

YABANIL TOPLUMDA SUÇ VE GELENEK ÜZERİNE

*Dr. Şule ŞAHİN CEYLAN**

I. GİRİŞ

Hukukun ne olduğu ve nasıl tanımlanabileceği sorunu, hukuku konu alan bütün disiplinlerin ortak problemidir. Bakış açıları ve öncelikler değiştiğinde, öne çıkarılan özellikler ve yanıtlar da değişmektedir. Kimilerine göre doğada kendiliğinden mevcut olan sistemin pozitif hukuka aktarılmış görünümü, kimilerine göre egemen tarafından çıkarılmış ve yürürlüğe konulmuş yasalar, kimilerine göre ise yargılama sürecinde ortaya çıkan karar ve tahliller toplamıdır. Hangi yaklaşım tercih edilirse edilsin, tartışmalar bir şekilde modern hukukla ilişkilendirilmektedir. Bu metindeki kullanımıyla modern hukuk, yasal aktörlerin rollerinin tanımlandığı, yasama, yürütme ve yargı faaliyetinin önceden belirlenmiş kurallar aracılığıyla yürütüldüğü ve hukukun muhatabı olanlar nezdinde aleniyet kazandığı bir düzenin ifadesidir. Söz konusu düzenin hangi özelliklerinin diğerlerine tercih edildiği veya edilmesi gerektiği etrafında şekillenen sorunlar, sadece hukuk felsefesi ve sosyolojisinin değil aynı zamanda hukuk antropolojisinin de araştırma konusunu oluşturur. Hukuk antropolojisini diğerlerinden ayıran ince çizgi, hukukun ne olduğuna ilişkin cevapların ‘ilkel’ olarak tanımlanan toplumlarda da aranmasıdır.

Hukuk antropolojisi çalışmaları, modern hukuk sistemlerinin mahkemeler veya yasalar gibi unsurlarını kültürel örnekler olarak değerlendirmekte, hukukun varlık koşulu saymamaktadır. Herhangi bir toplumdaki dengenin sağlanmasına, şiddetin kontrol altına alınmasına, anlaşmazlıkların giderilmesine ya da giderilemeyenlerden doğan uyuşmazlıkların çözülmesine yönelik usul ve kurumların incelenmesi yeterli görülmektedir. Bu anlamda hukukun klasik tanımı, insanların görece olarak düzenlenmiş sosyal bir yaşantıyı sürdürme biçimlerine doğru değişmektedir. Nasıl ondalık hesap sistemi, para veya bankalar bulunmasa bile ekonominin varlığından bahsedilebiliyorsa, yasaların ve mahkemelerin

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

yokluğunda da ‘hukuk’ olarak nitelendirilecek bir düzen mevcuttur¹. Dolayısıyla önüne modern ya da ilkel gibi sıfatların hangisini alırsa alsın, tüm toplumların bir hukuku ve önemli sosyal kurumların da hukuki bir yönü olduğu kabul edilmektedir.

Hukukun resmi tanımlar aşılarak yeniden tanımlanması ve toplumsal bir çerçeveye oturtulması örneğine ilk kez Bronislaw Malinowski'nin “Crime and Custom in Savage Society” (1926) isimli kitabında rastlanmaktadır². 2003 yılında Türkçeye çevrilip “Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek” adıyla yayımlanan bu çalışmanın hukuk ve antropoloji metinlerinin neredeyse hepsinde ismi geçmekte, halen temel eser olma özelliğini korumaktadır. Malinowski ilkel toplumların da bir hukukunun olduğu iddiasını ve bunun etrafında şekillenen diğer tezlerini, Malezya topluluğunun yaşadığı Trobriand Takım Adaları'nda yaptığı alan araştırmasına dayandırmaktadır. Birçok açıdan öncü sayılan eser iki ana bölümden oluşmakta; hukukun tanımı, toplumsal hayatı düzenleyen genel normlar, ilkel insanların toplumsal normlara uyma ve sapma davranışı, medeni ve ceza hukuku uygulamalarına örneklerle yer verilmektedir. Bu makalede söz konusu kitapta ileri sürülen fikirlerin sistemli bir şekilde ortaya konulması amaçlanmaktadır.

II. “YABANIL TOPLUMDA SUÇ VE GELENEK”İN ÖNEMİ

Sosyal antropolojinin öncelikli amacı ilkel insanları, yarattıkları kültürü ve içinde yaşayıp eylemde buldukları toplumsal sistemi anlamaktır. Bir kültürü veya toplumsal sistemi anlamak ise iki farklı aşamada gerçekleşir. İlkinde, inceleme konusu olan kültür kendi koşulları içinde değerlendirilir. Bu yolla, ilgili toplumdaki insanların gözüyle hayata bakmak, davranışlarının mantıksal dayanaklarını kavramak mümkün olur. İkinci aşama, gözlemlenen davranışları anlamak için genel prensipler oluşturulmasıdır. Artık subjektif gerekçeler yerini objektif kıstaslara ve açıklayıcı kavramlara bırakmaktadır. Bu iki aşama tamamen bağımsız kutuplar olmayıp, birbirinin tamamlayıcısıdır. Her olayda bir aşamadan diğerine, bir kültürün özgün dilinden daha geniş ve evrensel uygulamaların diline geçiş yapılmaktadır³. Kültürel bir çevrenin kendi koşullarında incelenmesi ve genel kıstaslara uyarlanmasının zorunlu etkileşimi, alan araştırması ve antropolojik teori arasındaki ilişkiyle benzerlik göstermektedir. Herhangi bir gözlem veya araştırma teoriyle desteklenmediği, bazı varsayımları doğrulama olanağını taşımadığı müddetçe anlamsız kalacaktır. Malinowski

¹ Klaus- Friedrich Koch, “Law and Anthropology: “Notes on Interdisciplinary Research””, *Law and Society Review*, 4:1 (1969: Aug.), s. 12.

² Sally Falk Moore, “Law and Anthropology”, *Biennial Review of Anthropology*, Vol. 6. (1969), ss. 252-300, s. 256.

³ S. F. Nadel, “Understanding Primitive Peoples”, *Oceanica*, 26 (1955-1956), ss. 159-173, s. 159-161.

modern alan araştırmasının öncüsü olmakla, uygulama ve teoriyi birleştiren kişidir⁴.

Yine de Malinowski'nin çalışmasının ilk etkilerinin tamamen olumlu ve yapıcı olduğunu iddia etmek yanıltıcı olacaktır. Hukukun Avrupa kökenli klasik kurumların yokluğunda da mevcut olduğu savı, o dönem hukukçuları açısından oldukça yeni ve önemlidir. Böyle bir kabul hareket eden hukuk felsefesi çalışmalarında ise genelde, ilkel toplumların hukuku modern hukukun tarihsel veya tipolojik öncüleri, Batı Avrupa ve Anglo Amerikan hukukunun ön aşaması olarak nitelendirilmektedir. Endüstrileşme öncesi toplumların hukukunun, endüstrileşmiş olanlardaki sosyal kontrole benzeşen ilkelere göre işlediği düşünülmemekte, aksine sonraki gelişmelerle yürürlükten kalktığına inanılmaktadır. Yabani Toplumda Suç ve Gelenek antropolojiye yabancı kişileri ilkel toplumlarda da hukukun varlığına ikna etmiş olsa bile, bu şimdiki zamana ait teorik bir bilgi değil, tarihsel altyapının parçası gibi düşünülmektedir. Bu eğilim birçok kültürel buluşun ortak talihsizliğidir. Antropolojiden farklı alanlara aktarılan bilgiler, yerleşik inanış ve kalıpları bozmayacak biçimde yorumlanmakta ve yaratıcı biçimde kullanılmamaktadır⁵.

Kabullenmeye ilişkin bu tip güçlükler bir yana bırakılırsa, Yabani Toplumda Suç ve Gelenek'in etnografik yöntemin hukuka uygulanması, hukukun doğası, olası görünüşleri, insanların hukuku uygulama, karşı koyma ve cevap verme biçimlerine ilişkin sorular sorulmasının ilk örneği olduğu söylenebilir⁶. Malinowski Trobriand Adaları'nda yerli halkın gündelik yaşantısını ve hukukunu doğrudan gözlemlemiş ve buradan elde ettiği verilere dayanarak genel çıkarımlarda bulunmuştur. Sonraki çalışmalarda gelişmiş örneklerine sıklıkla rastlanan bu yöntem zamanla antropoloji araştırmalarının ayırt edici özelliği haline gelmiş⁷, bu alanda yapılanların yönü tarihsel etnolojiden sosyal ilişkilerin gerçeğe geçtiği kültürel çevrenin işlevselci analizine doğru değişmiştir⁸.

III. HUKUKA İTAAT SORUNU

Yabani Toplumda Suç ve Gelenek, üç temel gözlem etrafında şekillenmektedir. İlki, Malenezya'daki Trobriand toplumunun genel bir düzeninin bulundu-

⁴ Ona göre antropolojik teori, antropolojik alan çalışmasının gözlem çizelgesidir. Malinowski bu doğrultuda büyüyle ilgili kendi yaptığı alan araştırmasını örnek vererek, yol göstericisi Frazer'i eleştirmektedir. Nadel, s. 167.

⁵ Moore, s. 257-258.

⁶ John M. Conley, William M. O'Barr, "Review: Back to the Trobriands: The Enduring Influence of Malinowski's Crime and Custom in Savage Society", *Law & Social Inquiry*, Vol.27, No.4 (Autumn, 2002), ss. 847-874, s. 847.

⁷ Vincent Crapanzano, "Review: An Outlook in Anthropology", *Science, New Series*, Vol. 236, No. 4808 (Jun. 19, 1987), ss. 1579, s.1579.

⁸ Koch, s. 14.

ğu, ikincisi bu düzenin mahkemeler veya kolluk teşkilatı gibi klasik Avrupa kurumlarının olmaksızın sürdürüldüğü ve sonucusu insanların itaat ve karşı çıkma davranışının genel yargının aksine kendi menfaatlerine göre belirlendiğidir⁹. Söz konusu düzenin Batılı kurumların yokluğunda nasıl sağlandığının cevabı, ilkelerin de bir hukuk sistemlerinin olduğu, hukuka ya da geleneklere 'kendiliğinden' ve 'kölece' uymadıkları iddiasında yatmaktadır. Malinowski insan doğasının, ilkel ya da modern, herhangi bir sınırlamayı doğallıkla ve sorgusuz kabul etmeye uygun olmadığını, her toplumda yasal sistemin işleyebilmesinin belirli bir kabul ve benimsemeyi gerektirdiğini, tüm kültürlerde yasa, tabu ve yükümlülükler ahlaksal ve duygusal nedenlerle ya da salt uymak gerektiği için uyulduğunu ancak bunun kölece bir itaat alışkanlığıyla açıklanamayacağını, ilkel toplumlardaki gelenek kurallarının diğer antropologların iddia ettiği gibi bilinçsizce ve otomatikman benimsenmediğini savunmaktadır¹⁰.

Malinowski ilkel insanların hukuku olmadığına ilişkin eski düşüncenin, ilkelerin geleneğin köleleri olarak görülme eğilimiyle yer değiştirdiğini ve her ikisinin de kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir. İlkelerin 'geleneğe otomatikman boyun eğme' dogması, bu insanların zincirlerini asla kırmaya çalışmadıkları ve onlara göre tüm geleneklerin zorunlu ve kaçınılmaz olduğu varsayımına dayanır. Bu inancın uzantısı, ilkelerin kişisel hak ve konumlarını idrak etme yeteneğinin bulunmadığı ve ilkel komünizm düzeninde yaşadıkları düşüncesidir¹¹. Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek kapsamında biçimlenen asıl iddia bu anlayışa karşı oluşmaktadır. Malinowski'ye göre modern toplumun sıradan fertleriyle ilkel insanların itaat veya uyum davranışları arasında fark bulunmamaktadır. Trobriand'daki kültürel uygulamalardan yola çıkarak, herhangi bir gözlemciye komünizm gibi görünen yaşantının, bireysel menfaatlerin ön planda

⁹ Conley-O'Barr, s. 856.

¹⁰ Bronislaw Malinowski, *Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev: Şemsa Yeğin, Epsilon Yayınları, 2003 İstanbul, s. 20-24.

¹¹ Malinowski geleneğe kendiliğinden boyun eğme dogmasını yanlış yorumlamaktadır. Geleneğin gücü, ilkel insanların bunların zorlayıcı yapısını (modern toplumun yargısal yaptırımlarıyla desteklenmiyor olsa bile) bir şekilde kavramış olmalarıyla ilgilidir. Bu anlamda ilkel insanların gelenekleri kendiliğinden otomatiktir; kişi sanki gerçekten bunların kölesiymiş gibi davranmayı seçmiş bile olsa, asla karşı çıkmayan bir köle değildir. Malinowski bu durumu aksini iddia etse de, ilkel geleneklerin ihlal edildiği az sayıda örnekle karşılaştığı açıktır. Malinowski'nin eksikliği, geleneklere otomatikman uyma eğilimini anlamamasından kaynaklanmaktadır. Çoğu durumda bir geleneğe sadece gelenek olduğu için itaat edilmekte, gücünü gelenek olması durumundan almaktadır. Malinowski işlevselci düşünce paralelinde, toplumdaki her geleneğin bir işlevi olması gerektiğini iddia etmektedir. Bazı geleneklerin özel amaçları bulunmakla beraber, hepsi aynı kaderi paylaşmak zorunda değildir. Hatta kimilerinin neden ortaya çıktığını hatırlamak dahi güç olabilir. Bu bağlamda geleneklerin amacının, sosyal uzlaşma sağlamak adına, toplumdaki davranışlara ilişkin bir birlik sağladığını düşünmek yeterli olacaktır. William Seagle, "Primitive Law and Professor Malinowski", *American Anthropologist*, New Series, Vol. 39, No. 2 (Apr.- Jun., 1937), ss. 275-290, s. 276-278.

olduğu karşılıklı ödev ve yükümlülükler toplamı olduğunu ifade etmektedir. Toplumsal düzenin belirleyicisi, karşı taraftan beklenen fayda veya toplumda ün, saygınlık kazanma gibi nedenlerdir¹². İlkel insanların mevcut kurallarla katı bir uyum içinde yaşadıklarına ilişkin sav, gündelik hayatın stresi içinde yaklaşık olarak gerçekleşebilecek bir ideali yansıtmaktadır. Yerliler arasında da hukuk ve duygusallık, ahlak ve tutkular, centilmence davranışı düzenleyen geleneksel kurallar ve kişisel menfaatler arasında çatışmalar yaşanmaktadır. Malinowski'nin kurallardan sapmaya dair tespiti, ilkel insanların katı gelenekler ve grup talepleriyle sıkı sıkıya bağlı olduğu yargısının düzeltilmesi yönünde önemli bir adımdır. Ancak yine de yerlilerin toplumsal kurallar karşısında modern insanlar kadar özgür olmadığı da yadsınmayacak bir gerçektir. Eğer yaygın hata ilkel insanları sosyal otomatlar gibi göstermekse, Malinowski de diğer uçta aşırıya gitmekte ve bunları kendini düşünen, fayda peşinde koşan modern insan imgesine büründürmektedir¹³.

Neticede kurallara uyma davranışı 'küme içgüdü' veya 'egemen olan küme duygusundan' değil, karşılıklı yükümlülük ve haklardan (buradaki hak kavramı Batı hukukundaki anlamıyla bir hak değildir) kaynaklanır. Malinowski'ye göre alışkanlıkların gücü, mevcut kuralların elverişli ve işlevsel bulunması, başkaları tarafından aşağılanma veya dışlanma korkusu, geleneksel buyruklara karşı duyulan korku, bu korkuya duygusal bağlılık gibi çeşitli nedenler geleneği salt gelenek olduğu için uyulması gereken bir niteliğe büründürmektedir. Ancak geleneklere gönülden bağlı olmak, insanların kurallara boyun eğmesinin tek nedeni olmayıp bu nedenler arasında oldukça küçük bir yer tutar¹⁴. Kültürel yapının ideal görünümünün yerlilerin gündelik hayatını yansıttığı düşüncesi yanılığdan ibarettir. Malinowski hem olması gereken kültürel uygulamalara hem de gerçekte ne olduğuna yer vererek sapma davranışını ortaya koymaktadır¹⁵. Gerçekte kuralların bir şekilde ihlal edildiği ve toplumun geri kalanının bunu örtbas ettiği olaylar da görülmektedir. Örneğin dış evlilik kuralına uymadığı topluluk içinde yüzüne vurulan ve onuru kırılan kişinin intihar etmesi örneğine sık rastlanmaktadır. Ama aynı sıklıkta rastlanan diğer örnek ana yanlı akrabalarla kurulan ilişkinin sürdürülmesi ve toplumun diğer üyelerinin bunu bil-

¹² Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 57-59, 20-21. Leslie A. White, "Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *The American Journal of Sociology*, Vol. 32, No. 6 (May, 1927), ss. 1005-1007, s. 1005-1006.

¹³ Frank H. Hankins, "Reviewed work(s): Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *Social Forces*, Vol. 6, No. 3 (Mar., 1928), ss. 499-500, s. 500. "Herhangi bir sınırlamayı, doğal bir şeymiş gibi kabul etmek, insan doğasına aykırı değil midir, ve ister uygar olsun, ister yabanıl, insanoğlu, hoş olmayan, ağır gelen, acımasız kural ve tabulara zorunlu kılınmadığı sürece, hem de, karşı durmadığı bir güç ya da nedenin zorlaması olmaksızın uyar mı?" Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 21.

¹⁴ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 59, 63.

¹⁵ White, s. 1006.

miyormuş gibi davranmasıdır. Bu aslında kabilenin temel yasalarından birinden kaçınılması ve bunun yerleşik hale gelmesi örneğidir. Hatta bu tip cinsel ilişki-den kaynaklanabilecek hastalıkları giderecek büyü bozma ritüelleri bile bulunmaktadır. Doğüstü güçlerin kendiliğinden etkide bulunarak bir davranış kuralına bağlı kalınmasını sağladığı söylenemez. Benzer biçimde “yerleşik kurumları, önemli işleri bozmak amacıyla yapılan büyüler, aslında geleneklerin ortaya çıkardığı bir suç işleme aracı olmaktadır. Kötücül büyülere hedef olan kurum ve etkinlikler, çeşitli yasalarca korunmuş olduklarına göre, bu büyülerini yaşatan gelenek, yasaya karşı işlemekte, ve yasalarla doğrudan doğruya çatışmaktadır.” Kuralların ihlal edilmesi, üstüne üstlük yerleşik bir uygulama haline gelmesi, kurallara mutlak uyum davranışı sergileyen, küme bilincine sahip bir topluluğa işaret etmemektedir¹⁶.

IV. HUKUKUN TANIMI

Malinowski ilkel insanların gelenek kurallarına, karşı koyma güçleri bulunmadığı için itaat etmediklerini, eğer böyle olsaydı hukuk, ahlak ve diğer davranış kurallarını birbirlerinden ayırmanın imkânsız hale geleceğini ileri sürmektedir. Ona göre “kurallar, gelenekler ve davranış kalıpları toplamını bir gelenekler bütünü olarak tanımlarsak, yerlinin bunların hepsine karşı güçlü bir saygı duyduğu, başkalarının yaptığını, başkalarının onayladığı şeyleri yapma eğiliminde olduğunu, ve ilgi ve isteklerinin onu başka bir yöne çekmemesi halinde, geleneklerini çizdiği yolun dışında bir yola sapmayacağı, kuşku götürmez bir gerçeklik olarak ortaya çıkar¹⁷.”

Malinowski yasaklar ve yaptırımları değil karşılıklı yükümlülükleri, birbirini tamamlayan hakları, olumlu itibar sağlamaya yönelik pozitif yönlendirmeleri öne çıkarmakta¹⁸; tekil olgular yerine sıradan olayları, ihlal edilenler yerine uyulan yasaları, toplumsal yaşamdaki rastlantıları değil sürekliliği vurgulamaktadır. Hukuk kuralları, sıkı, katı veya ilahi olmayıp, esnek ve ayarlanabilir niteliktedir. Toplumsal güçler tarafından korundukları, mantıklı ve gerekli oldukları için uygulanırlar. Hukuk kurallarının getirisi olan hak ve yükümlülükler, bunların farkında olan ve karşılığını bekleyen bireyleri bağlamaktadır. Böylece hem hukuk formuna dönüşmemiş geleneklerden hem de ahlak ve din kurallarından ayrılırlar. Aslında dinsel kuralların ilahi yönlerinin yanı sıra mevcut yasalara uygun olmak gibi hukuki boyutunun da olduğu gözlenmektedir. Demek ki geleneklere saygı bu tip toplumlarda çok önemli olsa da, hukuk gelenekler bütünü değildir; hukuk kuralları, geleneklerin veya toplumsal kuralların yalnızca bir kısmını oluşturan ayrı bir kategoridir. Aynı şekilde tüm gelenekler de hukuk kuralı olarak nitelendirilemez. Bu durumda hukuk kurallarını diğerlerinden

¹⁶ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 92-94.

¹⁷ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s.61-63.

¹⁸ Moore, s. 257.

ayırın kıstas, bunların bir kişinin yerine getirme yükümlülüğü bulunan zorunluluklar şeklinde algılanması ve uygulanmalarını ikinci kişinin bir başkasından beklediği, üzerinde hak iddia ettiği kurallar olmalarıdır. Psikolojik bir itici güç, karşılıklı bağımlılık ilişkisi, bu karşılıklılığın kesin çizgilerle belirlenmiş ve çok yönlü bir ilişkiler zinciri halinde düzenlenmiş olması, kuralların uygulamasının çoğu kez törenlerle, kamu gücüyle desteklenmesi, hukuk kurallarını zorunluluk haline dönüştürerek bağlayıcılıklarını arttırır¹⁹.

Malinowski ilkel toplumlarda gelenek formunda görünen davranış kurallarından bir kısmının hukuku oluşturduğu, hukukun varlığı için modern kavramlarla ifade edilen mekanizmaların aranmasına gerek olmadığı savıyla bu toplumların hukuk sistemlerine ilişkin doğru bir noktaya temas etmektedir. Buradaki sıkıntı, hukuki ve sosyolojik kurumların ayırt edilmesinde ortaya çıkmaktadır. Geleneklerin zorlayıcı ve bağlayıcı olanları hukuku, diğerleri ise sadece gelenekleri oluşturur. İlgili menfaatin önemli veya gerekli sayılması hukuku belirleyen kıstastır. Ancak hangi geleneklerin etkisiz ya da önemli olduğunun tespiti, oldukça incelikli bir değerlendirmeyi gerektirmekte; menfaatin önemi kıstasına göre gelenekten çok hukuka rastlanma olasılığı da doğmaktadır²⁰. Malinowski'nin hukuk tanımı toplumsal ilişkilerin zorunlu yönlerine ilişkin bir çalışmadan ayırt edilemeyecek kadar geniş olduğu için hukuk ve toplumsal kontrol çevresinde oluşan kuralların sınırlarını belirlemek güçtür²¹. Onunki gibi bir yaklaşımla, yılbaşında veya doğum günlerinde hediye vermeye ya da insanların asansörde karşılıklı duruş mesafelerine ilişkin kurallar bile hukuk görünümü kazanabilir. Bu aşamada toplumsal norm ve yaptırımlar üçe ayrılır: Üçüncü kişilere veya taraflara açıklama ve uygulama imkânı verenler; karşılıklılık veya süre giden ilişki gereğince desteklenenler ve memnuniyetsizliğin veya fiziksel gücün ifadesi olan dolaysız yaptırımlar. Sonradan konuyla ilgili metni okuyan kişilerin farklı çıkarımlarda bulunması pahasına, bu norm ve yaptırım kombi-

¹⁹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 86, 64-66. Malinowski, *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek*'te değil ama bir başka çalışmasında hukukun dört farklı anlamı olduğunu yazmıştır. İlk anlamıyla hukuk, determinizm yasalarına atıfta bulunur. Bu kullanımı 'bilim yasaları' veya 'doğa yasaları' gibi kültürel determinizmle ilgilidir. İkincisi, kişilerin edimleriyle tek tipleştirilmiş veya sözlü yollarla formüle edilmiş davranış kurallarıdır. Bilgi, teknoloji veya işbirliği kuralları bu kapsamdadır. İlkel bilgi kuralları genelde emir veya en azından normatif ifadeler şeklinde görünür. Yüzeysel olarak gelenekten kaynaklı diğer zorunluluklarla benzerlik gösterirler. Üçüncüsü, kişiler ve gruplar arasındaki ilişkilere atıfta bulunan, çeşitli menfaatleri sınırlayan, yıkıcı psikolojik ve sosyolojik eğilimleri azaltan davranış kurallarını içerir. Dördüncüsü, talepler arasında bir çatışma doğduğunda veya toplumsal davranış kurallarından biri ihlal edildiğinde devreye giren özel bir mekanizmadır. Bronislaw Malinowski, "A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive", *The Yale Law Journal*, Vol. 51, No. 8 (Jun., 1942), ss. 1237-1254, s. 1243.

²⁰ Seagle, s. 280-281.

²¹ Moore, s. 256.

nasyonlarından bazılarının ya da hepsinin hukuk olarak nitelendirilmesi mümkündür. Malinowski'nin iddiası bu eksen de değerlendirilirse, karşılıklılığa dayanan ilişkilerle desteklenen normlara farklı bir yer vermek istediği, modern hukuk kurumlarının yokluğunda bile bunlara hukukilik kazandırdığı söylenebilir²².

İlkel hukuk aynı tip kuralların uyumlu, kusursuz, tutarsız bir bütünü değildir. Anaerkillik, baba hukuku, evlilik yasaı, reisin yetkileri gibi kendilerine ait alanları olan farklı ve bağımsız dizgelerden meydana gelmektedir. Örneğin aile kurumunda belirleyici olan kadının konumudur. Ana yanlı bir hukuk sistemi ve ana hakkı egemendir. Ancak erkeğin evlilik ilişkisindeki yetke ve yükümlülükleri bağımsız bir yasal ilkedir. Aynı şekilde bir köyün iç yasaları, büyücünün konumu da bağımsız yasal sistemlerdir. Farklı yasal dizgelerin varlığı bizi hukukun varlığıyla ilgili başka bir noktaya götürmektedir. Malinowski'ye göre diğer antropologların yanılığya düştüğü husus, ilkel hukukun yalnızca ceza yasalarından ibaret olduğu iddiasıdır. Oysa ilkel hukuk yalnızca olumsuz buyruk ve kararlar içermemekte, ceza hukukunun yanı sıra medeni hukuka ilişkin kuralları da barındırmaktadır. Temelde yerlilerin hukuk düzeninin modern kavramlarla açıklanmasına karşı çıkan Malinowski, mutlaka böyle bir isimlendirme yapılacaksa, yerlilerin de medeni hukukunun olduğunu belirtmektedir. Kabile yaşantısındaki medeni hukuk, tarafların hak ve ödev ilişkisinde bulunduğu, toplumsal yapıdan kaynaklanan karşılıklılık ve kamuya açıklık mekanizmalarıyla işleyen bağlayıcı yükümlülükler bütünüdür. Kurallar esnektir, hoşgörüyeye açıktır, yerine getirilmemesi halinde ceza, aksi halde ödül verilmemektedir. Yasaların neden ve sonuçları yerlilerce anlaşılmakta ve geçerlilik kazanmaktadır. Yasalar toplumsal yaşamın bir yönünü ifade eder, resmi kararnamelerle düzenlenmemiştir, yükümlülükler karşısında duyulan sorumluluk bunları uygulanır kılmaktadır²³.

Malinowski'nin ilkel hukukun esnekliğı, uyarlanabilirliğı, din kuralları ile insanlar tarafından konulan kurallar ayrımı ve bunları modern kavramlarla tanımlamanın doğru olmayacağına ilişkin tespiti hukuk antropolojisi alanında olumlu bir adımdır. Ancak modern hukuk kurumlarının ilkelere uyarlanmasına karşı çıkıyor oluşu, kendisini de aynı hataya düşmekten koruyamamaktadır. İlkel toplumdaki davranış kurallarını dini ve seküler, hem de seküler olanları kendi içinde 'ahlaki' 'hukuki' 'gelenek' kuralları olarak ayırması ve hukuk kurallarını 'medeni' ve 'ceza' hukuku ikiliğıyle sınıflandırması, ilkel kurumları modern olanlardan ayırt edilemez hale getirmekte, gerçek hukuki form ve mekanizmalar neredeyse terk edilmektedir. Batı kültürünün hukuki kurumlarını

²² Stewart MacAuley, Crime and Custom in Business Society, Journal of Law and Society, Vol.22, No. 2 (Jun., 1995), ss. 248-258, s. 251-252.

²³ Malinowski, *Yabanıl Toplumda*....., s.113, 87, 88, 25, 67, 69, 70.

ilkel topluma uyarladığının göstergesi, evlilik, veraset, mülkiyet gibi modern hukuk kavramlarını ilkel hukukta da arıyor olmasıdır²⁴.

V. TOPLUMSAL YAPI VE HUKUKUN İŞLEYİŞİ

Malinowski'ye göre Trobriand Takım Adaları'nın toplumsal yapısı, 'yasal konum' ilkesi çerçevesinde biçimlenir. Bu ilke 'aleniyet' ve 'karşılıklılık' olmak üzere iki unsuru barındırmaktadır. 'Aleniyet', bireylerin yükümlülüklerinin bütün toplumca biliniyor olması anlamına gelir. Malinowski'nin tarafın önceden belli olduğu kişi ile kişi, iki bölge veya köy, iki akraba grubu gibi ikili ayrımlarda gerçekleşmekte; her edimde toplumbilimsel bir ikiliğe rastlanmaktadır. Hem aleniyet hem de karşılıklılık gereği, taraflar birbirlerinin davranışlarının haklılığını daha fazla ön plana çıkardığı ve ekonomik, toplumsal, hukuki ilişkilerin tümünü dayandırdığı 'karşılıklılık' ise bir başkası yararına gerçekleştirilen edimlerin veya yapılan iyiliklerin ileride karşılığının ödenecek olduğu bilgisidir²⁵. Malinowski'ye göre her tip toplumsal dizge karşılıklılık esasına göre işlemekte ve böylece sadece Trobriand'da değil tüm ilkel toplumlarda kendiliğinden bir simetri ve ikili düzen²⁶ ortaya çıkmakta; toplumsal ilişkilerde (örneğin alış veriş, evlilik) karşılıklılık veya gereklilik gözetilmektedir. Bu, alınan ve verilenler arasında bir denge olmasına, kimsenin görev ve yükümlülüğüne son verilememesine veya durup dururken ayrıcalık tanınmamasına neden olmaktadır²⁷.

Medeni Hukuk:

Malinowski Trobriand'da süre giden toplumsal düzenin temelini, aleniyet ve özellikle karşılıklılık ilkelerinin gündelik hayattaki bağlayıcı gücüne dayandırmaktadır. Toplumsal yapı ve kurumların bütününe yayılan karşılıklılık bir yandan toplumsal hayatın düzenliliğini sağlamakta, öte yandan medeni hukuk benzeri ilişki ve yükümlülükler dayanak oluşturmaktadır. Medeni hukukun özü, karşılıklılıktan kaynaklı hak, yükümlülük ve sınırlandırmalarla biçimlenir. Ceza hukukundaki negatif ödevlerin yerini, medeni hukukun pozitif düzenleme-

²⁴ Seagle, s. 275-276, 283.

²⁵ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 36, 57, 43.

²⁶ Malinowski sosyal ilişkilerin temelini karşılıklılık ilişkisine dayandırmaktadır. Trobriand yerlilerinin ikili organizasyon yapılarına bölündüğü doğrudur. Ancak bunlar çoğu zaman ekonomi değil evlilik amaçlıdır. Ayrıca Malinowski tüm ilkeller için evrensel olduğu iddiasıyla tek bir gözlemi genelleştirme eğiliminde olsa da ikililik ilkel toplum ve hukuklar bakımından geçerli değildir. Kimi Afrika toplumlarında üçlü ya da beşli bölünmeler varken, kimilerinde hiç yoktur. Ayrıca Trobriand adalarında iş bölümünün bu şekilde işliyor oluşu, her ilkel toplumda böyle olduğu anlamına gelmez. Bazılarında düzenli bir alış veriş sistemi yokken, diğerlerinde yasal sözleşmelerle ifade edilecek kadar gelişmiş olabilir. Seagle, s. 278-279. Kaldı ki alma ve vermeye dayalı karşılıklı ilişkiler ikili gruplarla açıklansa bile karmaşık ilişkilerin toplumsal kaynakları her zaman bu şekilde olmayabilir. Hankins, s. 500.

²⁷ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 37.

leri almaktadır. Malinowski bu tespitini desteklercesine ceza hukuku uygulamalarına çok az yer verirken, medeni hukuktan kaynaklı edimde bulunma ve yükümlülük altına girmeye ilişkin örnekleri ayrıntılarıyla ortaya koymaktadır²⁸. Kitapta bu yöndeki örneklerden ilki, insanların geçimlerini sağlama biçimleriyle ilgilidir. Trobriand'ın ovalarının verimli, denizinin sığ ve balık dolu olması, hem ada sakinlerinin birbirleriyle yakın ilişki kurmalarına hem de geçim kaynağı olarak (el sanatları ve ticaretin yanı sıra) tarım ve balıkçılıkla uğraşmalarına neden olmuştur. Balık tutarken organize bir şekilde çalışan kano sahibi ve diğerleri, aynı alt klandan gelmektedir. Herkesin karşılıklı sorumluluğu vardır, hak ve yükümlülükler bellidir. Kanonun ortak mülkiyete tabi olmaması nedeniyle, sahibinin yıpranan kanoyu yenisiyle değiştirmek için ekonomik imkân sağlamak veya bakımını üstlenmek gibi yükümlülüklerinin karşısında diğerlerinin avlanmaya gitmeyi talep etmek, tutulan balıktan pay almak gibi hakları vardır. Benzer şekilde denizden uzak yerlerde yaşayanlar ve balıkçılar arasındaki sebze ve balık değiş tokuşunda da karşılıklılık geçerlidir. Taraflar kendilerine verilen armağanı kabul etmek, karşılığında bir şey vermek zorundadır. Bu da balıkçılar ve tarımcılar arasında bağımlılık ve buna bağlı olarak karşılıklılık ilişkisi doğurmaktadır; görevlerini savsama suçu işleyenler cezai sorumlulukla karşılaşmaktadırlar.²⁹

Aile ilişkilerinde de karşılıklılık esastır. Ana yanlı hısımlığın³⁰ egemen olduğu Trobriand ailelerinde dişi, erkek kardeşlerinden birinin, yoksa en yakın ana yanlı erkek akrabasının koruması altındadır. Ona itaat etmesi ve yükümlülüklerini yerine getirmesi karşılığında erkek kardeş ya da akraba tarafından korunur, evlendikten sonra bile ekonomik ihtiyaçları karşılanır. Dayı, çocuklarının koruyucusu, ekonomik gereksinimlerini karşılayan kişi ve onlarla ilişkisinde aile reisidir. Erkek kardeşin elde ettiği hasadın büyük kısmı kız kardeşe gider ve ikisinin evinin önünde de başkalarının görüp takdir etmesi için sergilenir. Bu işlemlerin törensel yönü ve bağlayıcılığı vardır. Eğer erkek kardeş yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmezse hakarete uğramakta, cezalandırılmaktadır. Yine karşılıklılık ilkesi gereği koca, kadının erkek kardeşine hediyeler sunar; erkek çocuklar büyüyünce dayıya yardım eder, ödemelerine katkıda bulunur. Kız çocuklar ana yanlı toplumda mirasçı sağlar. Aile ilişkilerine bağlı edimler-

²⁸ Conley- O'Barr, s. 856-857.

²⁹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 27-33.

³⁰ İlkel toplumlardaki kan hısımlığı ana soylu (ana yanlı) hısımlık, baba soylu (baba yanlı) hısımlık, iki yandan hısımlık ve çift soy hısımlığı olmak üzere dört ayrı tipte toplanmıştır. Bir başka hısımlık tasnifi dışevliliksel esaslara göre yapılır. Ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, Özne Yayınları, İstanbul 1998, s. 99-106.

den bazıları ekonomik açıdan özendirme işlevi görür, bazılarının yasal bağlayıcılığı vardır ve bazıları da akrabalığın dolaysız sonucudur³¹.

Bir başka karşılıklılık örneğine cenaze merasiminde rastlanmaktadır. Ölenin eşinin törende ağlamasının nedenlerinden biri ölenin kardeş ve ana yanlı akrabalarına üzüntüsünü göstermektir. Uzun süre yas tutmak, ölenin çene kemiğini boynunda taşımak karşılığında bol miktarda erzak alır. Trobriand adalarında bir kamu kurumu işlevi gören büyüçülük de karşılıklılık esasına göre işlemektedir. Büyüçünün sahip olduğu ayrıcalığın asıl kaynağı konumudur. Büyüçünün görevini yerine getirme sorumluluğu karşılığında diğerlerinin ona saygı gösterme ve bir takım hediyeler verme zorunluluğu vardır. Aynı ilkeye göre kabilenin reisinin bile topluluğa ilişkin tüm kararlarında diğerlerine karşı sorumlu olması; kendisine tanınan ayrıcalıklı konumun zorunlu davranış biçimleri ve yükümlülükleri içermesi söz konusudur. Malinowski'ye göre örneklerde gösterilen bağlayıcı yükümlülükler diğer geleneksel kurallardan ayrı, özel bir kategoridedir³².

Sadece değiş tokuş ilişkilerinde değil diğer alanlarda da işbirliğinin sürdürülmesi, toplumsal bağların korunması veya karşılıklılık etkili olmaktadır. Toplumsal ilişkilerin karşılıklılık esasına dayandığı durumlarda, hukuki ilişki ve yükümlülükten bahsedilebilmektedir. Yani bir yanda toplumsal hayatı düzenleyen, insanlar tarafından oluşturulmuş gelenekler, öte yanda hukuki sonuç doğuran kesin buyruk ve kurallar vardır. İkinciler Batının medeni hukukuna denk gelen düzenleme ve yükümlülükleri içerirler. Örneğin ekonomik yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişi katlanılması güç bir konuma itilir, rezil olur, ekonomik ve toplumsal ilişkilerden dışlanır. Sonucun böyle olacağının bilincinde olduğu için yükümlülüklere uyma yolunu seçer. Malinowski bu doğrultuda iki sonuca ulaşmaktadır. Birincisi ilkel yaşamdaki hukuk unsurunun, insanların yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlayan düzenlemeler içermesi ve 'karşılıklılık' ilkesinin bu düzenlemelerin kaynağı ve göstergesi oluşudur. Yani karşılıklılık esasına göre işleyen her kurum ya da ilişkinin hukuki bir boyutu ve dolayısıyla sorumluluğu vardır. Dinsel ritüellerin bile (ruhani yönlerinin yanı sıra) yasal yönleri bulunmaktadır³³. İkincisi sanıldığı gibi aksine ilkel toplumlarda yalnızca ceza hukuku değil medeni hukukun da bulunduğudır.

Ceza Hukuku

Malinowski Trobriand'daki ceza hukuku benzeri uygulamaları gündelik hayattan alıntılıdığı sınırlı sayıdaki örnekle ortaya koymuştur. Suçların cezalandırılmasında uygulanan genel ilkeler belirsiz, ceza yöntemleri düzensizdir. Bunlar rastlantı ve kişisel tutkulara göre uygulanmaktadır. En önemli yöntemler, huku-

³¹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 46-49.

³² Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 45, 50, 53-54, 58.

³³ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 42-44, 52, 55-57.

ki olmayan kurumların, geleneklerin, büyücülüğün, intiharın, reisin yetkesinin, sihrin, tabu çiğnemenin olağanüstü sonuçlarının ve öğ almanın uzantısıdır. Bütün yasal kurumlar, adaleti sağlamak yerine olumsuz bir durumu giderme, bozulan dengeyi kurma, haksızlık ve baskı altında bulunma durumlarını dile getirme aracıdır³⁴.

Örneklerden ilki ana yanlı hukuk sistemi ve ana hakkının ihlaline ilişkindir. Dış evlilik esastır, ana ailesinden biriyle ilişkide bulunmak suçtur. Topluluk bu konudaki sapmaları bildiği halde çoğu zaman doğrudan tepki vermemekte ancak açıkça suçlama biçiminde duyurulunca cezalandırılması gerekmektedir. Gizlice ilişki yürütülürse dedikodu dışında yaptırımı bulunmamakla birlikte kamuya duyurulursa suçlu çifte tepki verilmektedir. Genelde bunlarla ilişki kesilmekte, hatta bazı durumlarda taraflardan biri veya ikisi intihar etmektedir. İntiharda kendini cezalandırma, işlediği suçun bedelini ödeme, yaptığı yanlış topluluğa duyuran kişiden öğ alma, eski saygınlığını kazanma ve duygusal acı düşüncesi etkili olmaktadır. Ana tarafından akrabalarla cinsel ilişki yasağı ve cezası, kan bağlarının yakınlığı ölçüsüne göre değişmektedir. Yakınlık arttıkça ceza ve yasak ağırlaşmaktadır³⁵.

Trobriand'da etkin ve önemli bir cezalandırma aracı olarak kullanılan diğer yöntem büyüdür³⁶. Büyücüler saygın, zengin ve korkulan kişilerdir. Büyü yapma faaliyetleri yasa dışı olmayıp, gerçek bir adaletsizlik veya hukuka aykırılık durumun kamuoyunun da baskısıyla gidermeye yöneliktir. Büyünün sadece cezalandırma ile sınırlanmayan birden çok işlevi vardır: Büyü yapılma olasılığı karşısında kişi pişmanlık hissedebilir, davranışını değiştirebilir veya verdiği zararı karşılamak isteyebilir. Bu durumda "...kötücül büyü, aslında kabile yasalarının öngördüğü kuralların uygulanmasında kullanılması, şiddete başvurmayı engellemesi³⁷ ve dengeyi koruması açısından gerçek bir yasal güç işlevi gör-

³⁴ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s.111.

³⁵ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 89-91, 95, 107.

³⁶ Malinowski nasıl Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek'te tüm toplumların kendilerine özgü bir hukuku olduğunu savunuyorsa, "Büyü, Bilim ve Din"de de bilimin evrenselliğini, büyü ve dinle birlikte, ilkel veya medeni bütün toplumlarda mevcut olduğunu ileri sürmektedir. Trobriand Adaları'nda ilkel olarak tanımlanan insanların tarım, balıkçılık, kano yapımı gibi yollarla tecrübe ve zorunluluklar sonucu doğal yaşamla baş ettiklerini, bilimi ihtiyaçları doğrultusunda nasıl kullandıklarını ortaya koymaktadır³⁶. Roberto J. Gonzalez, Laura Nader, C. Jay Ou, "Between Two Poles: Bronislaw Malinowski, Ludwik Fleck, and the Anthropology of Science", *Current Anthropology*, Vol. 36, No. 5 (Dec. 1995), ss. 866-869, s. 867.

³⁷ Herhangi bir üstünlük, göze çarpan özellik, toplumsal konum sayesinde kazanılmayan mal, yetenek, kişisel başarı veya erdem kabul görmemekte, reisi öfkeliendirmektedir. Bu öfkenin temelinde ortalamanın aşılması, dengenin bozulması vardır. Herhangi birinin bu tip özelliklere sahip olduğuna dair inanç, çoğu zaman kuşkuya dayandığı için doğrudan bedensel şiddet uygulanmayıp, büyü tek yasal çare olarak kullanılmaktadır. Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 98-104.

mektedir³⁸.” Büyücülüğün adaleti yürütmek ve ceza vermek gibi iki boyutu olduğu, eşitsizlikleri gidermeye ve yenilerini önlemeye hizmet ettiği söylenebilir. İntihar ve büyücülüğün ortak noktaları, yerlilerin yasalara uymasında ve insanların alışılmadık davranışlarda bulunmasında aracılık etmeleri, ikisinin de kamu önünde uygulanması, gelenekleri koruyucu etkileriyle hukuk ve düzeni desteklemeleridir. Uyuşmazlıkları sona erdirme yolu olarak kamusal alanda karşılıklı bağırma, beddua gibi özel kurumlar da vardır. Malinowski'nin değindiği diğer ceza hukuku ihlalleri hırsızlık ve adam öldürmedir. Hırsızlığın cezası suçlunun duyacağı utanç ve kendisine yöneltilen suçlama olmakla birlikte beyazların mallarını çalmak hukuk veya yasa ihlali sayılmamaktadır. Adam öldürmeye pek sık rastlanmamaktadır. Eğer öldürülen kişi başka bir alt klan üyesiye, ya öç alınmakta ya da daha sıklıkla öç alma yerine kan bedeli ödenmektedir³⁹.

Kitabın adı ‘Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek’ olduğu halde, ceza değil medeni hukuk üzerine yoğunlaşmaktadır. Ceza hukuku uygulamalarıyla ilgili yazılanlar sınırlı sayıda örnekten ibarettir. Ancak yine de söz konusu örneklerden ilerleyerek ilkel toplum ve özelde Trobriand Adaları için geçerli bir suç tanımına ulaşılabilir: Suç, temel toplumsal normları ihlal eden, karşılıklılığın sıradan teşvikleriyle önlenemeyen, kamuda gerçekleşen, sayılan özelliklerinden ötürü bireyler arasında çözülmesi veya göz ardı edilmesi mümkün olmayan bir eylemdir⁴⁰.

SONUÇ

Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek yayınlandığı dönem açısından yeni bir dünyaya açılan bir kapı niteliğindedir. Malinowski Trobriand yerlilerinin arasında yaşamış, gündelik hayatlarına ve hukuk düzenlerine ilişkin gözlemlerini yazılı forma dönüştürmüştür. Toplumsal yapıyı, ekonomik ve hukuki kurumları, hukukun genel işleyişini, medeni hukuk ve ceza hukuku ayırımını, toplum yaşantısını düzenleyen temel ilkeleri, kurallara uyma ve sapma davranışını verilerle destekleyerek ortaya koymuştur.

Bu topluma ve genelleyerek ilkel toplumlara dair çıkarımları daha çok kendi bakış açısını yansıtmaktadır. Hukuk kurallarının içeriğini ayrıntılı biçimde tanımlamak ve bu kuralların uygulandığı olayları doğrudan aktarmak yerine, savlarını desteklemek için sınırlı sayıda örneği kullanmıştır. Aslında Trobriand yerlilerinin konu edildiği çalışma, ilkel hukukun bütününe kapsayan bir açıklamaya dönüşmüş, inandırıcılığı zedelenmiştir. Malinowski'ye göre ne ilkel hukuk homojen ve mükemmel bir kurallar toplamı, ne buna muhatap olan kişiler

³⁸ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 99.

³⁹ Malinowski, *Yabanıl Toplumda.....*, s. 71-73, 104, 106, 130-131.

⁴⁰ Conley-O'Barr, s. 869.

geleneklere kendiliğinden uyan köleler veya otomatlar, ne de hukuk sistemi ceza hukukunun baskın olduğu bir yasaklar dizgesidir. Toplumsal düzen ikili bir ayrımla bölünmüş kişi ve grupların, aleniyet ve karşılıklılık ilkeleri çerçevesinde eylemde bulunduğu ilişkilerle şekillenir. Trobriand'da böyle olsa bile, tüm ilkel toplumların ikili gruplara ayrıldığını söylemek bilimsel bir ifade olmaktan uzaktır.

Aleniyet ve özellikle karşılıklılık medeni hukuk benzeri ilişkilerin, medeni hukuk ise ilkel hukukun özünü oluşturur. Sanıldığı gibi aksine ilkel toplumlarda ceza hukuku kaynaklı uygulamalara medeni hukuk kadar sık rastlanmamaktadır. Kitapta ağırlıklı olarak bu tespiti destekleyen olaylara yer verdiği için aksini savunmak kolay olmayacaktır. Malinowski'nin hukuk tanımı toplumsal anlamda kabul görmüş güç kullanımını dışarıda bırakarak olumlu edimlere yoğunlaştığı için, hukukun diğer kurallardan ayırt edilmesi güçtür. Malinowski gelenekleri hukuk ve sıradan gelenekler olmak üzere sınıflandırmıştır. Hukuk kurallarının ayırt edici özelliğinin önem ve etkililik olduğunu belirtse bile bu her koşula uyarlanabilecek elverişli bir kıstas değildir. Ayrıca Malinowski ilkel toplumların yaşantısının modern kavramlarla açıklanmasına karşı çıksa da taşıdığı kuşuya kendisi düşmektedir. Ceza hukuku, medeni hukuk, mülkiyet, aile gibi kavramlar modern hukuktan alıntılanmıştır.

Sayılan olumsuzluklar bir yana Yabancı Toplumda Suç ve Gelenek halâ bir başucu kitabı olma özelliğini korumaktadır. Yayınlandığı dönemin doğrularını sorgulamakta, ilkel toplumların hayatının ve hukuk sisteminin aslında çeşitli yönleriyle modern olanlarla benzeştiğini bizlere göstermektedir. En azından bu eser sonrası, Batılı hukuk mekanizmasının dışında da bir hukukun varlığı ve birçok açıdan gelişmiş sayılabileceği, bireylerin geleneklerin köleleri olmayıp karşı çıkma, kendi menfaatlerini koruma seçeneklerinin de bulunduğu kabul edilmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

- Conley, John M., O'Barr, William M. "Review: Back to the Trobriands: The Enduring Influence of Malinowski's Crime and Custom in Savage Society", *Law & Social Inquiry*, Vol.27, No.4 (Autumn, 2002), ss. 847-874.
- Crapanzano, Vincent. "Review: An Outlook in Anthropology", *Science, New Series*, Vol. 236, No. 4808 (Jun. 19, 1987) , ss. 1579.
- Gonzalez, Roberto J., Nader, Laura, Ou, C. Jay. "Between Two Poles: Bronislaw Malinowski, Ludwik Fleck, and the Anthropology of Science", *Current Anthropology*, Vol. 36, No. 5 (Dec. 1995), ss. 866-869.
- Hankins, Frank H. "Reviewed work(s): Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *Social Forces*, Vol. 6, No. 3 (Mar., 1928), ss. 499-500, s.500.

- Koch, Klaus- Friedrich. "Law and Anthropology: "Notes on Interdisciplinary Research"", *Law and Society Review*, 4:1 (1969: Aug.).
- Malinowski, Bronislaw. "A New Instrument for the Interpretation of Law. Especially Primitive", *The Yale Law Journal*, Vol. 51, No. 8 (Jun., 1942), ss. 1237-1254.
- Malinowski, Bronislaw. *Yabani Toplumda Suç ve Gelenek*, Çev: Şemsa Yeğin, Epsilon Yayınları, 2003 İstanbul.
- Moore, Sally Falk. "Law and Anthropology", *Biennial Review of Anthropology*, Vol. 6. (1969), ss. 252-300.
- Nadel, S. F. "Understanding Primitive Peoples", *Oceanica*, 26 (1955-1956), ss. 159-173.
- Özcan, Mehmet Tevfik. *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, Özne Yayınları, İstanbul 1998
- Seagle, William. "Primitive Law and Professor Malinowski", *American Anthropologist, New Series*, Vol. 39, No. 2 (Apr.- Jun., 1937), ss. 275-290.
- Stewart, MacAuley. "Crime and Custom in Business Society", *Journal of Law and Society*, Vol.22, No. 2 (Jun., 1995), ss. 248-258.
- White, Leslie A. "Crime and Custom in Savage Society by Bronislaw Malinowski", *The American Journal of Sociology*, Vol. 32, No. 6 (May, 1927), ss. 1005-1007.