

İLKEL HUKUK*

Robert REDFIELD

Çeviren: Ar. Gör. Haydar Burak GEMALMAZ**

İlkel hukuk üzerine konuşmaya kalkışan birinin üç yol seçme şansı vardır. Alışılmış olan yol, hukuku, sadece bütünüyle/ tamamen politik olarak örgütlenmiş devletçe desteklenen mahkemelerin ve kanunların/ codes olduğu yerde tanır. Bu yol çabucak çıkmaz sokağa girer; sadece birkaç okur-yazar olmayan toplum, bu anlamda hukuka sahiptir ve bunlar karakteristik olarak ilkel değildirler. Bu seçimi yapmak tamamen ilkel olan toplumda, hukukun olmadığını söylememize yol açacağından ortada, hakkında konuşulacak birşey olamaz.

Diğer yol, B. Malinowski (1926: 1934) tarafından açılarak büyük başarı kazanan ve görünüşe göre Julius Lips (1938) tarafından tercih edilen yoldur. Bu yolu seçen kimse, hukuku mahkeme ve kanunlarla teşhis etmez. Malinowski'ye göre hukuk "insan arzularını, tutkularını veya içgüdüsel itkilerini engelleyen kuralları; bir vatandaşın haklarını diğerlerinin cinsel arzularına, açgözlülüğüne veya ızzarına karşı koruyan kuralları; cinsellik, mülkiyet ve güvenlikle ilgili olan kuralları" içerir. Elbette bu kurallar her yerde görülebilir ve bu anlamda hukuk, ilkel toplumların birçoğunda mevcuttur. Malinowski (1938: lxii), ilkel halkların, diğer halklar gibi, komşularının yapmalarını istemedikleri şeyleri yapmaktan en çok, mahkemelerden veya polisten dolayı değil ama bir sürü diğer kişisel ve sosyal sebeplerden ötürü kaçındıklarını not etmektedir. Aslında o, bizi, basit toplumlarda sosyal kontrolü beraberinde getiren yolları veya en

*) Makalenin özgün kimliği: Robert Redfield, "Primitive Law", University of Cincinnati Law Review, Vol: 33, N:1 "Winter 1964", pp.1-22. Çeviri belirtilen derginin editörü Patrick Haggerty'nin izniyle ve Doç.Dr. Mehmet Tefik Özcan'ın metni özgün makale ile karşılaştırması suretiyle yayına hazırlanmıştır.

***) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

azından bireyi insanların ondan beklediğini yapmaya ikna eden, hatta onu bencil ilgileri yüzünden başka türlü yapmaya teşvik eden mekanizmaları araştırmaya davet etmektedir. Bu görüş bizden, Malinowski'nin söylediği gibi, " ikna ederek yola getiren" 'hukuki' herhangi bir norma uygun davranışı içine almamızı ister. Eğer bu yola girersek, kendimizi, insanların bizden beklediklerini yapmaya veya yapmamaya karar verirken, alakalı olan kişisel güdülerin ve sosyal avantaj veya dezavantajın karmaşık ve değişen bütün mülahazalarıyla ilgili buluruz. Bu yolda onu takip ettiğimizde, hakkında konuşulacak olan, çok az değil fakat çok fazladır.

Böyle yapmayı isteyen bir kişinin, sosyal kontrolün mekanizmalarını neden araştırmaması gerektiğinin bir gerekçesi yoktur. Toplum üyeleri arasındaki insan doğasının dürtülerini kısıtlayan ve davranış şekillerinin oluşmasına yol açan gelenekselleşmiş ilişkilerin etkileri önemli bir konudur. Biz hukukun bütün sosyal ve kişisel getirileriyle gerçekten çok çekici olan işlevini araştırmalıyız; sadece ilkel toplumlarda değil aynı zamanda kendi toplumumuzda da. Fakat bu konuyu 'hukukla' bir tutmanın hukukun, uygar toplumlardaki adlandırılışıyla bildiklerimiz tarafından temsil edilmesi gibi hususi özelliklerinin atlanması sakıncası vardır. Gelişmiş bir hukuk sistemi altında yaşayan bizler için, hukuk, eylemimizin günbegün tercihlerini harekete geçiren, kişisel ve kültürel düşüncelerden oldukça farklı olan bir şey suretinde belirir. O ilkeler uygulamada, yanında bulunan teçhizatla hareket kısıtlama sistemi gibi görünür. Hukuk dıştan, bağımsız olarak hissedilir ve bizim için zorlayıcıdır. Onun labirentleri içinde, bulabileceğimiz en iyi yolu buluruz.

Malinowski'nin ilkel hukuk konusundaki bakış açısına bu ve diğer eleştiriler hukukçu William Seagle (1937:285) tarafından etkili olarak yapıldı. Bu yazar ayrıca bu konuyla ilgili araştırmacılar için takip edilecek orta yolu da göstermektedir. Bu yol boyunca en azından bir antropolog, Raddclife-Brown (193:202-6), halen gitmektedir; bu orta yol bana en akıllı seçim gibi görünüyor; bu sebeple burada bunun üzerinden yola çıktım.

Ben, uygarlaşmış toplumlardan bildiğimiz gibi, görüngüsel bilgimizden kaynaklanan hukuk fikrine katılacağım: Gücün

devlet tarafından sistematik ve resmen icra edilmesinde sarıh davranış kurallarını desteklemesi. Sumner'in (1906: 53) söylediği üzere diğer kurumlar gibi hukuk da iki taraftan temsil edilir: Kavram ve yapı. Kavram, eylemi kısıtlayıcı veya gerektirici ilke ve kuralları içerir; bu açık olmayan ve içsel uyum, hukukun karakteristiğidir ve bu içsel organizasyonun muhafazası ve gelişimi topluma ya da, kendi içinde nesnel olarak, en azından hukukçulara gider. Hukukun yapısı, elbette en önce, usul ve mahkemelerdir. Bu yüzden hukuk, kuralların biçimsel ifadesi ve kurallarla itaati temin etmesi ya da ihlallerinden dolayı memnuniyet veya cezalandırma biçimlerinde teşhis edilebilir. Orta yolu takip eden ilkel hukuk araştırmacısı, komplike ve okur-yazar toplumlarda ilk kez karşılaştığı sıradan insanlar içinden bir şeyin bütün gelişimini bulmayı, orada iki taraflı türden muhasebecilikte veya teolojinin önemli örneklerinde bulmayı umduğundan daha fazla ummayacaktır. Fakat o, görünen ya da beklenen hukukun gelişmemiş biçimindeki basit toplumların yönetim tarzlarına bakabilir. O, "ilkel hukuku" birisine zarar verecek bir davranışta bulunmayı, sosyal ve kişisel sebepli insani dürtü üzerine yapılmış kısıtlamalar olarak tanımlamamaktadır, ancak kimi kuralların ve usullerin biçimsel, sistematik veya zorlayıcı doğası sayesinde bizim hukukumuzda işaret etmektedir ve bir kısmımızın geliştirebileceği basit davranış biçimleri ortaya çıkan hukuku betimler gözükmektedir. Problemimiz, Seagle'nin sözleriyle "tümünden politik örgütlenmeler ile mahkemeler ve kodlar gibi özel yargısal kurumlar yok ise de en azından başlangıçta hukuksal iken, yönetimin genel gövdesinden belirli davranış biçimlerini ayırt etmektir" (Seagle 1937: 280).

Elbette orada, bir ilkel toplumdaki daha fazla bir "ilkel hukuk" yoktur. Okuryazar olmayan toplumlar çokça değişir ve bize yazılmamış kodların görüntüsü hususunda farkları, usulün ve mahkemelerin çeşitleri ile bizim kendi toplumumuzun yargısal kurumlarını önceden gösteren davranış tarzlarının çeşitli farklı biçimlerini sunar. Ben burada çok çeşitli toplumlarda, farklı olarak temsil edilen hukukun gelişmemiş yönlerini toplayabilir ve karşılaştırabilirim. Bu çalışmanın sonunda ilkel toplumlarda görülen gelişmemiş hukukun tipik olarak neye eğilimi olduğu hakkında sadece genel terimlerle bir şeyler söyleyeceğim. Çalışma öncelikle hukukun kökenlerinin farklı, birleşmemiş ol-

duğunu göstermeye ve başlıca yargısal veya yasa öncesi kurumlardan bazılarında kimi örnekler vermeye hasredilmiştir. Bu konu “bazı basit toplumlarda gösterildiği üzere gelişmemiş düzeydeki hukuku” ifade edebilir. Gelişmemiş düzeydeki hukuk ayrıca modern devlette klüpler, çeteler, aileler gibi bazı gruplar içinde de araştırılabilir. Güçlü hukuki dokusuyla oldukça gelişmiş bir devlet, o kadar geniştir ki, her biri bazı yönlerden bir nevi ilkel toplum gibi olan, kendi özel düzenlemeleriyle birlikte kendi ilkel hukukunu uygulayan birçok küçük toplumun olduğunu belki de her zaman göremeyiz. Fakat burada ben bir antropolog gibi duruyorum ve bazen “yabanıl toplumlar” olarak adlandırılan konudan bahsediyorum.

Filozofun söylediği gibi bir çalışmaya Aristo ile ve biyologa göre amiple başlamak, buna göre bir antropolog içinse Andaman Adalılar’la başlamak uygundur; önümüzdeki örnekte bu ilkel insanlar benim henüz tanımladığım gibi hukukun temel elemanları olmayan bir toplum örneği temin etmeye el verir. Bu yerliler anlaşmazlıkları giderecek araçlara ve ayıplanan eylemi işleyen kişiye uygulanacak hiçbir özel yaptırıma sahip değildir. Görünüşe göre kavgalar seyrek değildir ve hatırı sayılır bir şiddete yol açabilmekte veya çok sinirlenip öfkeyle mala -üstelik öfkenin o andaki hedefi olan değil, yoluna çıkan herhangi bir mala- zarar vermeye yol açabilmektedir. Çünkü dikkatli ve eleştirel Andaman araştırmacısının (Radcliffe-Brown 1922: 48) bize söylediği üzere, orada, araya girecek otorite ve durumla ilgili bir usul yoktur. Toplum gelenekleri böyle bir adamın yapabileceği zarar için uygun tazminatın resmi tanımını içermez, ne zarar görmüş tarafın intikam veya zarar vermeyi elde edebileceği herhangi bir özel usul, ne de bütün olarak grubun suçluyu cezalandırabileceği veya kendini eylemin tekrarından koruyabileceği herhangi bir yol vardır. Kendini incinmiş hisseden bir adam, kendisini temsil için aklına gelen her önlemi alabilir. Eğer bir adam diğerini öldürürse, ortada “hukuksal” denilen sonuçlar olmaz. Katil kampı terk edecek ve tekrar girmesine izin verileceğini düşündüğü zamana dek saklanacaktır; yoksa ölen adamın kandaşları bireysel öçlerini alacaklardır. Kendini şiddet veya kötü itiyadlarıyla (bad-temper) genel olarak sevilmeyen biri haline getiren adam hiçbir özel yaptırım tarafından cezalandırılmaz. Büyü tanınmakta ve genel olarak kınanmakta fakat büyücülere karşı alınacak hiçbir tedbir

bulunmamaktadır. Bu toplulukta bu yüzden, ayrıntılı yaptırımlar toplumun devamını sağlamaya yeterli olmak için, bazen gevşek bir şekilde “kamuoyu” (Malinowski’nin çok ilgili olduğu kişisel avantaj ve dezavantajların gözetilmesi) olarak bir araya toplanmıştır ve insanlar hukuksuz yaşayıp giderler.

Orada geleneksel çözüm tarzlarının yokluğundan değil, anlaşmazlıkların sertçe kınanmasından dolayı hukuku asgari düzeyde olan diğer toplumlar vardır. Bu, bir olgu olarak Zuni Kızılderilileri arasında görülür. Burada, din adamı olmayan görevlilerin para cezası vermeleri için yasal usul basit bir biçimde temsil edilir (Parsons 1917: 278-79), dinsel dansçıların örgütleri, ritüel görevlerini yerine getirmekte suçlu bulunan kişiyi, başını suya daldırıp çıkarma suretiyle cezalandırabilir (Parsons 1917) ve şüpheli cadılara karşı resmi usule ilişkin olgular bilinmektedir (Stevenson 1901-2: 393-98). Zuniler, Andaman Adalılar’ın kurduğuna göre oldukça gelişmiş bir toplum kurmuşlardır; orada kabilesel örgüt vardır ve belirli görevliler kabile namına otoriteyle yetkilendirilmiştir ve bu suçlularla ilgili resmileştirilmiş usulü beraberinde getirebilir. Çünkü böyle olaylar açıkça nadirdir ve bu yüzden anlaşmazlıklardan ve gerçekten dikkat çeken davranışlardan hiç hoşlanmamaktadırlar. Zuni içinde bir insan, hakları için mücadele etmek zorunda değildir; eğer o, herhangi bir çatışmanın ya da gayretin kötü ününü kazanırsa, onu küçük görürler. İyi olan, bir Zuni’nin diğeri için “O, çok nazik adamdır. Hiç kimse ondan şimdiye kadar bir şey duymamıştır. Asla kimseyle anlaşmazlığa düşmez. O Badger klanı ve Muhekwe kiva demektir ve o her zaman yaz danslarında dans eder” (Bunzel 1929-30: 480) diyebilmesidir.

Zuni Yerlileri örneği, muhtemelen, tipik olmaktan ziyade alışılmışın dışındadır. Birçok büyük ilkel grupta, bir kişi diğeri-nin ve onun kandaşlarının haklarını savunur; o kişi, böylesine ağır bir kargaşa yaratmış olsa bile. Muhtemelen orada bu karışıklıktan zarar göreni kızdıracak ve zarar verene karşı saldırıda bulunacak genel insani eğilimler olacaktır. Söz konusu zarar tüm topluluk için bir adaletsizlik ya da tehlike oluşturuyorsa bu adaletsizlikten özellikle etkilenmiş olan taraf daha çok destek görecektir. Sanırım, genel olarak, ilkel toplumlarda temel hukuk olarak nitelendirilebilecek belli seküler yaptırımlar, kişisel suçlarla

veya haksız fiillerle bağlantılandırılmada, kamu zararları veya suçlarla olduğundan daha önemli bir rol oynuyor. Bütün gruba karşı suç işleme vakasında sıklıkla karşılaştığımız şey şudur ki, doğaüstü ya da ritüel yaptırımlar söz konusu suçları kontrol altında tutuyor. İlkel toplumlarda ensest tipik bir suçtur. Grupça cezalandırılan pek çok ensest vakası vardır; ancak diğer taraftan bunu otomatik olarak izlemesi gereken ya da böylesi suçları yöneten doğaüstü güçlere yüklenebilecek, kimi zaman belirli, kimi zaman belirsiz sonuçlar cinsel ilişkilerle ilgili kuralları destekleyen yaptırımların büyük bir kısmını, hatta tamamını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte belki de, elde edilecek amaç bazı temel yasal kurumların misilleme kabilinden müeyyidelerin sistematiğiyle bağlantılı olarak belirmesidir. A, B'ye bazı zararlar verir; B misilleme yapmaya niyetlendirilir; grup gelenekleri ona bunu nasıl yapacağını söyler; ve elimizde hukukun çok basit bir önceli vardır. Anlaşmayla durdurulmazsa misilleme, ihtimal ki karşı misillemeyi ve böylece kamu düzeninde kargaşayı başlatır. Zuni, anlaşmazlık hakkında başlangıçta uyuşmazlığı onaylamayarak kontrol etmek eğilimindedir; muhtemelen, sıradan insan misillemeye izin vermek, ancak sınırlarını tanımlamak durumundadır.

Karşılık verme yaptırımlarının uyuşumsuz hale gelmesi zarar gören tarafından zarar verene karşı şiddeti içine alabilir veya iddianın çözümünde ödenecek ve kabul edilecek bir tazminat ölçütü formunu edinebilir. Yukarıdaki vakada icap eden ilke, gücün güçle karşılanmasıdır, ama zarar gören kişinin tatmini ve ihtilafın sona erdirilmesi hakkında çok sınırlanmış hareketler içinde. Düello, bu çeşitten bir temel hukuk kurumudur. Tazminat ödeme durumlarında, intikamı tahrik eden ihlal, tazminatla savuşturulmaktadır. İlkel toplumlar misilleme kabilinden müeyyideleri uyuşumsuz hale getirici her iki yola bol örnek sağlarlar ve her iki yol birbiriyle bütünleşmiş halde bulunur. Şimdiye kadar olduğu gibi ödenecek miktarı da içeren çözüm tarzı, bir yazısız kodun sonucu, vakaların sınıfları için gelenek tarafından kararlaştırılır. Şu kadar ki, geleneğin yaralanmış kişinin, karşılık olarak güç uygulamasıyla veya tazminat toplamasıyla çözüm elde etmeye başlamasına karışmasından beri orada hukuksal usulün ilkel bir habercisi vardır.

Kuzey Kaliforniya'nın Yurok Kızılderilileri, suçluları cezalandırmak veya ihlale uğrayan bireyin hakkını yerine getirmek için herhangi bir biçimsel usulü henüz olmayan iyi tanımlanmış tazminat kodlu topluma bir örnektir. Kroeber'in açıklamaları (Kroeber 1925) bu çok ilkel, food-collecting(besin toplayıcı) kızıl derililer arasında çok iyi bilinen "bütün mallar ve ayrıcalıklar ile bütün zarar ve suçlar kesin olarak mülkiyet terimleriyle değerlendirilebilir"i anlaşılır kılmıştır ve mülkiyet ile ayrıcalıklara yapılan tüm bu saldırılar kesinlikle tazmin edilmek zorundadır. Tazminat, dentalium kabuğu, ağaçkakan kafaderisi, obsidyen bıçak ağzı ve geyik derisini içeren servetin belirli biçimlerini teslim etme usulünde olur. Toplumun üyeleri birçok iyi tanımlanmış suçu ve birinin diğerine karşı işlediği hatayla alakalı olup talep için gerekli olan tazminatın miktarını bilirlerdi. Sosyal statüsü olan bir adamı öldürmenin tazminatı, onbeş dentalium boncuğuyla belki bir obsidyen ve ağaçkakan kafaderisinden başbandının yanı sıra bir kızın teslimiydi. Sıradan bir adamın değeri ise sadece onbeş dentalium boncuğuydu. İğfali izleyen gebelik, beş dentalium boncuğu veya yirmi ağaçkakan kafaderisi ederdi. Ölü adamın ismini söylemek, her biri on üç kabuk ihtiva eden iki boncuk dizisi ödemesi isteyen kandaşları için yaralayıcıydı. Çocuklu bir karı-koca ayrılırsa, kadın çocukları yalnız kendi orjinal satış fiyatını (başlığını-çev) tamamen geri ödeyerek alabilirdi. Bir adam karısını döverse kadın kendisini, kocası onlara belirli bir tazminat ödeyene kadar koruyacak ebeveynlerinin yanına gidebilir; sonra adam karısını tekrar alabilir. Orada bile kitle taşınması hukukumuzu akla getiren yalın yükümlülükler vardır. Nehirden bir yolcu alabilen bir adam, geçişi ücretsiz sağlamak zorundadır; böyle yapmayı reddederse zarar gören yolcu üçten altıya kadar kısa dentalia dizisi talep edebilir. Bir hastayı ziyaret etmeyi savsaklayan bir şaman, hastanın ölümünden sorumluydu; hasta sonra bir başka şaman tarafından tedavi edilse bile ona bütün ücreti ya da biraz daha fazlası kadar ücreti teklif ederdi.

Kısacası, bu Kızılderililer, hakların ve borçların tanımlanmasında sıkı bir duyumsamaya sahiptirler ve özel zararlar için açıkça gerekli tazminatı tanımaktadırlar. Bununla birlikte, bu kod yalnızca herhangi bir mahkemenin yokluğunda değil ama herhangi bir biçimsel usulün yokluğunda da muhafaza edilmek-

teydi. Bu toplumda kabilesel örgüt yoktur. Küçük çözümlerin her birini, kan bağıyla bağlı olan erkekler veya onların karıları tertip eder. Mülkiyet ve haklar bireylere veya bu küçük köyün insanlarına taalluk eder. Orada klanlar, exogam gruplar veya şefler ya da yöneticiler yoktur. İddiaların karşılanması herhangi bir biçimsel usul olmadan başarılır. Sorunun her bir tarafı, baskı yapar ve gayretle dayanır, edebileceğinin en fazlasını talep eder, zorunlu olduğu yerde ödeme yapar, ertelemenin karlı olacağı veya çözümün intihar demek olduğu durumda ihtilafı sürdürür ve çoklukla az veya çok uzlaşmayla son bulur (Kroeber 1925). Zarar gören tarafın sosyal pozisyonuna bağlı olarak değişebilen değerlendirme oranlı ödemeli olup, daha ayrıntılı yazılmış tazminat kodu Kuzey Luzon'un İfugaoları tarafından kullanılmaktadır (Barton 1919). Bu insanlar, Yuroklar gibi, kabilesel örgütten yoksundur ve taleplerin çözümü basitçe taraflar arasında müzakere çeşitleriyle bir sonuca vardırırlar. İfugaolar arasında müzakereler tarafların kendileri tarafından değil fakat arabulucu veya tarafların amaçları için seçilen *go-between* tarafından idare edilir. *Go-between*'in arkasında ne otorite ne de güç vardır; anlaşma sağlamak için iki tarafı temsil eden çabalarını, ne taraflarca, ne de herhangi bir başka kimsece istenen uzun süreli kan davasının anlaşmanın tek alternatifi olduğu gerçeği dışında destekleyecek hiçbir şey yoktur.

Bundan dolayı, hukuksal usulün büsbütün olmadığı belirli toplumlarda, hatayı düzeltmeye çabalamak için yaralanan tarafın idaresi yalnızca yaptırıma bağlanmamış ama uygun tazminat sosyal olarak tanınmış ve dahası sisteme dönüştürülmüş olarak belirir. Diğer taraftan gelişmemiş hukuk, misillemenin biçimleri ve sınırlarının zarar gören tarafça sistemleştirilmesi esnasında da tanınabilir. Bu vakalarda zarar gören tarafın kendisine (veya kendilerine) karşı hata yapan adama misilleme kabilinden zarar verme vasıtasıyla tanınan yöntem vardır. Bu vakaların çoğunda grup, zarara, suç olarak yaklaşmaz, zarar gören tarafların misillemesindeki bütün menfaatleri kabul eder; ama genel görüş ve gelenek intikamı anlaşmazlığın nihayetini temin ve barış ile kamu düzenini restore edici sınırlamalarla kuşatır. Avustralya aborjinleri arasında farklılıkların olduğu ve saldırganın kanının dökülmesini düzenleyen dövüş çeşitleri tarafından sosyal dengenin restore edilmesi vasıtasıyla yaygın gelenek örüntüsü

görülür. Bir saldırı yapmakla suçlanan bir adam, rakibi veya onun temsilcisiyle karşılaşır, gelenekler uyarınca iyice silahlanmış ve boyanmıştır ve savuşturmaya çalıştığı belirli sayıda silah ona fırlatılır. Gringai kabilesi içinde bireyler ellerinin yanındaki silahlarla kişisel çekişme kavgası ederlerdi; ama ciddi saldırı durumlarında, saldırgan saldırısının büyüklüğüne göre kararlaştırılan sayıda mızrak ona fırlatıldığında direnmekte inat etmeliydi. Eğer kendini güzel ve iyi savunmuş ise veya eğer yaralanmış ya da öldürülmüş ise sonuca, hadiseyi bitirmesi nazarından grupça uyulur. Kurnailer arasında büyü yoluyla öldürüldüğü zannedilen birinin akrabası, büyü yüzünden suçlanan kişiye karşı durur. Suçlanan, karısından ve kabilenin kadınlarından yardım görür, öldürülen adamın akrabaları ve suçlanan geleneksel gereçleri değiştirirler iken belirli şarkılar söyler. Sonuç ne olursa olsun, sorun kapanmış addedilir (Howitt 1904:343-345). Bazı vakalarda açıkça kabilenin yaşlı adamları, taraflardan karşı karşıya gelmelerini ve muameleleri yönetmelerini talep ederek, bazı örneklerin tip adamınca liderliği icap ettirmesine rağmen, böyle yaptırımların uygulanmasında kamuoyunun temsilcileri gibi davranırlar.

Avustralya'dan hatırlanan pratikler kamunun ilgisinde kısaltılmış kan davası olarak çok cezalandırıcı degillerdir. Onlara müdahale edilmiş ve onların öldürme hakları kısıtlanmıştır. Yazılmamış tazminat kodlu basit toplumlar örneğinde olduğu gibi bu sınıftan vakalarda eşit misilleme ilkelerinin çeşitlerinin tanınması vardır. İlke, çok karmaşık toplumların hukukunda mükemmelce tanınır. Biz bunu *lex talionis*'in bir formunda biliriz. Tanınabilir yargısal kurumlara sahip ilkel toplumlarda bunun ruhu ortaktır. Bir klandan bir adam öldürülürse o klan, diğer klanın eşit önemdeki bir adamını öldürebilir. Bageshular içinde misillemede öldürülen biri eşit olmalıdır; haksızlık yapılan klan, katilin oğlu cinayetin işlendiği zamanki babasının yaşına ulaşana kadar bekleyebilir ve ardından onu öldürür (Roscoe 1909). Giriamalar arasında katil, kurbanını öldürdüğü şekilde öldürülmek zorundadır. Eşitlik ilkesi, mal ve para olarak verilen tazminata da uygulanır. Doğu Afrika Bantu kabilesi içinde bir adam kendi klanının bir üyesini yaraladığında diğer klanların üyesini yaraladığından daha az tazminat öder, çünkü bir klan üyesi

olarak bütün tazminatlarında paylaşım hakkı vardır. Bu açıkça legalist görüş açısidir.

Yukarıdaki sözler, hukuk öncesi kurumları oluşturmada misilleme kabilinden müeyyidelerin uylasımsal davranışlarının önemine doğrudan dikkati çekmektedirler. Adet, zarar gören tarafı sınırsız intikam almaktan yasaklar. Misilleme kabilinden güç, adet tarafından, ritüelistik intikama ve hukuki süreç sonuçları benzeri bir şeylere benzetir. Talep uğranılan zarara ve tazminat kodunun sonuçlarına denk bir paranın ödenmesiyle son bulur. Hatırlanan bazı örnekler yazılı olmayan tazminat kodunun gelişmesinin servet biçimlerinin tanındığı ve malların statüye istinat ettirildiği toplumlarda meydana gelenler gibi olduğunu ileri sürer. Orada belki vazgeçilen bir şeyler olabilir, ki insanlar vazgeçmekten nefret eder ve bu belki intikama eşit gibi görünebilir. Ayrıca bu belki yazılı olmayan tazminat kodunun ya da yaralama üzerine kamu tepkisinin genel sosyal tavırca çok sertçe tenkit edilmediği sınırlandırılmış intikam usullerinin gelişmesi için uygun durumdur. İfugao, bir savaşçı ve bir kafa avcısı olarak, açıkça anlaşmazlık hakkında Zuni Yerlilerinin hissettiğinden farklı hisseder. İfugao'nun hakları için mücadele etmesi beklenir. "Öyle yapmadığında arkadaşlarının avı haline gelecektir. Kimse ona saygı duymayacak, kendini korkaklıkla suçlanırken bulup, kadın diye çağrılacaktır" (Barton 1919). Tazminatın kurallarının sistemleştirilmesiyle beraber bizim para ve sosyal statünün birbirine bağlılığı üzerine karşılaştığımız çok basit formdaki örgütlü toplumlar içinde bu dikkate değerdir.

Önde giden tartışma, tazminat sistemlerinin veya haksız fiilin gelişmemiş hukuku olarak adlandırılabilen gelişme içinde sosyal olarak uygun bulunmuş misilleme biçimlerinin gelişimi çevresinde toplanmıştır. Hukukun başlangıçları, resmi usulün suçun ayrıca düşünülmesiyle bağlantılı olduğu alanda veya yalnızca topluma karşı işlenen hatalı hareketlerde araştırılabilir. Farklı türlerin birkaç yaptırımınca eşlik edilmiş çokça vakada böyle hatalı bir hareketin yerine getirilmesi tekrarlanabilir: Kamu itaatsizliğinin yaygın yaptırımları, beğenilmeme, davadan çekilme ve beğenilme, eylemi gerçekleştiren kişinin vücudunda ve ruhunda nahoş sonuçlar şeklinde doğüstü yaptırım; topluluk veya bunun bir üyesi tarafından kabul ettirilmiş bazı özel seküler

yaptırım (Radcliffe-Brown 1933:203). Bu suretle böyle yaptırımların herhangi biri özel ve resmi görünüşe sahiptir, en azından bize hukuku hatırlatır, bizim ceza hukuku gibi düşündüğümüz, gücün kişisel olmayan uygulaması, bunların sadece sonuncusu olmasına rağmen. Chukcheeler arasında (Hobley 1910:80) kötü davranıştan ötürü dile düşen bir adam kendi klanının erkekleri tarafından öldürülebilir. Böyle bir adam bir gün yanlış bir atışla bir geyik öldürür. Bunun üzerine kandaşları onu ölmesi için bıçaklarlar, “Aksi halde ellerimiz üzerinde kan davası kalır”, derler. Topluluğun diğer üyeleri bu hareketi uygun bulurlar. Bunun gibi çoğu vakada mahkeme ve cezalandırılmanın kesin tanımlanmış biçimi yoktur; vaka bu çalışmada kullanıldığı aşamada hukuku betimlemez. Hukuka varan alışılmış (geleekselleşmiş) cezalandırma örnekleri konseyin dile düşmüş kötü karakter vakası üzerine de düşündükten sonra, klanın adamları onun sığırlarını keserek veya onu kulübesinden sürükleyip döverek basmakalıp bir şekilde cezalandıracağı Doğu Afrika Akambaları arasında olduğu gibi, mahkemeli toplumların genel durumudur.

Zararların doğaüstü güçler tarafından cezalandırılması ilkel toplumun kontrol sistemlerinde büyük rol oynar; yapılan eylemin sonuçları özel ve izleneceğinin düşünülmesine kadar, onlar hakkında doğaüstü hukukun bir çeşidi gibi konuşulurdu. Bu düşünce doğrultusunda ilkel insanların temel hukuka aşırı uymasına referansla izlemek hukuk kavramını kullanışlı olduğu noktanın ötesine taşıyacaktır. Bazı vakalarda yasaklanmış hareketin amacının acil sonuçlar meydana getirmek olduğuna inanılır: Şefin yemeğini yiyen kişi kendi ölümüne sebebiyet verir; kutsal eşyayı kirletmek kirletenin elinin çürümesine sebep olur. Ama burada yaptırımlarla bağlantılı kurallar olmasına karşın, konu hakkında usuli şeyler yoktur; orada toplum veya toplumun, çözüme karar vermek için ya da cezalandırmak veyahut tazminat yoluyla suçu önleyecek temsilcileri yoktur. Gerçekten bu tip doğaüstü yaptırımların karakteristiği onların büyük bölümünün net olmaması ve böylece haklı olarak dehşet verici olmasıdır; onlar düzenli usul dünyasının dışındadırlar. Belirsiz ve olasılıkla korkutucu sonuçlarla kazanılmış bu yasaklar için bir kelime var: “tabu”. Nemesis (korku vermek- çev.) bir hüküm çeşididir ama hukuka göre verilen hükmün vasıflarını haiz değildir.

Gelişmemiş hukukun düşünülmesiyle çok ilgili olan bir konu, kamu aşağılamasının, eleştirinin ve geri çekmenin yayılmış yaptırımlarının uyuşmasıdır. Kişisel hakların korunmasında ve kamu ilgisinde gücün sistematik ve kişisel olmayan uygulaması hukukun özüdür, ama gücün dışındaki yaptırımlar resmi olarak ve aynı sosyal fonksiyonla tam uygulanabilmesi tanınmak zorundadır. Gerçekte yaptırımın uygulandığı adam için kamçı darbeleri ile kamu dilinin aşağılaması arasında çok fark olmayabilir. Ahlaki güç, eğer tanımlanmış ve açık usullerde dışa vurulmuşsa, suçluya fiziksel gücün yaptığı kadar baskı yapabilir. Kamu alayı hapis veya mülkiyetin yok edilmesi kadar zorlayıcı olarak hissedilir. Az sayıda olmayan toplumlarda genel kınama, sadece yaygın ve nedensel olarak değil ama kınamanın standartlaşmış ortak jest çeşitleri içinde açıklanır. Hukukla sıkı biçimde ilişkili olan bu davranış biçimlerini tanımak zorundayız çünkü onlar kamusal karakteri olan ve biçimsel mahiyette olduğu varsayılan belirli seküler yaptırımlardır.

Zarar gören tarafın yaptırımı yalnız olarak etkili hale getirdiği yerde bu tip kurumlar yargının hala en düşük seviyesindedir. Yeni Gine Orokaiva vakasında “bir adam hindistan cevizlerini çalınmış bulduğu zaman dış kabuğun kırık parçasını bir sopaya bağlayabilir ve onu palmyelerin yanındaki patika üzerine dizer; bunun üzerine herkes hırsızlığın işlendiğini anlayacaktır ve hırsız kimliği bilinmemesine rağmen, olay mahallinden her geçişinde utancın acısını duyacaktır. Benzer şekilde, tahrip edilmiş bahçenin sahibi köyün ortasında herkesin görmesi ve suçlunun özel olarak rahatsız olması için taro yaprağını bir hindistan cevizi ağacına ilâştirecektir” (Williams 1930: 329-30). Ama kurbanın bilindiği yerde ve genel hoşnutsuzluğu icra eden bir özel yaptırımın uygulanmasının yapıldığı yerde bir hukuksal biçime yaklaşılar. Bu tip bir kuruma örnek Sunda Adalarından -adı çıkmış yalancının aşağıdaki anlamda cezasını kabul ettiği yerden gelir: Yoldan gelip geçenler namussuzluğun olduğu yerde dal yığını yaparlar; yığın büyür, (suçu) göze çarpan bir hale getirir ve yalancı suçlamasına tahammül ettirir (Kennedy 1937: 363-64). Hottentotlar içinde saygı göremeyen şef, kadınlar tarafından alenen azarlanacaktır (Hahn 1881: 28-29). Resmi anlamda aleniyetin güç uygulamasının yokluğunda kullanıldığı örnekler başlıca veya büsbütün bireylerin haklarının ihlali olarak değer-

lendirilen zarar vakalarında da bulunabilir. Malinowski bize bir anlaşmazlığın Trobriand Adalı taraflarının nasıl “arkadaşlarından ve karşılaşılan akrabalarından yardım gördüğünü, birinin diğeriyle şiddetle konuşmasını ve karşı suçlamasını hiddetle savduğunu” anlatır (Malinowski 1926: 60). Bu geleneksel ad takma usulü yaklaşan çatışmanın bir çözümünden, aleniliğin yardımına kadar bazı etki derecelerine sahiptir, çünkü “böyle davalar (litigation) insanlara, hislerini açığa vurmaya ve kamunun konuya olan eğilimini göstermeye izin verir”, buna rağmen Malinowski “ama bu bazen sadece muhasımları kuvvetlendirir görünür” demektedir. Davaya en iyi şekilde rapor edilmiş örnek, bu sınıftan bir kurum bulmak için, Eskimoların yargısal davul şarkısıdır. Bu vakada iki erkek (veya bazen iki kadın) düşman olurlar, davul kavgası adını verdikleri bir kavgada yılda bir kez karşı karşıya gelirler. Her tarafın, davulların eşliğinde, anlaşmazlık hakkında kendi yorumunu anlatan ve diğerine utanç vermeye çalışarak hakaretler yağdırmasını ve karşısındakiyle alay etmesini içeren şarkı söyleme sırası vardır. Şarkılar önceden bestelenir, ama geleneksel stilleri izler ve bu stillerin ailenin malvarlığı ya da müstemilatı olduğu kesindir (Thalbitzer 1923: 166-68; 318-21).

Onaylamama davranışlarının gelenekselleşmesine ilişkin bu son vakalar, başlangıç düzeyindeki hukukta törenin önemini akla getirir. Borçlar ve haklar gizil haldeki gelenekte belirir, böylece ifade edildiği üzere, ama çok genel olarak, orada ilişkiyi bağlayıcı yapan açık yasa vardır; ritüel olup bitenin üzerindeki mühürdür; o bunu etkili kılar. İki basit örnek benzer vakaların büyük bir grubunu simgeleyecektir. Trobriand Adalarında keşif grubunun lideri, veya endüstriyel girişimin müteşebbisi yiyeceğin büyük bir törenle dağıtımını sağlar. Buna katılan ve cömertlikten yaralanan lidere girişim boyunca yardım etme borcu altındadır (Malinowski 1926: 61). Böylece günümüz Yucatanın Maya Kızılderililerinde koruyucu azizin yakılmasının borcu ve yıllık festivalin liderliğinin bir sene için üstlenilmesi bir adam veya küçük bir grup adam tarafından üstlenilir ve sonra halef veya haleflere geçirilir. Bir adam festival öncesinde borcu kabul ettiğine dair kararını bilinir kılacaktır; ama mesele kutlama planlarında onun belirli törensel ıvır zıvır parçalarını teslim aldığı belirli ana dek geri alınamaz. Bu eylem görüldüğü gibi

önemsizdir, törensel elemandır; ondan sonra gönüllü çekilmeye-bilir. Eğer yükümlü kişi sözünü yerine getirmezse bu vakalardaki harekete geçmeye hazır bu yaptırımlar yasal olmayabilir; bunun yanında Maya Kızılderilisi, üstüne düşeni yerine getirmezse hapse atılmaz ve kimse de hatasına karşılık ondan tazminat alamaz. O sadece azizin onu bazı büyük şanssızlıklarla cezalandıracağına inanır ve komşularının onu küçük göreceğini bilir. Biz şimdi incelememizin temelini değiştiriyoruz; biz yükümlülüğün ihlaline veya topluma karşı yapılan hatanın işlenmesine katılan hukuk öncesi yaptırımlara bakmıyoruz, ama olası bir ihlal öncesinde hakkın ve yükümlülüklerin daha az ihlal edilebilir kılındığı formun bir türü olarak törenin rolüne değiniyoruz. Konu oldukça genişdir ve bu boyutta bir çalışmada ben ona sadece değinebiliyorum.

Bu tartışma boyunca mahkemeler hakkında çok az şey söylendiği fark edilecektir. Yukarıda verilen materyal, tazminatların sistematikleştirilmesini yazılmamış kod üretmek için ve özellikle ilkel toplumlardaki temel yöntemle (process), temsil eder. Andaman Adalılar kod ve usulden mahrumdurlar. İfuago ve Yurok açık ve sistematik tazminat kurallarına sahiptir; İfuago yalnızca, iktidardan yardım almayan bir hakeme sahip iken, Yurok bu kuralları herhangi bir resmi usul olmadan uygular. Misillemenin gelenekselleşmiş yaptırımları, kamu oyunun resmileşmemiş kararlarını müteakip suçluya karşı güç uygulanması, ve yermenin veya küçük görmenin törensel ifadesi, başvurular için mahkemeye bağlı olmayan ve gerçekte belirtilen bir çok örnekte herhangi bir mahkemenin temsilinin varolduğu toplum olmaksızın meydana gelen, bütün usullerdir. Mahkemeler bulunmaksızın usulü inşa eden materyaller, basit düzeydeki toplumlarda ortak-tır.

Hukuk mahkemelerinin temel biçimleri olarak soruşturma, devletin kökenlerine ilişkin olarak araştırmayı doğal olarak içeriyor. Kabilesel örgütü bulunmayan bir toplum, mahkemesi olmayan toplumdur. Tam tersine okur-yazar toplumlarda olan mahkeme klan tarafından yürütülen mahkeme değil, kabilenin tümünü veya topluluğu temsil eden, konsey veya kral tarafından yürütülen mahkemedir. Daha önce de değinilen Chukchee vakası, bariz şekilde suçlu bulunulan kişinin kendi klan üyeleri tara-

findan öldürüldüğü bir hukuk sistemini içerir. Onu (suçluyu) yargılayacak bir mahkeme yoktur; resmi olmayan biçimde açıklanan kanaat infazla sonuçlanır. Bir çok toplumda, klan ya da akraba grupları, bir meselenin resmi bir davası görülmeden, suçluyla doğrudan ilgilenir. Andaman Adalılar, İfugaolar ve Yuroklar, bu çalışmada birden çok örnekleri verilen ilkel toplumlar; kandaşların ve eşlerinin oluşturduğu küçük yerleşimleri bir devlet olarak saymadığımız takdirde, devletin yer almadığı toplumlardır. İfugaolarda bile, kandaşlardan oluşan bu tür grupların olduğu yerde, kandaş gruplarını tek bir üstün otorite altında tutacak politik bir örgüt yoktur. Kabilesel ve politik örgütü olan toplumlarda, onun (otoritenin) varlığını, sadece bizim burada hukuk kriterimiz olan, bireyin davranışını resmi bir düzenlemesinde tanımaktayız. Ve kabile hukuku, sıkça, kurumsallaşmış ve bizim 'mahkeme' dediğimiz meseleyi dikkate alarak müzakerenin elemanlarına ve usule sahiptir.

Plains Kızılderilileri kabilelerinin bazıları sade bir kabilesele örgüt ve sade bir kabilesele mahkeme ile toplum örnekleri temin eder. Genel olarak bu toplumların tabiatı bireycidir. Genel olarak birey ve klan, band veya askeri toplum herhangi bir genel kabilesele otorite uygulamasının yokluğundaki anlaşmazlık konularında diğer eşit birimlerle meşgul olur. Diğer taraftan, bir konsey bütün kabileyi etkileyen politikalar konusunda karar vermek için toplanır ve yasama (legal) ve kolluk işlevleri, literatürde askeri toplum olarak bilinen özel savaşçı gruplar tarafından bütün bir kabile adına uygulanır. Lowie, bu askeri toplumlarla ilgili özel bir çalışma yapmıştır. Onlar sadece bir tek klanı değil, ailesele gruplardan oluşan kabileleri de temsil eden çok basit formda polis ve hukuk mahkemeleridir. “Her yerde temel fikir, av süresince grubun sürüye yapılan erken gelişmiş saldırıları engellemek için ve saldıranları bedensel ceza, illegal elde edilmiş av hayvanını kamulaştırmak, genel olarak mülkiyete zarar vermek ve uç vakalarda onları öldürmek yoluyla cezalandırmak için yetki verilmesidir” (Lowie 1927: 103). Genel olarak bu birliklerin otoriteleri sadece avın hayati dönemi süresince devam eder. Bir yazarın gösterdiği üzere (Hoebel 1936: 433-38) onlar diğer elverişli durumlara bir çeşit mahkeme olarak ve hükmün infazının araçları olarak etki ederler. Bu sebeple Cheyenneler’de şu hadise meydana gelmiştir: Yaşlı bir Kızılderili yeğenini (kız),

karın içinde çabalarken buldu ve onu atının üstüne aldı. Onlar yaşlı Kızılderiliye (cinsel ilişki yaşını çoktan geçmiş olmasına rağmen) kızmış ve onu okla yaralamış olan genç kadının kocasıyla karşılaştılar. Yara çok ciddiydi. Fox Askeri topluluğu, yaşlı kızılderilinin damadı tarafından toplantıya çağrıldı. Bu askeri topluluk, saldırgan ısıрма cezası verme kararı aldı. Bu yapıldı ve ayrıca yaralı adamın kolundaki ok başını çıkarmaya zorlandı. Suçlu pişman oldu ve askeri topluluğa kefarete olarak beş tane at sundu. Vurgulanabilecek olan, yaralanması hem cezalandırıcı hem ödüllendirici hareket temelinde olan yaşlı kızılderilinin hukuk mahkemesi rolündeki askeri topluluğun üyesi olmamasıdır. Topluluk bütün toplum adına hareket etmektedir. Önceden de bahsedilen Omaha vakasında kabilenin şefler konseyi kötülük yapan kimsenin davasını tartışır ve ölüme karar verirse, konsey, amaç için hazır olarak saklanan zehirli değneği batırması için birkaç güvenilir adam atardı (Fletcher and LaFlesche 1905-6: 213).

Kuzey Amerika Kızılderililerinde ve Avustralya Aborjinlerinde suçu göz önüne alan kabile otoritesinin uygulaması bir ölçüde resmi usulle sürdürülür. Her iki kıtada da yetki yaşlı adamlar arasında dağıtılmış ve bunların konseyi bir vakayı tartışır ve bir karara varır; fakat bu, usul veya kanıt kuralı olarak adlandırılarak ve kurallarla çekişir gibi herhangi bir güçlü dava duygusu olmadan yapılır. Önceden tasarlanmış bünyeler burada tam gelişmiş mahkemelerden ziyade belki konseyler olarak adlandırılabilir. Önemli bir kusur işleyeninin davasındaki yanlışlık ciddiyetle ele alınıp konuşmalar onun yerine veya ona karşı yapılabilir; tavsiye verilir ve baskı yapılır. Toplantılar bütün toplumun temsilcisi olan bir kurum anlamında gerçeğin ne olduğunu belirleyen, adaletin geleneksel kuralları uyarınca bir karara varan ve üzerinde anlaşılan ceza ve çareleri etkili kılmak için bazı araçları harekete geçiren, mahkemelerdir. Ama eğer biz bir meselenin sunulabileceği, bütünleştirilebileceği ve karar verilebileceği resmileştirilmiş usuller ve kurallar içeren bir mahkeme istersek, Afrikadaki bazı toplumlar bu beklentiye hemen hemen karşılarlar. Ashantilerde usuller ordeali, lanet etmeyi ve kutsal şeylerin üzerine yemin etmeyi içerir. Bir sanık kendisine yöneltilen suçlama ve ithamlardan kendini temizlemek için usulde yer alan ordeali talep edebilir. Yeminler, sadece davalarda değil ama

ayrıca yükümlülükleri bağlayıcı kılmada da önemlidir; herhangi bir ciddi alışverişe girenin yükümlülüğünü yerine getirmediği durumda doğüstü bir lanetle yok edeceği düşüncesi tarafından eşlik edilen belli bir içkiyi içmesi gerekir (Rattray 1929: 392-95). Bu Afrikalı toplumlar, şiddetle davalashırlardı; dava kendi içinde sonlanan bir spor veya bir sanat gibidir. Lindblom Akambalar için "hukukun içine dahil olmak en üstün eğlencelerden biridir... ve sayısız eylemde bütün yaşlı adamlar bir taraftır" (Lindblom 1920), demektedir. Hukukun bilgisi bütün yaşlı adamların bilgisinin önemli bir bölümüdür.

Afrika'da, resmi mahkemenin devleti ve insanları suçluları cezalandırmak yoluyla korumak için her yerde işlev göstermemesi, suçlular şef adına muamele edildiği ve birçok suçun kamu saldırısı olarak mütalaa edildiği Ashantiler arasında çok bilinen bir gerçek olmasına rağmen bir değer ifade etmemektedir. Ancak Mounth Kenya'nın güney doğusunun yerlileri arasında mahkemenin göz önüne aldığı suçlar bireylere karşı suçlardır. O nedenle Afrika'nın bu parçasında mahkeme tahkim komisyonunun bir çeşidi gibi çalışmaktadır. Akamba mahkemesi bir şikayet hakkında karar verdiği zaman hüküm A'ya B tarafından bir ihlal yapıldığını ve B'nin kefaret etmesi veya A'nın kandaşlarının elinden misilleme yaptırımına uğramasını içeren bir deklarasyon biçimi alır. Mahkeme hükmün uygulanmasını kandaş gruplara bırakır.

Bu sayfalar ilkel toplumlarda, hukukun ışığında çok gelişmiş toplumlarda bildiğimiz, bazı karşılaştırmaya müsait kurumlara hasredilmiştir. İlkel hukuk hakkında en açık genel sonuç ondan (hukuktan) çok bulunmamasıdır. Sistemik ve açıkça formüle edilmiş davranış kuralları ve bu kuralların kişisel olmayan otoriteyle uygulanması için resmi usuller sosyal kontrolün muhafazasında görece olarak küçük rol oynarlar ve bazı toplumlarda hiç görülmezler. Genel olarak, insanlar, ne yapılmasını bekliyorlarsa onu yapıyorlar çünkü bu yapmak istedikleri ve yapılmasını elverişli bir çare olarak (Malinowski'nin bazen "hukuk" ve bazen de "etkili gelenek" dediği geleneksel avantaj ve dezavantajlar ile bu nedenlerin ışığında) gördükleri şeydir. Bu, yaşlı kızılderilinin, kızılderililer için ayrılan yere yerleştirildikten sonra, eski zamanlarda "hukuk yoktu, herkes doğru

olanı yaptı" derken bahsettiği şeydir. O, koruma bölgesinde kendini ve vicdanının bağımsızlığını dışsal zorlayıcı düzenlemelerle çevrelenmiş buldu. Bu eski güzel günlerden farklı hissediliyordu. Varlığı bozulmamış ilkel toplumlarda, Durkheim'in ortaya koyduğu gibi, bireylerin vicdanları birörnek ve sağlamdı. İnsan itkileri diğer yerlerde olduğu gibi aynıdır, ama orada devletçe uygulanan hukuk sistemine daha az ihtiyaç vardır.

Yine de gördüğümüz gibi, gelişmemiş yasal kurumlar çocuklukla okur-yazar olmayan toplumlarda gösterilir. İncelenen örnekler, hukukun temellerinin çok dağınık olarak bulunmadığını göstermektedir, ki incelenen herhangi bir toplum, kod başlangıcı, usul ve mahkemeye eşit derecede sahip olarak bulunacaktır. Karşıt olarak, yargılamanın bu görünüşleri yalnız olarak veya çeşitli kombinasyonlarda görünür. Belirli toplumlarda özel zararların çözümünde tazminatın sistemleştirilmesi vakalarında, gelenekler tarafından konan sınırlar içinde tazminatın etkili hale getirilmesi için tüm gereken yalnızca karşılıklı anlayıştır. Özellikle, konu olan meseleyi belirleyen herhangi bir mahkeme olmaksızın uyuşmazlıkların düzenlenişinin resmi usulünün en sık gerçekleşen şekillerini not etmeliyiz. İncelenen kısıtlı materyaller göstermektedir ki ilkel hukuk yalnız başlangıçta baş gösterir. Burada vurgulanmak istenen, taraflar arasındaki iddialara ilişkin çözümün süresinin ve tazminata ilişkin iddiaların korunması için usulün resmileştirilmesidir, fakat bu konuda ayrıca verilmiş örneklerimiz de vardır: Kamu tazminatının ifadesi için usulün güç olmaksızın gelişmesi; zararı veren kişi üzerinde ceza olarak düşünülmüş yaptırımların zorla kabul ettirilmesi içinde resmi niteliklerin geliştirilmesi; önemli meselelere karar vermek, ödül koymak ve tespit edilen cezalar için müzakere ve danişsal nitelikli bir organın (en azından usul kurallarıyla birlikte Afrika örneklerinde) görünümü; ve çok genel olarak törenin geleneksel yükümlülükleri daha bağlayıcı olarak kutlamak ve kılmaktaki rolü.

Genel olarak, tamamlanmış hukuksal kurumlar, daha az karmaşık ilkel toplumlar hukuksuz veya hukuka çok az sahip iken okur-yazar olmayan toplumların en karmaşığında bulunurlar. Yine de tazminat sistemi çok ilkel toplumlarda oldukça gelişmiş olabilir. Hukuksal kurumlar sadece toplumun karmaşık olduğu

yerde değil ama ayrıca davanın törelerle onaylandığı yerde de ortaya çıkma eğilimindedir. Yani kanunlara riayet bir kültür örüntüsü olarak karşımıza çıkabilir; Akamba vakasında hukukun varlığını tanırken Zuni kızilderilileri vakasında yokluğunu kabul etmekte tereddüte düşmemeliyiz; bir vakada hukukun önemi ile diğerinde önemsizliği farklı sosyal gelişim düzeyinin basit bir işlevi olarak açıklanamaz. Bazıları davayı sever bazıları sevmez; bu halklar için geçerli olduğu kadar bireyler için de geçerlidir.

Sonuç olarak, burada gevşekçe örülüyor olduğu gibi, tartışmanın özü haline gelmiş olan, ilkel hukuk veya arkasında yatan sosyal ortam ile ilgili iki özel nokta üzerinde durulabilir: Daha önce de söylediğim gibi, genel olarak, ilkel halklar az hukukla yaşayıp giderler. Bunun neden böyle olduğunun sebebi de, sosyal açıdan kabul görmeyen davranışların kısıtlandırılmasının doğaüstü yaptırımların gücünde bulunmasıdır. Söylendiği gibi, hukukun dinden hareketle geliştiğini söylemek olasılıkla doğru olmaz. Ancak spesifik laik yaptırımlarla karşılaştırıldığında ilkel toplumlarda kutsal ve doğaüstü yaptırımların büyük bir rol oynadığını söylemek doğru olacaktır. Kendi kendimizi kınarken ya da yalan yere yemin ettiğimizi -ya da bazılarımız- düşündüğümüzde buna benzer bir şey hissettiğimizi hatta belki de korku duyduğumuzun farkına varırız, ancak bizim toplumumuzda, Radcliffe- Brown'ın söylediği (1933: 203) "ritüel yaptırım'ın" yeri yoktur. Bu toplumların çoğunda, bir suçlu, kendisi bütün grubu için tehlike arz eden ritüel ahlaksızlığın bir koşulunu beraberinde getirir. Bu zarar görmüş taraf için cezalandırmadan ve tazminattan ziyade törenle arınma ve kefareti gerektirir. Ensest, kutsal şeye hürmetsizlik veya büyücülük çoğunlukla bu sonucu doğurur; her şeyin üstünde bunlar ilkel adam için tehlikeli olan çok yanlış hareketlerdir. Diğer bir yandan cinayet ve hırsızlık çoğu kez kendisine yapılmış bir haksız fiildir. Kutsal yaptırımla ilgili olarak kamusal zararın daha dehşet verici boyutu Tlingit Kızilderililerinden gelen basit bir örnek tarafından göz önüne serilebilir (Oberg 1934: 145-146). Eğer cinayet işlendiyse bu klanın halletmesi gereken meseleydi. Ancak bir genel kavgayı önlemek için üst düzey bir şef, klanın statüsünün ve doğaüstü gücünün sembolü olan önemli taç (crest) ile birlikte taraflar arasına girerek duruma müdahale edebilirdi. Eğer bu şartlar altında

kavga çıkmış ise bu ambleme karşı saygısızlık olacaktır. Bu sayede doğaüstü bir yaptırıma karşı duyulan isteksizlik bir kontrol aracı olarak kasten kullanılmıştır.

İlkel hukukun diğer bir önemli karakteristiği de anlaşmazlığa ve hukuksal davaya taraf olan kandaşına arka çıkmasının önemidir. Burada belirtilen materyaller düzeltilen yanlışların kandaş gruplara karşı olduğu kandaş grupların bastırdığı iddialar ve bireyin kandaşı olduğu gruba sorumluluk duyması gibi birçok örneği içerir. Cinayet ve hırsızlığın suçtan ziyade haksız fiil olarak algılandığını belirtmiştim, fakat bir bireye karşı verilen zarar bir aileye verilen zarar kadar önem taşımaz. Bir kabilesel örgütün tam olarak geliştiği ve Akambalarda olduğu gibi, kabile konseyinin hukuk mahkemesi olarak işlediği yerlerde bile, bir klan üyesinin diğer bir klan tarafından öldürülmesi, en basitinden, öldürülen kişinin klanına karşı işlenmiş bir ihlal olarak algılanır ve kurbanın akrabalarına tazminat ödenmesi ile çözüme kavuşur. Avusturalyalılar'da alınan bir yaşam için ödeme olarak teslim edilen yaşam her zaman sadece katilin vazgeçilen yaşamı değil, katilin üyesi olduğu grubun herhangi bir üyesinin de yaşamıdır (Howitt 1904 327-328). Geniş manada Maine'nin klasik toplumların erken biçimlerini incelerken haklı olduğunu görebiliriz, o ilkel toplumun bireylerin toplamı olarak görülmesindenense ailelerin toplamı olarak görülmesini teklif etmişti. Hukukun ilk örneği en büyük parçasında, onlar aracılığıyla, geleceğin hısımlık bünyeleri arasındaki uyuşmazlıklarını düzenlediği ve bu uyuşmazlıkların kamu barışı menfaati içinde çözüme kavuşturduğu usuller ve standartlar dahilinde bulunabilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Barton, R. F. 1919 Ifuago Law, University of California Publications in Archaeology and Ethnology, Vol. 15.
- Bunzel, Ruth 1932 Introuction to Zuni Ceremonialism. Bureau of American Ethnology Forty-sevent Annual Report (1929-30) (Metinde rapor tarihi verilmiş). Washington. D.C.
- Hobley, Charles W. 1910 Ethnology of the A-kamba and other East African Tribes. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hoebel, E. Adamson 1936 "Association and the State in the Plains", American Anthropologist, Vol. 38, 433-38
- Howitt, Alfred W. 1904 The Native Tribes of South-east Australia. New York: Macmillan.
- Kennedy, Raymond 1937 "The Ethnology of the Greater Sunda Islands", MS, as quated in Thomas, w. I., Primitive Behavior. New York: McGraw-Hill Book Co.
- Kroeber, A. 1925 Handbook of the Indias of California. Washington, D.C.: Goverment Printing Office
- Lindblom 1916 The Akamba in British East Africa. Uppsala: K. W. Appelbergs. (Metinde bu eser 1920 tarihli olarak atıf almış).
- Lips, Julius 1938 "Goverment", in Boas et al, General Antropology. Chicago: D. C. Heath and Co.
- Lowie, R.H. 1927 The Origin of the State. New York: Harcourt, Brace and Co.
- Malinowski, B. 1926 Crime and Custom in Savage Society. London: Routledge and Keagan Paul. 1934 Indroduction in H. Ian ogbin, Law and Order in Polynesia. New York: Harcourt Brace and Co.
- Oberg, Kalervo 1934 "Crime and Punishment in Tlingit Society", American Anthropologist 36.
- Parsons, Elsie Clews 1917 Notes on Zuni, Part II. Memories of the American Anthropological Association, No.4.

- Raddcliffe-Brown, A. 1922 *The Andaman Islanders*. Cambridge: The University Press. 1933 "Law, Primitive", in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol.9.
- Rattray, R.S. 1929 *Ashanti Law and Constitution*. Oxford: Clarendon Press.
- Roscoe 1909 "Notes on Bageshu", *Journal of the Royal Anthropological Society*, 39:181.
- Seagle, William 1937 "Primitive Law and Professor Malinowski", *American Anthropologist*. Vol.39, 275-90
- Stevenson 1901-2 *The Zuni Indians*. Bureau of American Ethnology Annual Report, Vol.23.
- Sumner, W. G. 1907 *Folkways*. Boston: Ginn and Co. (Metinde bu çalışmanın tarihi 1906 olarak gösterilmiştir).
- Thalbitzer, William Carl 1923 *The Ammasassalik Eskimo*. *Mendelelser om Gronland*: 40. Copenhagen: B. Luno.
- Williams, Francis Edgar 1930 *Orokaiva Society*. London: Oxford University Press.