerde hazır bulunarak, görevin krallık yeminine sadık şekilde yapılmasını güvenceye alırlar. Kralın görevi mirasçılara geçmez, yeni kral yine kraliyet klanından seçilerek tayin edilir. Kralın suiistimalde bulunması halinde, yargılanması ve görevden azledilmesi (impeachment) olanağı vardır.

Kumasi Büyük Şefi olan kralın atanma ve görevini sürdürme şekli, diğer büyük şefliklerde de aynı şekildedir. Bunlar da belli bir soydan seçilerek gelmiştir, ana kraliçeye ve diğer görevlilere sahiptir. Keza, görevini sürdürmesi, denetlenmesi vb. aynı

şekillerde oluşur. Ashanti kralı çerçevesinde gördüğümüz iktidar modeli bütün birimlerde aynıdır. Buna uygun olarak, bölge şefleri de aynı sistemin daha küçük modelleridir. Sistem içindeki iktidar hiyerarşisinin her birimi daha altındaki birimlerin denetimindedir. Ancak bu, aynı zamanda, iktidarın zayıflamasına yol açmamış, sadece keyfi yönetimi engelleme yönünde işlemiştir.

Ashanti toplumundaki toplumsal kontrol, yukarıda belirlediğim ölçüler içinde, büyük bölümü cezaya ilişkin olan hukukdan, yer yer hukuk-dışı, bazen de hukuksal olan özel zararların yaptırımlandırılmasından ve grubun dolaysız baskısına dayalı kendiliğinden yaptırım sisteminden oluşur.

Ashanti ceza hukuku dışında kalan uyuşmazlıklar ailesel birliklerin içinde ve aralarında çözülür, yani krala veya büyük şeflere götürülmez. Bunların başlıcaları, hırsızlık, suç durumundaki mevsuf zina fiilleri dışındaki zina çeşitleri, iftira, emniyeti suiistimal, dedikodu çıkarmak, adam öldürme dışındaki şahıslara karşı müessir fiiller, miras, mülkiye, vasiyet, arazi mülkiyeti ve satışı, rehin, karz ve teminattan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu fiiller ve uyuşmazlıklarda taraflar aynı evsel birliğin mensupları ise, çözümleri birliğin reisi ortaya koyar. Bu genellikle uzlaştırma şeklinde, ancak bazan yargılama biçiminde olabilir. Uyuşmazlık farklı evsel birliklerden kişiler arasında ise, yine büyük şefe başvurulmaksızın tarafların arabulucuya müracaatları ile çözülür. Bu türden uyuşmazlıklarda, her şeye rağmen büyük şefe müracaat edilirse, konu tamamen hukukun alanına girer. Örneğin, bir alacak nedeniyle böyle bir müracaat yapıldığında, büyük şef alacağı tıpkı bir kamusal alacağın tahsili gibi tahsil eder.

Ashanti ceza hukuku, suçların aynı zamanda «günah» sayılmasını gösterir. Bu suçlar, geleneklerle saptanmış yazısız ceza kodu durumundadır. Ancak, bununla birlikte, göreve tayin edilen kral ya da büyük şef (diğerleri değil) *edictum* yoluyla yeni suçlar ihdas edebilirler. Tabii bu sonuncu yolun işletilmesi ölçüsünde yeni ihdas edilen suçlarla «günah» anlayışı zayıflayacaktır.

Ashanti yazısız ceza kodundaki ağır cezalı suçları şöyle sıralayabiliriz :

- i — Adam öldürme.
- ii — İntihar.
- iii — Belli cinsel suçlar (Örneğin, kral veya şefin karısıyla zina, gebe veya adet görmekte olan kadınla ya da reşit olmayan kızla cinsel temas).
- iv — Krallık veya kabile birliğini temsilleyen tabuların çiğnenmesiyle ilgili suiistimaller, kral, şef veya görevlilerine yönelik saldırılar, keza bu iktidar organlarına karşı işlenen hırsızlık fiilleri.
- v — Kral veya şefin belâya uğramasını dilemek (curse).
- vi — Yönetime ve ülkeye ihanet.
- vii — Yeminin ihlâli anlamına geldiği için, korkaklık ve nâmertlik.
- viii — Büyücülük, yani kara büyü yapmak.
- ix — Kraliyet yeminini kötüye kullanmak.

Bu suçlarda tayin edilen temel ceza ölüm cezasıdır. Ölüm cezasına, sadece kral ve büyük şefler hükmedebilir. Bir büyük şef, sadece kendi uyruğundan birine ölüm cezası verebilir. Şayet, sanık büyük şefin uyruklarından değil de bir başkasının uyruğundaysa, ölüm cezası kralın izniyle uygulanabilir. Tabiatıyla, belirtilen suçların yargılanması da, kral veya büyük şeflerin mahkemelerinde yapılabilir.

Ölüm cezası, kural olarak, mahkûmun başının küçük bir çakı ile kesilerek gövdesinden ayrılması suretiyle uygulanır. Ancak, kanının dökülmemesi gerektiğine inanılan bazı mahkûmlar kırbaçlanarak veya sopa ile dövülerek öldürülebilir. Ölüm cezası ekonomik yaşamın etkisiyle, nakdi cezaya veya mahkûmun köle olarak satılmasına dönüşmeye başlamıştır. Cezayı belli ekonomik değerler cinsinden hesaplanan nakdi cezaya dönüştürmek, mahkûmun «kendi başını satın alması» (buy his head) olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda belirttiğim cezaların dışında da cezalar saptanmıştır. Yukarıda sayılan suçların hafif tipleri veya büyük şeflerin ihdas ettiği bazı suçlarda organ kesme cezaları uygulanmıştır. Bu cezalar, kulak, dudak veya burnun kesilmesi, iğdiş etme, ve da-

yak cezalarıdır. İstisnaen, buna hapis cezası da eklenmiştir. Bu cezalar da kral veya büyük şefin yargılaması sonucunda hükmedilebilir. Ancak, bu sonuncu türden cezaların, büyük şef veya kralın izniyle aile reisince uygulandığı yolunda birkaç örnek saptanmıştır.

Ashanti ceza kodu, bütün ilkel kodlar gibi, suç sayılan fiilleri ve cezalarını ihtiva eden bir tarife durumundadır. Bu türden kollar genellikle suç sayılan fiilleri betimleyen şart cümleciklerini (if clauses) ve yaptırımını belirten maddelerden oluşur. Ancak, bu, yapılan fiilin dış niteliklerinin yasadaki tipikliğe uyup uymadığının saptanmasından ibaret bir yargılamayı düşündürmemelidir. Aksine, Ashanti örneği sanığın isnad yeteneğini de saptayabildiği ölçüler içinde dikkate almıştır. Verebileceğim bir örnekte, sanığın adam öldürme fiilini kasden işlemediği (kaza eseri bir ölüm olayı) saptanmış ve fiil için ceza tayini yerine tazminata hükmedilmiştir. Ayrıca, Ashanti hukuku sanığın ceza ehliyetinin temyiz kudretini haiz olmadığı gerekçesiyle mevcut olmadığını ortaya koymuştur. Bu son durumda sanığa ceza verilmez, ancak emniyet tedbiri olarak sanık bir ağaca bağlanır. Ağaca bağlanan sanığı ancak hısımlı olmayan kişiler besleyip bakabilir. Bu da, kişilerin nasılsa ailelerince gözetilecek düşüncesiyle akıl hastası gibi davranarak suç işlemesini önleme amacına yönelik olmalıdır.

Ashanti toplumunda yargılamayı yapıp cezayı uygulatan iktidar merkezleri, bu işlevlerinin karşılığı olarak sanıktan yargılama ücreti de tahsil ederler. Bu ve sanığın başını satın alması denilen ekonomik ceza, iktidarın yönetim çıkarıyla da ilişkilidir. Ceza ekonomik değerlere çevrilirken, bundan çıkarı artan kişi tahtı (stool) işgal eden büyük şef veya kraldır.

#### IV — SONUÇ

Sosyolojik anlamıyla hukuk, toplumsal gerçekliğin doğal sonucudur. Hukuka ideal amaçlar yüklemek veya daha iyi hukuk sistemlerinin olabirliğini savunmak genel olarak aydının, özel olarak da hukukçunun görüş açısidir. Toplumsal fenomen olarak hukuk toplumun yaşayan mekanizmi içindeki rol ve işleviyle ele

alınmalıdır. Bu anlamda hukuk, toplumsal kontrolü diğer araçların sağlamaya yetmediği durumda ortaya çıkar. Toplumdaki iktidar yapısı -ki ister basit nitelikte iktidar ilişkileri düzeyinde, isterse karmaşık, hiyerarşilenmiş, belirgin şekilde kutuplaşmış ve bireyüstü hale gelmiş ya da demokratik veya despotik olsun-kamu düzenini koruma ayrıcalığı adına hukuku uygular. Basit şekilde, her iktidar sistemi siyasal ve ekonomik olarak toplumdaki çıkarlar arasında belli bir dengeye veya olanakların belli bir paylaşım biçimine eşlik eder. İktidar merkezi veya merkezleri hukuku uygularken verili paylaşım düzeninin sürdürülmesindeki çıkarının gereği olan davranışı ortaya koyar. Ancak bu davranış basit bir (salt siyasal nitelikli) kuvvet kullanma olgusundan ayrıran nokta, normatif elemanın ağırlık noktası oluşturmasıdır. Uygar toplumlarda gördüğümüz hukuk sistemleri bu temel üzerinde oluşmuş olgusallığın evrimleşmesinin sonucudur.

Eskiçağda hukuk araştırmalarına katkıda bulunabilecek bir ilkel hukuk yaklaşımı bu evrimsel çizgiyi gözden uzak tutmamalıdır. Bu evrimleşme, toplumun materyal kültüründe temellenen toplumsal organizmanın evrimleşmesidir, bunun aksine insanın aklının evrimleşmesi değildir. Rasyonel yetileri bakımından *homo sapiens* türünün bütün bireyleri kabaca eşdeğer durumdadır. Bizler de bu türün üyesiyiz, ilkel toplumlarda yaşayanlar veya yaşamış olanlar da, Sümer veya Hitit gibi tarihsel uygar toplumların bireyleri de. Yazılı hukuk sistemlerini ortaya çıkaran, nüfus dinamizminin ara değişken olarak rol aldığı koşullarda materyal kültürde temellenen evrimleşmedir. Daha ileri materyal kültür daha yoğun nüfus, daha fazla işlevsiz hâle gelen hukuk-dışı kontrol mekanizmaları, daha fazla biriken ekonomik artı, daha belirginleşmiş iktidar yapılarıdır. Bunlar da sonuç olarak hukuku ortaya çıkarır. Ashanti hukuku ve aynı gelişme düzeyindeki diğer Afrika toplumlarının hukukları (Zulu, Bugunda, Lozi vb.) yakın materyal kültür düzeyindeki Ortaçağ Avrupa Barbar kodlarıyla (*Laws of Aethelberth, Codes of Withred and Ine, Leges Inter Brettos et Scotos, Lex Salica, Lex Ribuarica, Lex Alamanorum, Lex Bauvariorum* gibi) ve Sümer veya Hitit gibi ilk uygar toplumların yasalarıyla karşılaştırılırsa bu olgu daha iyi görülecektir.

Hukukun evrimleşmesinde son nokta yazılı hukuk sistemlerinin çıkışıdır. Bu da yukarıdaki evrimsel çizginin en önemli noktalarından biridir. Yazılı hukuk, bir hukukçular zümresinin varlığını izler. Bu zümre de, yönetim işlevlerini yürütmeye egemenin emrindeki *aydınlar* (literati) zümresinin parçasıdır. Hukukçular, tarihsel uygar toplumların örnekleri koşullarında, toplumun din adamı, kâtip, veya memur gibi yaşamlarını fiilen mal ve hizmet üretimi yapmadan sürdürebilen insanların bulunabildiği koşulların ürünüdür. Bu, belirtilen aydınların yaşamını sürdürebilmeleri için gerekli ekonomik artı mevcut olduğunda, egemenin bu artıyı vergi vb. gibi yükümlülükler olarak kendi emrinde toplayabildiğinde mümkün olur.

#### B İ B L İ Y O G R A F Y A

- Palaman, Ali Rıza, 1975, «İlkel Düşünce,» *Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. VIII, No: 1-2.
- Barton, R. F., 1919, «Procedure Among The Iffugao,» in *Law and Warfare*, Ed. by., Paul Pohannan, New-york, The Natural History Press, 1967, pp. 255-262.
- , 1949, *The Kalingas*, Introduction by., E. Adamson Hoebel, Chicago, University of Chicago.
- Benedict, Ruth, 1934 (1959), *Patterns of Culture*, Introduction by Franz Boas, Preface by Margaret Mead, New-York, Mentor Books.
- Black, Donald, 1976, *The Behavior of Law*, New-York, Academic Press.
- Dohannan, Paul, 1968, «Law and Legal Institutions» in *International Encyclopedia of The Social Sciences*, Ed. by David L. Shils, U.S.A., Macmillan and Free Press, pp. 73-77.
- , (1967), «The Differing Realms of Law,» in *Law and Warfare*, pp. 43-56.
- , 1957, «Drumming The Scandal Among The Tiv,» in *Law and Warfare*, pp. 263-266.
- Can, Cahit, 1989, *Oluşum Süreci İçerisindeki Hukuk Sosyolojisi*, Ankara, S.,

- Can, Cahit, 1988, «Yapısalcılık-Hukuk İlişkileri Üzerine Bir Dene-  
me,» *A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XL, No: 1-4, s. 33-  
62.
- Carr, E. H., (1980), *Tarih Nedir?* Çev. Misket Gizem Gürtürk, İs-  
tambul, Birikim.
- Childe, Gordon, (1983), *Kendini Yaratan İnsan*, Çev. Filiz (Kara-  
bey) Ofluoğlu, 2. b., İstanbul, Varlık.
- , (1974), *Tarihte Neler Oldu*, Çev. Alaettin Şenel ve Mete  
Tunçay, Ankara, Odak.
- Diamond, A. S., (1971), *Primitive Law, Past and Present*, London,  
Methuen and Co..
- Durkheim, Emilé, (1966), «Ceza Evriminin İki Kanunu,» Çev.  
Hamide Topçuoğlu, *Ankara Hukuk Fakültesi 40. Yıl Ar-  
mağanı*, Ankara, A.Ü.H.F., s. 117-148.
- , (1986), *Sosyolojik Metodun Kuralları*, Çev. Enver Ay-  
tekin, İstanbul, Sosyal.
- , (1964), *The Division of Labour in Society*, Trans. by  
George Simpson, London, Free Press of Glencoe.
- , 1915 (1965), *The Elementary Forms of The Religious  
Life*, Trans. by Joseph Ward Swain, New-York, Free  
Press.
- Eckhoff, Torstein, 1966, «The Mediator and The Judge,» in *Socio-  
logy of Law*, Ed. by Wilhelm Aubert, 5. imp., Middlesex,  
Penguin, 1977, pp. 171-181.
- Ehrlich, Eugen, 1922, «The Sociology of Law,» Trans. by, Nathan  
Isaacs, *Harvard Law Review*, Vol. XXXVI, No: 2, pp. 129-  
145.
- Engels, Friedrich, 1978, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kö-  
keni*, Çev. Kenan Somer, Ankara, Sol.
- Epstein, 1968, «Sanctions,» in *International Encyclopedia of So-  
cial Sciences*, Vol. XIV, pp. 2-5.
- Ergun, Doğan, 1982, *Sosyoloji ve Tarih*, b. b., İstanbul, Der.
- Evans-Pritchard, E. E., 1948, «The Divine Kingship of The Shilluk  
of The Nilotic Sudan,» in *Essays in Social Anthropolgy*  
London, Faber and Faber, 1969, pp. 66-86.
- Fortes, Meyer, 1970, «Kinship and Marriage Among The Ashanti,»  
*African Systems of Kinship and Marriage*, Ed. by A. R.

- Radcliffe-Trown and Daryl Forde, London, Oxford University Press, pp. 252-284.
- Freud, S., (1984), *Totem ve Tabu*, Çev. K. Sahir Sel, İstanbul, Sosyal.
- Fried, Morton H., 1960, «On The Evolution of Social Stratification and State,» in *Political Sociology*, Ed. by S. N. Eisenstat, New-York, Pasic Books, 1974, pp. 101-104.
- Gaudement, J., (1971), «Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu,» Çev. Bülent Tahiroğlu, *İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XXXVI, No: 1-4'den ayrı basım.
- Gibbs, Jack P., 1968, «Definitions of Law and Empirical Questions,» in *Law and Social Systems*, Ed. by Michael Barkun, New-York, Lieber-Atherton, 1973, pp. 16-37.
- Gluckman, Max, 1963, «Civil War and Theories of Power in Barotseland : African and Medieval Analogies,» in *Political Sociology*, pp. 105-111.
- , 1970, «Kinship and Marriage Among The Lozi of Northern Rhodesia and Zulu of Natal,» in *African Systems of Kinship and Marriage*, pp. 166-206.
- , 1971, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, Oxford, Basil Blackwell.
- , 1955, «The Judicial Process Among The Barotse of Northern Rhodesia, in *Sociology of Law*, Ed. by Vilhelm Aubert, pp. 161-170 and in *Law and Warfare*, pp. 59-91.
- Godelier, Maurice, 1978, *Perspectives in Marxist Anthropology*, Trans. by Robert Brain, 2. imp., Cambridge, Cambridge University Press.
- Gurvitch, Georges, 1947, *Sociology of Law*, Preface by Roscoe Pound, London, Kegan Paul.
- Gürkan, Ülker, 1989, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara, A.Ü.H.F.
- Güvenç, Bozkurt, 1984, *İnsan ve Kültür*, 4. b., İstanbul, Remzi.
- Hindess, Barry, end Hirst, Paul Q., 1975, *Pre-Capitalist Modes of Production*, London, Routledge and Kegan Paul.
- Hoebel, E. Adamson, 1940, «Law-Ways of Comanche Indians,» in *Law and Warfare*, pp. 183-203.
- , 1954, «Song Duels Among The Eskimo,» in *Law and Warfare*, pp. 255-262.



- Hoebel, E. Adamson, 1954, *The Law of Primitive Man*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- Hogbin H. Ian, 1934, *Law and Order in Polynesia*, Introduction by B. Malinowski, New-York, Harcourt Prace and Company.
- Homans, George G., 1971, *İnsan Grubu*, Çev. Oğuz Onaran, Bas-kin Oran, Ünsal Oskay, Ankara, T.O.D.A.İ.E..
- , 1958, «Social Behavior as Exchange,» in *Small Groups*, pp. 170-183.
- Jenks, Edward, 1928, *The State and The Nation*, 3. imp., London, J. M. Dent and Sons.
- Kâğıtçıbaşı, Çiğdem, 1976, *İnsan ve İnsanlar*, 1. b., Ankara, Sosyal Bilimler Derneği.
- Kaplan, Irving, 1961, «Legal Change Among The Chagga of East Africa,» in *The Social Organisation of Law*, Ed. by Donald Black and Mauren Mileski, New-York, Seminar Press, 1973, pp. 206-223.
- Karsten, Rafael, 1923, «Blood Revenge and War Among The Jibaro Indians of Eastern Ecusdor,» in *Law and Warfare*, pp. 303-326.
- Kelsen, Hans, 1946, *Society and Nature*, Ed. by Karl Mannheim, 1. imp., London, Kegan Paul.
- Kuper, Hilde, 1970, «Kinship Among Swazi,» *African Systems of Kinship and Marriage*, pp. 86-110.
- Leacock, Eleanor Burke, (1986), «Giriş,» Lewis Henry Morgan'ın *Eski Toplum*, C. I-II içinde.
- Levi-Strauss, Claude, 1978, «Antropoloji,» Çev. Ümid Meriç, *Sosyoloji Konferansları*, İstanbul, İ.Ü. İktisat Fak., s. 102-122.
- , (1985), *İrk ve Tarih*, Çev. Reha Erdem ve Haldun Bayrı, İstanbul, Metis.
- , (1979), *Structural Anthropology*, (Vol. I), Trans. by Claire Jacobson and Brooke Grundfest Schoepf, Middlesex, Penguin.
- , (1978), *Structural Anthropology*, Vol. II, Trans. by Monique Layton, Middlesex, Penguin.
- , (1984), *Yaban Düşünce*, Çev. Tahsin Yücel, 1. b., İstanbul, Hürriyet.

- Levy-Bruhl, Henri, (1984), «Suç Sosyolojisine Giriş,» Çev. Ümid Meriç, *İ.Ü. Edebiyat Fakültesi Pedagoji Dergisi*, No: 2, s. 276-304 (ayrı basım).
- Linton, Ralph, 1945, *Cultural Backaround of Personality*, New-York, Appleton-Century-Crofts.
- , 1936, *The Study of Man*, New-York, D. Appleton-Century.
- Lowie, Robert H., 1920 (1970), *Primitive Society*, New-York, Live-right.
- MacIver, R. M., 1941, *Society*, New-York, Ferrar and Rinehart.
- , 1926 (1932), *The Modern State*, London, Oxford Unisertiy.
- Maine, Henry Sumner, 1901, *Ancient Law*, 17. imp. London, John Murray.
- Malinowski, Bronislaw, 1926 (1982), *Crime and Custom in Savage Society*, Totowa, Littlefield, Adams and Co..
- , 1934, «Introduction,» in *Law and Order in Polyesia*, of Ian Hogbin, pp. xvii-lxxii.
- , 1927 (1969), *Sex and Repression in Savage Society*, 11. imp., New-York, Meridian Books.
- Marx Karl, (1967), *Selected Writings in Sociology and Social Philosophy*, Ed. by T. B. Bottomore and Maximillan Rubel, 2. ed., Middlesex, Penguin.
- Mauss, Marcel, (1934), *Hıbe*, Çev. Sadri Etem, İstanbul, Yüksek İktisat ve Ticaret Mektebi.
- Maybury-Lewis, David, 1974, *Akwē-Shavante Society*, New-York, Oxford University Press.
- Meck, Charles K., 1934, «Ibo Law,» in *Readings in Anthropology*, Ed. by E. Adamson Hoebel, Jesse D. Jennings, Elmer R. Smith, New-York, McGraw Hill Co., 1955, pp. 234-249.
- Morgan, Lewis Henry, 1877, *Ancient Society*, Chicago, Charles H. Kerr and Co..
- , (1986), *Eski Toplum*, C. I., Giriş ve Açıklayıcı Notlar, Eleanor Burke Leacock, Çev., Ünsal Oskay, İstanbul Payel; C. II (1987), İstanbul, Payel.
- Morin, Edgar, 1985, *Kaybolmuş Paradigma (İnsan Doğası)*, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, Birey ve Toplum.

- Moscovici, Serge, (1976), *Social Influence and Social Change*, Trans by, Carol Sherrad and Grete Heinz, London, Academic Press.
- Motta, Riccardo, 1988, «Juristic Skill and Reason in Primitive Law,» in *Reason in-Law*, Vol. II, Ed. by Carla Faralli and Enrico Pattaro, Milano, Dott. A. Giuffre Editore, 1988, pp. 75-82.
- Murdock, George Peter, 1967, *Ethnographic Atlas*, University of Pittsburgh.
- , 1949 (1965), *Social Structure*, New-York, The Free Press.
- Öktem, Niyazi, 1988, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi*, 4. b., İstanbul, Peta.
- Özcan, Mehmet Tefvik, 1990, «Hukuk Olgusunun Sosyolojik Elemanları,» (makale, yayınlanmak üzere İ.Ü. Hukuk Fakültesi *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*'ne teslim edilmiş henüz basılmamıştır).
- , 1989, «İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol : Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk,» (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul.
- Pospisil, Leopold, 1958, «The Attributes of Law,» in *Law and Warfare*, pp. 25-41.
- Radcliffe-Brown, A. R., 1970, Introduction,» *African Systems of Kinship and Marriage*, pp. 1-85.
- , 1965, *Structure and Function in Primitive Society*, Foreword by E. E. Evans-Pritchard and Fred Eggan, New-York, The Free Press.
- Rattray, R. S., 1911 (1969), *Ashanti Law and Constitution*, New-York, Academic Press.
- Reed, Evelyn, 1982-1983, *Kadının Evrimi*, Çev. Şemsa Yeğin, 1. b., İstanbul, Payel (C. I-II).
- Redfield, Robert, 1964, «Primitive Law,» in *Law and Warfare*, pp. 3-24.
- Renner, Karl, 1949, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Ed. by O. Kahn-Freund, Trans. by Agnes Schwartzchild, London, Routledge and Kegan Paul.

- Richards, A. I., 1970, «Some Types of Family Structure Amongst The Central Bantu,» *African Systems of Kinship and Marriage*, pp. 207-251.
- Sahlins, Marshall D., 1968, *Tribesmen*, Englewood, Prentice-Hall.
- Sander, Oral, 1973, «Tarihte Yöntem,» *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXVIII, No: 1-2.
- Schwartz, Richard D. and Miller, James C., 1964, «Legal Evolution and Societal Complexity,» in *The Social Organization of Law*, pp. 379-393.
- Seagle, William, 1949, *The Quest For Law*, New-York, Alfred A. Knopf.
- Service, Elman R., 1979, *Hunters*, 2. ed., Englewood, Prentice-Hall.
- Sumner, William Graham, 1906 (1960), *Folkways*, New-York, Mentor Books.
- Şenel, Alâeddin, 1985, *İlkel Topluluktan Uygur Topluma*, 2. b., Ankara, Birey ve Toplum.
- Timasheff, N. S., 1939, *An Introduction of The Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Committee on Research on The Social Sciences.
- Topçuoğlu, Hamide, 1963, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, C. I., Ankara, A.Ü.H.F..
- , 1984, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, C. II, Ankara, Işın.
- , 1977, *Hukuk Sosyolojisi (Ders Takrirleri)*, Ankara.
- Ünsal, Artun, 1974, «Hukuk ve Toplumsal Yaşam,» *A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXIX, No: 3-4.
- Vinogradoff, B. Y., 1920, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Vol. I, London, Oxford University.
- Weber, Max, (1954), «Rational and Irrational Administration of Justice,» Trans. by Max Rhinestein, in *Sociology of Law*, Ed. by, Vilhelm Aubert, pp. 153-160.
- , (1986), *Sosyoloji Yazıları*, Ed. by, H. N. Gorth ve C. Wright Mills, Çev., Taha Parla, İstanbul, Hürriyet Vakfı.
- Zubritski, Mitropolski ve Kerev, (1979), *İlkel Topluluk, Köleci Toplum ve Feodal Toplum*, Çev. Sevim Belli, 7. b., Ankara, Sol.