

VIKTOR V. BOÇAROV

HUKUK
YAZILI OLMAYAN KANUN
ANTROPOLOJİSİ

Rusça'dan Tercüme
Eva Gurbanova

İSTANBUL, 2020

YAZAR HAKKINDA

Viktor V. BOÇAROV, St. Petersburg Devlet Üniversitesi Şarkiyât Fakültesi Asya ve Afrika Ülkeleri Gelişim Teorileri profesörü olan Boçarov Viktor Vladimiroviç, 2 Ocak 1949 yılında Kazakistan'ın Taldı Kurganskiy Oblastı Sarı Ozek bölgesinde doğar. St. Petersburg Devlet Üniversitesi Şarkiyât Fakültesi Afrika Çalışmaları Bölümünden, 1975'te oryantalist-filolog olarak mezun olduktan sonra, 1994'te etnografya alanında yaptığı "Modern Tropikal Afrika Devletlerinde Siyâsî Kültürlerin Etno-Tarihi Tetkikatına Yönelik Bir Deneme" başlıklı teziyle Tarih Bilimleri Doktoru ünvanını alır. Çalışma sahasıyla ilgili olarak; Rusya Bilimler Akademisi Etnografya ve Antropoloji Müzesi – Kunstkamera (1976-1996), St. Petersburg Devlet Üniversitesi Sosyoloji Fakültesi (1996-2007), Florida Üniversitesi (ABD, 1991), Mainz Üniversitesi (Almanya, 1994), Amerika Bilimler Akademisi, (ABD, 2002-2003, Rus-Amerikan Ortak Projesi Şiddet Araştırması), Bielefield Üniversitesi (Almanya, 2004) ve Finlandiya Bilimler Akademisi (2004-2008, Helsinki- Rus-Fin Projesi) gibi kurumlarında akademik çalışmalarda yer alır. İngilizce ve Svahili dili bilen Boçarov, akademik araştırma alanıyla ilgili olarak, antropolojinin yan dalları olan; Sosyo-kültürel Antropoloji, Siyâsî Antropoloji, Hukuk Antropolojisi, Siyâset Bilimi, Yaş Antropolojisi sahalarında yaptığı çalışmalarla tanınmaktadır. Rusça ve yabancı dillerde yayımlanmış çok sayıda makaleleri ve kitapları bulunan Boçarov'un yayınlanmış eserlerinden bazıları şunlardır:

Monografiler

- Modern Afrika: Gelişim Perspektifleri ve Sonuçları, Siyasi Yapıların Gelişimi, Afrika Enstitüsü, Moskova, 1990.
- Modern Tropikal Afrika Devletlerinde Siyasi Kültürlerin Etno-Tarihi Tetkikatına Yönelik Bir Deneme, Nauk, 1992.
- Köken ve Evrim, St. Petersburg, MAE, 1997, (Kolektif Çalışma)
- Yaş Antropolojisi, St. Petersburg, Devlet Üniversitesi, 2001
- Doğu Araştırmalarına Giriş, St. Petersburg, KARO, 2011, (Kolektif çalışma)
- Modern Oryantalizm Kavramları, St. Petersburg, KARO, 2013.
- Yazılı Olmayan Kanunlar, Hukuk Antropolojisi, St. Petersburg, RHGA, 2013.
- Hukuk Antropolojisi – Makaleler ve İncelemeler, St. Petersburg, Devlet Üniversitesi, 2013.
- Neo-Gelenekçilik: Arkaik Sendrom ve Küreselleşme süreçleri Bağlamında Yeni Bir Toplumun İnşası, St. Petersburg, Rusya Bilimler Akademisi Doğu El Yazmaları Enstitüsü, 2019.

Monografi Editörlükleri

- İktidarların Etnik Boyutları, St. Petersburg Devlet Üniversitesi, 1995.
 - Şiddet Antropolojisi, St. Petersburg, Nauk, 2001.
 - Yönetim Antropolojisi Cilt 1, Antropolojik Söylemde Yönetim, St. Petersburg Devlet Üniversitesi, 2006; Cilt 2, Siyasi Kültür ve Süreçler, St. Petersburg Devlet Üniversitesi, 2007.
- E-posta: victana2007@rambler.ru

TERCÜMAN HAKKINDA

Eva Gurbanova, 14 Nisan 1992 yılında Azerbaycan'ın Zagatala şehrinde doğdu. Orta eğitimini Zagatala'da tamamladıktan sonra, Bakü Slavyan Üniversitesinde Uluslararası İlişkiler ve Bölge Bilimi (Rusya) bölümünde lisans eğitimi aldı. Yüksek lisansını Ege Üniversitesi'nde Türk Dünyası Araştırmaları Enstitüsü, Türk Dünyası Sosyal, Ekonomik ve Siyasi ilişkiler bölümünde tamamladı. Rusça, Azerbaycanca, Türkçe, İngilizce, Ukraynaca bilmekte ve bu dillerden tercüme yapmaktadır.

VIKTOR V. BOÇAROV

HUKUK
YAZILI OLMAYAN KANUN
ANTROPOLOJİSİ

Rusça'dan Tercüme
Eva Gurbanova



DOĞU KÜTÜPHANESİ

HUKUK ANTROPOLOJİSİ

YAZILI OLMAYAN KANUN

VIKTOR V. BOÇAROV

Yayın Yönetmeni

Erol Cihangir

Orijinal Adı

Неписанный закон: Антропология права

Rusça Editör

Ekaterina Şeremeteva

Tercüme

Eva Gurbanova

Grafik Uygulama

Sercan Arslan

Mizanpaj

Laf Ajans

Hukuk/Antropoloji Seri No: 8

Doğu Kütüphanesi: 161

1. Baskı, 2019 İstanbul

1. Baskı, 2020 İstanbul

Ofset Baskı

Ofis Yayın Matbaacılık, Gümüşsuyu Cd. Işık San. Sit.

B Blok No: Z/1 Tel: (0212) 576 47 15 Topkapı/İSTANBUL

© Bu kitabın bütün yayın hakları telif hakları mukavelesi gereği

Doğu Kütüphane Yayınevine aittir.

Sertifika No: 19492

MİLLETLERARASI NEŞRİYAT NUMARASI

ISBN 978-605-2127-49-0

DOĞU KÜTÜPHANESİ

Alemdar Mah. Çatalçeşme Sk. Meriçli Apt.

No: 44 Kat:3 Cağaloğlu/İstanbul Tel: (0532) 494 14 60

web: www.dogukutuphanesi.com

e-mail: bilgi@dogukutuphanesi.com

İÇİNDEKİLER

Yazardan / 9

Önsöz / 13

1. Bölüm / 19

Teamül Hukuku Sorunu

Arkaik Topumlarda Teamül Hukuku

Periferi Devletlerinde Teamül Hukuku

Hukuk Nihilizmi ve Doğu

1. Hukuk Nihilizmin Kaynakları, Hukuk ve Toplum, Kötü Kanunlar,
Hukuk Fetişizmi, İtibar Etiği
2. Hukuk Nihilizmi ve Kültür
3. Batı Hukuku Doğu'da Neden İşlemiyor
4. "Gölge" Pratikler ve Aktörlerin Hukuk Bilinci
5. Metodoloji ve Hakikatlerin Çatışması
Rusya'da Teamül Hukuku
1. Geç SSCB'de Pazar Ekonomisi ve Örfi Hukuk
2. Kayıt-Dışı Ekonomi ve Örfi Hukuk Düzenlemelerinin Olumlu
Yönleri (Rusya'daki 1990 reformları)
3. "Gölge" Ekonomi ve Modern Rusya'da Teamül Hukuku
Sanayi Devrimi Sonrasındaki Topumlarda Teamül Hukuku
1. Hukuk ve Ekonomik İlerleme, Hukuk Pşisizminin Kültürel ve
Psikolojik Kaynakları
2. Modern Hukuk ve Teamül Hukuku
Alt-Kültürlerde Teamül Hukuku
1. Teamül Hukukunun Araştırma Stratejileri
Alt-Kültürlerin Teamül Hukuku
1. Köpek Sahipleri İçin Teamül Hukuku
2. Hapishanelerdeki Teamül Hukuku
3. Sokak Serserilerinin Teamül Hukuku
4. Mafya ve Kanun
5. Ordu Alt-Kültürlerinde Teamül Hukuku
6. Futbol Fanatikleri Alt-Kültüründe Hukuk Normları
7. Modern Şirketlerde Teamül Hukuku

2. Bölüm / 85

Hukuk Antropolojisi ve Teamül Hukuku

Hukuki ve Antropolojik Kökenler

1. Eski Çağ Topluluklarında ve Ortaçağ Hukukçularında
Teamül Hukuku
2. Tarihi Hukuk Okulu ve Teamül Hukuku
3. Tarih – Karşılaştırmalı Hukuk Okulu ve Teamül Hukuku
4. Rus Hukuk Geleneğinde Teamül Hukuku
5. Sovyetler Birliği ve Modern AP'nin Geleneksel Normlar Sorunu
Retrospektif Kültürel Görelilik
1. Antik Çağ'dan Rönesans'a Muhtelif Görüşler
2. Fransız Aydınlanmasının Göreliliği
3. Kültür Hakkında Alman Antropolojisi
4. E. Durkheim ve M. Moss'un Görelilik Görüşleri
5. İşlevsellik ve İşlevsel Bir Hukuk Anlayışı
6. Post-Modernizm ve Kültürel Görelilik
7. Tarihsel Antropoloji ve Hukuk Sorunu
8. Rus Antropolojik Geleneği ve Teamül Hukuku

3. Bölüm / 123

Uygulamalı Bir Disiplin Olarak Antropoloji ve Batı Avrupa Deneyimi

Hukuk Antropolojisi ve Rus Kamu Uygulamaları

4. Bölüm / 137

Bilimsel Bir Disiplin Olarak Hukuk Antropolojisi

1. Kültür ve Toplum Genlerinde Hukuk Antropolojisi
2. Mevcut Yaklaşımların Bir Analizi
3. Hukuk Antropolojisinin Amacı ve Soruşturma Yöntemleri
Hukuk Antropolojisi ve İlgili Disiplinler

5. Bölüm / 147

Hukuk Antropolojisinin Metodolojik Öncelikleri Sosyal Meseleler ve Yasaları Anlamada İki Yaklaşım

1. Kültür ve Toplum
2. Sosyo-Kültürel Meseleler ve Çeşitli Kalkınma Tipleri
Açısından Hukuk
3. Periferi Topluluklarda Batı Hukuku Kabul Edilen Metodoloji
Açısından Hukuk Antropolojisi Kavramları ve Kategorileri

1. Hukuk ve Kùltür
2. Hukuk ve Toplum
3. Geleneksel Hukuk ve Kùltür

6. Bölüm / 195

Geleneksel Hukuk Sistemi

Geleneksel Hukuk Sistemi ve Öz-Örgütlenme

Hukukun Kaynağında Davranış Normlarının Oluşumu

1. Olumlu Davranış Normları
2. Olumsuz Davranış Normları (Tabu)
3. İlk İdeolojilerin Kaynağı Olarak Korku
Geleneksel Yasal Bilinç
 1. Atalar Kùltü – İlk Yasal İdeoloji
 2. Büyü İdeolojisi
 3. Bir Suç Olarak Kara Büyü
 4. Büyü İdeolojisi ve Mülkiyet Hakkı
 5. Eşyaların ve Hayvanların Yargılanması
 6. Büyü İdeolojisi ve Adli İspat
7. Modern Alt Kùltürlerde “Arkaik” İspat Biçimleri
 8. Geleneksel Hukuk Sisteminde Ritüel
 9. Modern Toplumlarda Büyü İdeolojisi

7. Bölüm / 257

Yaş Antropolojisi

Geleneksel Bir Toplumda Yasal Geleneklere Bağlı Olarak Yaş

1. Geleneksel Bir Toplumda Yaş Grupları Arasında Hak ve Görevler
2. Yaşlıların Meşru Hakimiyetleri İçin İdeolojik Bir Temel Olarak
Atalar Kùltünü Kullanması
 3. Eski Uygarlıklarda Kıdem Hakkı
 4. Hristiyanlık ve İslam’da Kıdem Hakkı
5. Modern Doğu’da Geleneksel Hukuk Sistemi İçerisinde Yaşın Yasal
Yönleri ve Japonya
 6. Modern Kafkasya’da Yaşın Yasal Yönleri
Sosyal Hayat ve Yaş Çatışması
 1. Geleneksel Hukuk Sisteminde Gençler ve Evlilik
 2. Çeçen Savaşı ve Yaş Dağılımı
 3. Totaliter Rejimlerde Karizmatik Lider ve Gençlik
 4. Gençliğin Alt-Kùltürü ve Yaşlılara Karşı Ayrımcılık
Alt Kùltürlerde Yaş Unsurunun Hukuki Boyutları

8. Bölüm / 293

Kadın Sorunu ve Çözümünün Uygulanması

1. Ataerkil ve Anaerkillik Mitolojisi
2. Feminist Antropolojisi
3. Cinsiyet Eşitsizliği ve Psiko-Fiziksel Yönleri
- Geleneksel Hukuk Sisteminde Cinsiyet Eşitsizliği
 1. “İç” Kadın “Dış” Erkek
2. Erkeklerin ve Görgü Kurallarının Hiyerarşik Hakimiyetleri
 3. Kadınlar Yönetimde
 4. Mülkiyet Sahibi Olmanın Cinsel Gücü
5. Geleneksel Hukuk Sisteminde Cinsiyet Ayrımcılığının İdeolojik ve Psikolojik Yönleri
6. Erkek Statüsünün Kaynağı Olan Kadınlar
 - Alt Kültürlerde Cinsiyet İlişkileri

9. Bölüm / 331

Geleneksel ve Modern Toplumlarda Akrabalıkların Hukuki Yönleri

1. Geleneksel Hukuk Sisteminde Evlilik ve Akrabaların Mevkii
2. Geleneksel Hukuk Sisteminde Akrabalık ve Miras
 3. Akrabalık Terimleri
 - Kan Davası
 1. Modern Toplumlarda Kan Davası
- Doğu'daki Akrabalık İlişkilerinin Geleneksel Hukuk Sistemindeki Yeri
 1. Kavmiyetçilik ve Nepotizm
 2. Siyasette Kavmiyetçilik ve Nepotizm
 3. Tarihte ve Modern Devirde Rusya'da Nepotizm
 - Alt-Kültürlerde Akrabalık
1. Geleneksel Hukuk Sistemi İçerisinde Hapishane Akrabalığı

Sonuç - 371

Yazar'dan

Bu çalışma, 1995 yılından itibaren St. Petersburg Devlet Üniversitesi'nde verdiğim ders notları üzerinden oluşturulmuştur. Hukuk antropolojisinin kökenlerine Antik çağda rastlamak mümkün olmakla birlikte, disiplin olarak tetkik edilmeye başlanması oldukça yenidir. Bu disiplin, Batı üniversitelerinde 1990'lı yılların başında öğretilmeye başlamıştır. Alanında ilk ders kitabı, Fransız avukat Norbert Rouland tarafından 1988 yılında yazılan ve “yaşayan bir klâsik” olarak kabul edilen Hukuk Antropolojisi Batı'da zafer yürüyüşünün ilk adımlarını atmaya başlamıştır.

Rouland, hukuk anlayışının devlet hukukuyla özdeşleştirilmesine ilişkin Batı-merkezciliğine karşı çıkar. Ona göre yasalar, kültürden kültüre değişkenlik göstermekte ve “insan hakları” olarak bahsedilen normların her yerde geçerli evrensel olması sözkonusu olamaz. Rouland konuyla ilgili düşüncelerini Afrika verileriyle sınırlayarak, geleneksel toplum üzerine geniş bilgilerle destekler. O, mantikî olarak geleneksel toplumlarda, devletin kanun koruyuculuğunun eksikliğine rağmen, yasaların teşekkül ettiğini; yâni toplumdaki normların farklı sosyal zorunluluklarla ortaya çıktığını belirtir.

1999 yılında “Hukuk Antropolojisi” (M. Norma) adıyla A. İ. Kovler tarafından yayımlanan bu eserin ardından Kovler, bu defa üniversiteler için yine “Hukuk nedir?” sorusunu ele alan bir ders kitabı hazırlayarak 2001 yılında yayınlar. O zamandan itibaren yerel hukukçuların bu konuya ilgileri giderek artmış, Sovyet hukuku için de tek hukuk biçimi olan yasalara şüpheyle bakılmaya başlanmış, bunun sonucunda söz konusu disiplinin tekâmülü yolunda; sosyokültürel antropoloji, etnoloji ve etnografya gibi disiplinler ders müfredatlarına dâhil edilmiştir.

Şu anda ilim âleminde hukuk antropolojisinin konumu oldukça yüksek olup, bu alanda ihtisas dergileri yayımlanmakta, uluslararası sempozyumlar düzenlenmektedir. Günümüzde hu-

kuk antropolojisinin en çok üzerinde durduğu husus, muhtelif hukukî sitemlerin tek bir yasal alanda etkileşim aşamalarının incelendiği ve farklı hukuk arayışları üzerine eğilen “hukuki çoğulculuk” kavramıdır.

Diğer taraftan yerli (Rus) antropolog, etnolog ve etnografılar için bu alan aslında çok da yeni bir şey değildir. Onlar, Rusya halklarının geleneksel normlarını daha 19. yüzyıl ortalarında fiili olarak tetkik etmeye başlamışlardı. Özellikle 1861 reformu, gerek gayr-ı Rus, gerekse Rus köylülerinin geleneksel normlarının resmi olarak tanınmasını öngörüyordu. Reformun en önemli hedefi, geleneksel toplulukların işleyişini sağlayan mekanizmaların yani örf, anane, ritüel ve sembollerin belirlenmesi idi. Bu kapsamda Çarlık Rusya sınırları içinde çeşitli halklar üzerine çok sayıda etnografik malzeme toplanmıştı. Sovyet döneminde ise, yürürlüğe giren “sosyalist yasaların” iddia edildiği gibi toplumun bütününe kucaklamadığı, alan araştırması yapan bilim adamları tarafından ortaya konmuştur. İnsanların büyük oranda geleneksel yasalar (örfi hukuk) ile hayatlarını idame ettikleri görülmüştür. Bu normların çoğu SSCB rejimi tarafından “geçmişin kalıntıları” sayılarak, bu gelenekleri devam ettirenlere cezai müeyyide uygulanmasına rağmen, Sovyetlerin dağılmasıyla, antropologlar kendi halklarının kültürel haklarını korumak için savunmaya geçmişlerdir. Bunun için sadece bilim adamları değil, siyasetçiler de bu yöne dikkat çekmeye çalıştılar. Nitekim, hukukî düzenlemelerde antropologlar danışman olarak görev almaya başladılar. Bugün artık devlet idarecileriyle sıkı bir işbirliği içinde olan antropologlar, milletvekillerinin sundukları kanun teklifleriyle, bu tekliflerin hazırlanmasında geleneksel normların göz önünde bulundurulmasını salık vermektedirler. Böylelikle, teamül hukuku (örfi hukuk) normlarının öneminin, 1990’lı yıllardan itibaren ciddi bir şekilde artış gösterdiğini görmekteyiz.

Kamu düzenin işleyişinin kolaylaştırmak için Batı’dan ithal edilen yasaların işe yaramadığı anlaşıldığında, insanların gerçek

ihtiyaçlarını karşılayacak kendi düzenleyicileri, yâni teamül hukuku normları ortaya kmıştır. şüphesiz, lkemiz (Rusya) tarihi içerisinde bu konuya ciddi bir ivme kazandıran hukuk disiplini- nin rolü eşsizdir. Bugün, gündelik hayatın düzenlenmesi çerçevesinde önemli bir yer teşkil eden rfi hukuk normlarının, devlet tarafından kabûl edilen resmî yasal fiilleri “saf dış bıraktığı” ve kendi içinde “yasal bir nihilizm” oluşturduğu unutulmamalıdır.

Aynı yıllarda antropologlar modern alt kültürleri de tetkik etmeye başladılar. Bunlar arasında gençlik, ordu ve suçlular yer alıyordu. Tabi bir şekilde bu normların yasalarla çatışmasına rağmen, her kesimin tercih ettiği birtakım “yasal kodları” mevcuttur. Hukuk disiplininde ortaya çıkan bu tür mezkûr konularda bu olgunun sebeplerini idrak etmeyi denediğim çalışmayı hazırlamaya başlamam, bu yılların tecrübesiyle ilgilidir. Yapmaya alıştığım şey; toplumun teamül hukukunun ortaya çıkışının, işleyişini ve gelişme esaslarını ortaya çıkarmaktır. Bu durum sosyogenезin ilk aşamasında geçerli olup, doğal olarak kendi döneminde prensip olarak yazılı bir hukuktan söz edilemezdi. Ancak yazılı hukukun olmayışı sadece Doğu’da değil, aynı zamanda güçlü bir arkaik tabakanın korunduğu ve toplumsal ilişkileri düzenleyen modern kuralların hakim olduğu Batı’nın muhtelif segmentleri için de geçerlidir.

Söz konusu temel hukuk sistemini belli bir modelleme ile hazırlarken, doğal olarak içinde yeraldiğım antropolog grubunun yeleri gibi, geçmiş ile şimdiki zamanla ilgili yerli ve yabancı araştırmacıların muhtelif etnografik malzemelerini kullandım. Davranışların düzenlemesi açısından temel hukukî normların (teamül hukuku) etkinliğini ve istikrarını açıklamak için tarihsel-psikoloji alandaki gelişmelere de yer verdim. Bu normların ortaya çıkışı her zaman insan varlığının ilk dönemlerinden itibaren psikolojisini belirleyen ve günümüze intikal eden irrasyonel (büyülü) düşünce ile ilgilidir. Bu nedenle örneğin, büyücü ve sihirbazların modern toplumda “suçlu” görülmeleri hâlâ devam

etmektedir. Bu çalışmada antropolog ve sosyologların fikirlerine başvurmakla beraber, bir şekilde dikkatimi çeken konularla ilgili muhtelif kaynakları da kullanarak, kendi gözlemlerimi izah etmeye çalıştım. Elinizdeki eserin mezkûr konu üzerinde bir monografi ve çalışma kılavuzu şeklinde oluşturulduğu göz önüne alınırsa, belirli konularda uzmanlaşmış ilim adamlarının bakış açılarını, farklı topluluklarda tanımlanan “teamül hukukunu” ve bazı meslektaşlarımlarımın fikirlerini beyan etmelerinin faydalı olacağını düşünüyorum.

Kanaatimce bu çalışma, antropologlar ve hukukçular arasında hukukun özüne ait birtakım tutarsızlıkları bir dereceye kadar giderecek yöntemlere sahiptir.

V. Boçarov, Ocak, 2012

Önsöz

Genel olarak modern insanın devletlerin ortaya koydukları hukuk mevzuatı çerçevesinde hareket ettikleri zannedilse de, aslında günlük hayata yön veren resmî hukuktan ziyâde, örfî huktur. Bu yasalar günlük hayatın içinde belirli şartlarda insanların ihtiyaç duydukları âdil ve meşru davranışlar olarak geleneksel fikirleri belirleyen muhtelif faaliyetler altında ortaya çıkarlar. Bu fikirlerin resmî devlet yasalarıyla tezat teşkil etmesi, genellikle Doğu ülkelerinde kendisini gösterir. Bu ülkeler, iktisadî ve teknolojik yönden geri kalmışlıktan kurtulmak ve “Batı’yı yakalayabilmek” için kendi kültürlerinde karşılığı olmayan, Batı’nın yasalarını iktibas etmişlerdir. Siyâsî seçkinler ve halk, bu kanunları Rusya ve Japonya örneğinde olduğu gibi ya gönüllü olarak yahut Batı’nın müstemleke (sömürgecilik) faaliyetleri sonucu tedricen dayatmayla kabûl etmek zorunda kalmışlardır. Sömürgeciliğin kurtulan yeni devletler, yerli entelijansiyaadan oluşan yöneticiler (Batı eğitimi almış Aborjinler gibi) eski sömürgeci metropollerin mevzuatını uygulamaya koyarlar.

Gerçekten de “hukuk fetişizmi” veya ilerici sosyo-ekonomik ve politik gelişim aracı olarak kabûl edilen hukukun mucizevi gücüne olan bu inanç, modern Avrupa anlayışının karakteristik özelliğidir. Batı için bu, anlaşılabilir bir durumdur: herhangi bir siyâsî partinin demokratik yolla iktidara gelmesiyle yasama alanında yapılan değişiklikler, o ülke halkının hayatında birtakım değişikliklere yol açar. Batı’da kanunun bu gücü, şüphesiz ki yasalara ve kolluk kuvvetlerine duyulan güven ve saygıya dayanır. Bu nedenle herhangi bir Batılı, kabûl edilen yeni bir yasaya uymakta tereddüt etmez. Buna karşılık, Doğu’da “hukuk fetişizmi” geçerlidir. Doğu’nun siyâsî seçkinleri “müstemleke prangalarından” kurtulduktan sonra benimsedikleri Batı mevzuatının bütün sorunları çözeceğine, ilgili mevzuatın iktibas edilmesiyle insan davranışlarının değişeceğini ve devletin “medenî” olacağına inanırlar. Ancak böyle bir şey olmadığı gibi, bu ülkelerde

gerçek ile, iktibas edilen yasaların çatışmaya başladığı, ardından bu devletlerde “darbeler” ve “devrimler” yaşandığı gözlemlenir. Dahası darbe veya devrimlerden sonra başa gelenler, seleflerini yolsuzluk, adam kayırma ve var olan yasaları ihlâl etmekle itham ederken, aynı şeyleri kendileri yapmaya başlarlar. Bunu bertaraf edebilmek için yapılan yeni bir darbe ile bu ülkeler kısır döngü içine girerler. Yeni mevzuat değişiklikleriyle içtimâî hayatın yeniden şekillendirilememesi ve bariz bir başarısızlığın ortaya çıkması, “yasaların gücüne” inanan gelecek nesilleri derinden etkiler.

Bu tespitler, doğal olarak Rusya için de geçerlidir. Nitekim yakın geçmişte ilân edilen “perestroyka” ile devletin önde gelenlerinin yaptıkları görüşmelerde; “yakında yeni bir kanun çıkardık” gibi sözlerle, toplumla nasıl bir iletişim kurmaya çalıştıkları görülür. Bu tür sözlerin, insanları yakında daha iyi şeyler olacağına ikna etmeye yönelik olduğu açıktır. Birtakım yasalar çıkarılıp kabûl edilir, ama pratik hayatta değişen pek bir şey olmaz. Bugün yolsuzlukla mücadele kapsamında çeşitli kanunların çıkarılmış olmasına rağmen, yolsuzlukların azalması gerekirken, artmasına mâni olunamamasının sebebi burada aranmalıdır.

“Hukukun gücüne” olan inanç, sadece modern liderlerin özelliği değildir. Geçmişteki meşhur tarihçilerimizden Karamzin ve Kuluçevskiy, Rus otokratlarının iktidarları dönemlerinde çıkardıkları “iyi kanunların” nasıl işlediklerini tetkik etmeden, sadece kanunları sayıyla değerlendirmekle yetinmişlerdir. Burada, Batı mevzuatının iktibas edilmesinin en önemli yanı, “medeniyet” ölçütünün hukuk olarak kabûl edilmesi, ikincisi; yukarıda izah edildiği gibi Batı’nın kendisidir. Doğu devletleri, Batı’nın kıstaslarına bu sebeplerden dolayı uymak zorunda kalırlar. Aksi takdirde, onsuz (Batisız) gelişimin imkânsız olduğu, uluslararası finans sisteminin kaynaklarına erişimin yasaklanacağı ve engelleneceği gibi “dışlanmış ülkeler” listesine girmeleri kaçınılmazdır. “Despotlara” karşı ise, Yugoslavya ve Irak örneklerinde görüldüğü gibi, doğrudan cebir ve şiddet kullanılmaktadır.

Kısaca Batı yasaları, Doğu'da "işe yaramamakta" ve "yasal nihilizm" Doğu devletlerinde varlığını korumaya devam etmektedir. Hayat kendi akışında devam ederken, bu yasalar sanki havada asılı kalmaktadır. Bu anlamda kayda değer bir örnek, bir gazetesinin Rus Duma milletvekillerinden birine meclisin raporlama dönemi çalışmalarıyla ilgili sorduğu soruya; "Bizleri daha önceki belgelere uymaya mecbur edecek, tek bir yasa kabul etmedik" cevabı vermesinde görülür.

Şarkiyatçılar, bir devleti idare eden yasaların işleyişine bakarak, söz konusu devletin herhangi bir faaliyet alanını anlamanın mümkün olmadığını bilirler. Örneğin, bir ülkedeki kayıtlı ekonomiyle beraber, yasaları delen kayıt dışı ekonominin büyük bir paya sahip olduğu, dolayısıyla sadece yasalara dayanarak bir inceleme yapılamayacağı ortaya çıkar. Bu sebeple resmi ekonomik veriler, o ülkenin ekonomisiyle alâkalı çok az bilgi verir.

Siyâsette, Batılı şablon ve görüntülerle inşa edilen Doğulu kurumlar, aslında politik otoriter rejimin doğasını kamufle ederek kanun tarafından öngörülenlerden çok farklı işlevler üstlenir. Üstelik bu durum sadece az gelişmiş ülkelerde değil, aynı zamanda Doğu'nun sanayi sonrası ciddi bir gelişme gösterdiği Japonya gibi ülkeler için de geçerlidir. F. David, Japonya'daki bu durumu "dış anayasacılık" olarak isimlendirir. Bu durum, modern ekonomik gelişmenin sadece ilgili yasal çerçevelerle (yasa ve yürütme makamlarının bağımsızlığı) var olabileceğine dayanan liberal görüşler hakkında da şüpheye yol açmaktadır. Zira, gelişmiş ekonomiye sahip bir ülkenin Batı yasalarını daha fazla kabul etmesini ummak oldukça zordur. Yapılan araştırmalar göstermektedir ki, gelişmekte olan ülkeler gösterdikleri gelişmeyle orantılı olarak Avrupa yolunu terk etmektedirler. Her şeyden önce bu mesele, ahlâkî ve hukukî tutumla ilgilidir. M. Weber'in işaret etmiş olduğu, Avrupa'da kapitalizmin başarıya ulaşmasına yol açan "Protestan ahlâkı", Doğu'nun "teamül hukukuna" uymamaktadır. Sonuç olarak, vatandaşların hayatında âdeta "gölge

kanunlar” olarak hizmet gören örfî hukuk gereği hayat idame etmekte, “kriminal devlet” kavramı gün geçtikçe ilmî ve siyâsî alanda kendisine daha fazla yer bulmaktadır.

Suç (kriminal), aslında anti-sosyal bir içeriğe sahip olmasına rağmen, bir tür sosyal patolojik bir durumdur. Ancak, yukarıda belirttiğimiz gibi nüfusun büyük bir çoğunluğu gayr-ı resmi uygulamaları meşru olarak kabul etmektedir. Araştırmacılar sıradan vatandaşlardan, en üst düzey devlet yöneticilerine kadar herkesin bu tür bir çete faaliyetlerine katıldıklarına dair örnekler sunmaktadır. Kamuoyu onları kınamadığı gibi, aynı zamanda yüceltmektedir de. Kamuoyunun göstermiş olduğu bu “dürüstlük” (!), Doğu’da “yaşamayı bilmemek” hâtta aptal bir davranış olarak görülmekte ve birçok bölgede şehir folkloru içerisinde kendine yer bulmaktadır. Eğer her şey yasalara uygun yapılırsa, üretilen ürünün pahalı olacağı ve fakir tabakanın ona ulaşamayacağı gibi ilginç fikirler vardır. Bu noktada, bilim adamları devletin resmi yasaya uygun olarak ilerlemesinin sadece “teamül hukukunun” egemen olması halinde mümkün olacağını söyleyerek, bundan paradoksal bir sonuç çıkarmaktadırlar.

Bu durum hızla gelişen Asya ve Güney Amerika ülkelerinde (Hindistan, Meksika, Çin, Endonezya, Brezilya) “gölge” uygulamalarda kendini göstermektedir. Burada tuhaf ama bir o kadar da meşru bir soru ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durumda vatandaşların devletle aynı fikirde olup, kendi “suç” faaliyetlerinin üzerini kapatmaya çalışmadıkları bir devletin “suçluluğundan” bahsedilebilir mi? Temel hukuk savunucuları, devlet bürokratlarının oldukça kısıtlı resmi gelirlerine rağmen pahalı arabalar, evler ve diğer lüks eşyalar gibi servetlerinin olmasını bu tür bir “suç”la açıklamaktadırlar. Bu konu Rus medyasında da sık sık gündeme gelmesine rağmen, konunun asıl muhatabı olması gereken adalet kurumlarından herhangi bir tepki gelmediği gibi, ilginç bir şekilde halk nazarında da bu durumun, olması gereken ve olağan olarak kabûl edilmesidir.

Örfi hukuk bu nedenle sadece Doğu'nun şehirlerinde değil, toplumsal hayatın her alanında kendisini gösterir. Aslında onların yaptıkları, toplumsal hayatı gerçekten idare ederek, yazılı olan yasaları etkisiz hale getirmektir. Dahası, Batı'nın hukukî yapısında giderek örfi hukukun etkisi artırmaktadır. Bunun en önemli sebebi, küreselleşme adı altında gerçekleşen etkileşimlerde Doğu'nun Batı'ya yaptığı ters etkidir. Özellikle, Doğulu temsilcilerin Batı'daki sayısız diasporaları, yaşadıkları ülkelerin yasalarının hilafına kendi teamül hukuk müeyyideleriyle düzenlerini yürütmektedirler. Genç, etnik, dini vb. alt kültürler de kendi yasalarına göre hayatlarına devam etmektedirler.

Bu çalışmanın esası, “mono-hukuk” yani devlet yasaları ile kesin bir şekilde tanımlanan hukuk antropolojisi çerçevesinde örfi hukukun menşei ve işleyişi ile ilgili muhtelif konuları incelemektir. Çalışmada takip edilen bilimsel yön, prensipte herhangi bir yazı dilinin olmadığı, geleneksel toplumlar içerisinde “teamül hukukunu” incelerken ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla orada devlet olmadığına göre, hukukçular açısından hukuk da yok demektir. Toplumların düzenini sağlayan “teamül hukuku” 20.yy'ın 1930'lu yıllarında B. Malinovskiy tarafından yasa olarak kabul edilmiştir. Modern hukuk temsilcileri ise günümüze kadar onları bu şekilde değerlendirmemişlerdir. Bu eser, hukuk antropolojisinin oluşum tarihinden itibaren teamül hukukunu disiplin olarak inceleyen bir çalışmadır. Yapılan inceleme iki ana disiplin üzerinden inkişaf etmektedir ki, bunlar; hukuk ve antropolojidir. Hukukçular ve antropologlar, hukukun özü konusundaki görüşlerini uzlaştırmak üzere tasarlanan yeni bir metodoloji ve ıstılahlar üzerinden hareket etmektedirler. Hukuk antropolojisinin amacı, sosyal öz-örgütlenme aşamasında oluşturulan ve geleneksel bir toplumda içtimaî düzeni belirleyen yasal sistemleri ortaya çıkarmaktır. Burada yasal davranış normları kendiliğinden ortaya çıkarak, insanların bilincinde atalar, ruhlar, tanrılar vd. doğaüstü ve fantastik görüntülerle kendini gösterir.

rir. Bu ölçütlerin öz-denetiminin psikolojik kıstasları otoritelerden gelen sosyal denetim hakkındaki fikirlerle ikmal edilmiştir. Çalışmamızda, sosyal gelişimin çeşitli evrelerinde hukuk sitemine özgü temel normların ortaya çıkışı ve varlığının kültürlerarası ilişkilerini izah etmeye çalıştık. Bu normlar yaş, akrabalık ve iş ilişkilerini kontrol etmekte olup, bunlar olmadan toplumsal hayatın ortaya çıkması imkânsızdır. Yazılı olan yasalarla bir arada yaşayan bu normlar, toplumsal gelişimin bütün aşamalarında toplumsal hayatı düzenlemeye devam etmektedir. Bunlar daha çok Doğu memleketlerinde görülmesine rağmen, işaret edildiği gibi Batı'da da tesirini kaybetmemiştir. Çalışmada en ilginç olan özelliklerden birisi, görüleceği üzere alt kültürleri düzenleyen bu normların arkaik davranış biçimleriyle paralel bir şekilde ilerlemiş olmasıdır. Görünüşe göre bu sosyo-kültürel olguların ortaya çıkışları, öz-örgütlenme esnasında kural olarak bilinçli iradenin (devletin) hilâfına gerçekleşmektedir. Eser, okuyucunun örfi hukuka dikkatini çekmek için tasarlandığı gibi İslamiyet, Hinduizm, Ortodoksluk ve Konfüçyüsçülük gibi dinî hukukun (şer'i hukuk) temelleri hakkında da malûmat vermektedir. Bu hususta konunun uzman kişilerine atıflar yapılmıştır.

1. Bölüm

Bir Sorun Olarak Teamül Hukuku

Arkaik Cemiyette “Teamül Hukuku” (Örfi Hukuk)

“Teamül hukuku” sorunu, insanlığın ilk çağlarından itibaren mevcut olmakla birlikte, insan faaliyetlerinin çeşitli alanlarında ortaya çıkan ve yasal olmamasına rağmen, insan davranışlarını sınırlayan kurallar ve müeyyideler bütünü günümüzde “teamül hukuku” olarak adlandırılmaktadır. Geleneksel toplumları inceleyen antropologlar, “örf” veya “Örfi Hukuk”tan bahsederken, bu toplumlardaki örfi hukuku, toplumsal düzeni sağlayan temel ve yegâne mekanizmalar olarak tanımlarlar. Tanımdan anlaşılacağı üzere, yazı dilinin olmamasından ötürü, bu kanunların zaten yazılı olmaları mümkün değildir. 19. ve 20. yüzyılın başlarında sömürgecilik faaliyetlerinin başlamasıyla, “dünya çevresini” hızla keşfeden Avrupalılar bu geleneklerle karşılaşmış ve bunların şahidi olmuşlardır. Geleneksel toplumların “teamül hukuku”, “medeni” devletlerin kanunlarına nazaran toplumsal düzeni daha etkili biçimde sağlamakta, aktörler, genellikle önceden belirlenen davranış kalıplarına uymakta ve bu davranış normlarının ihlali nâdiren görülmektedir. Söz konusu bu durum, Avrupalıları şaşırtmaktadır, zira o zamana kadar kargaşa ve keyfilikle ilişkilendirdikleri “vahşilik”, bir anda farklı bir görünüm kazanmaktadır. Bunun en şaşırtıcı olan yanı, bu tür katı bir hukuk düzeninin, medeniyete has olan cezaevi, mahkeme, polis, yâni modern devletin sosyal kontrolü sağlayıcı özel kurumlar olmaksızın sağlanmış olmasıdır. Gezgin, tüccar, misyoner gibi öncülerin, hiçbir zorlama olmadan toplumsal düzene ve titizlikle düzenlenen kurallara uyan “asil vahşi”ye duydukları hayranlık buna delil sayılabilir. Buna dayanarak Aydınlanma filozoflarının, insanın ilkel dönemini insanlığın “altın çağı” olarak ilân et-

meleri, bilinen bir husustur. İlkel dönemin “altın çağ”ına ilişkin bu fikrin Marksizm’e yansıdığı da görülür. L. Morgan ve diğer antropologların çalışmalarıyla tanışan K. Marks ve F. Engels, gelecekte toplumsal ilerlemenin “yeni kavşağında” insanlığın “altın çağına” geri döneceği kanaatindedirler. İnsanlığın gelişiminin komünizm adı altındaki bu döneminde sömürüye, şiddete, en önemlisi de yönetici azınlığın (özel mülk sahipleri sınıfı) çıkarları doğrultusunda çoğunluğu sömürme aracı olan devlet ve hukuk düzenine yer olmayacaktır. Marksist teoriye göre, toplumsal gelişim tarihinin en yüksek aşamasında (komünizm) devlet ve hukukun ölümü kaçınılmazdır; çünkü hukuk, hâkim yönetici sınıfın kanun kategorisine yükseltilmiş iradesidir (F. Engels).

Ancak, geleneksel (ilkel, primitif, barbar) toplumların “te-amül hukuku” veya “örfi hukuku” bugüne kadar kesin olarak cevaplanamamış birtakım sorular içermektedir. Bunlardan ilki, sosyal kontrolü sağlayan herhangi bir zorlayıcı kurum olmaksızın, aktörleri titizlikle örfi hukuk normlarına uymaya sevk eden “şey”in ne olduğu sorusudur. Bu sorunun cevabı, yaygın olan bakış açısına (Marksist ve diğerleri tarafından desteklenen) göre, söz konusu davranışın “bilinçli ve gönüllü” olduğu yönündedir; çünkü, örfi hukuk normları bütün toplumun menfaatini yansıtmaktadır. Ancak, bunun zıt çıkarları olmayan insan gruplarının, yani karşıt sınıfların, mevcut olmadığı toplumlarda mümkün olabileceği düşünülmektedir. Suç, bu mantığa göre, toplumsal organizmanın hastalığını yansıtan sosyal bir patoloji olarak değerlendirilmektedir ki, aslında Durkheim’e ait olan bu fikir, Marksizm tarafından uyarlanmıştır. Sovyetler Birliği’nde de hâkim olan bu teze göre suç, “kapitalizm kalıntısı” olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, komünizm döneminde suçun bir sosyal olgu olarak ortadan kalkması gerektiği varsayılmıştır.

Lâkin geleneksel toplumlarda hâkim olan normlara “bilinçli ve gönüllü” olarak riayet etme hâlini psikolojik açıdan izah etmek sorun teşkil etmektedir: “Gönüllülük” hâli, “bilinçli” ol-

manın sonucu, “bilinçlilik” ise, ferdî ve grup çıkarlarının bağdaşmasını öngörür. Bu bağdaşma, çıkarların örtüştüğü anlamına gelir ve normatif davranıştaki “gönüllülüğü” belirler. Ama çağdaş tarihsel psikoloji ve psikolojik dilbilim, bu fikri desteklemektedir. Onlara göre, arkaik toplumdaki birey iç konuşmaya, dolayısıyla da iç diyaloga sahip değildir (Luria, 1974).

Diğer bir yaklaşıma göre, güçlü doğa karşısında korkuya işaret edilerek; korkunun rasyonel olmayan ideolojik görüşler ortaya çıkardığı varsayılmaktadır. Örneğin; atalar, ruhlar, totemlere inanma vs.- ki, bunlar da örfi hukuk normlarının kaynağı ve onlara uymanın teminatı sayılır, ihlâl edilmesi hâlinde ceza ihtimâl dahilindedir. Özetle, örfi hukuka riayet, doğaüstü varlıklar karşısında duyulan korku ile açıklanır. Ancak bu yaklaşım, korku duygusunun ortaya çıkma mekanizmalarını ideoloji (atalar, ruhlar hakkındaki görüşler) ve psikolojinin (korku duygusu) bağdaşımını analiz ederek açıklamayı gerekli kılmaktadır.

Etnografik verilerle, geleneksel toplum normlarının ortaya çıkması ve onlara uymanın ideolojik ve psikolojik mekanizmalarını bulmaya yönelik örfi hukuk analizinin (teamül hukuku) evrensel düzenleyici özelliklerini anlamaya yardım edeceğini düşünüyorum. Bu düşünce, söz konusu normların toplumsal evrimin herhangi bir aşamasında insan psikolojisinin rasyonel olmayan, bilinçsiz katmanlarıyla ilişkili olup, ilgili kurumların olmadığı durumlarda etkili biçimde kontrolü sağladığı hipotezine dayanmaktadır.

Sonuç olarak, geleneksel toplumun hayatını düzenleyen örfi hukuk ve çağdaş devletlerdeki “teamül hukuku” arasında bir bağ oluşmaktadır. Bu bağ kalıtsal mıdır, yoksa örfi hukuk normları çağdaş devletlerin kanunlarındaki boşluklardan mı doğmaktadır veya her ikisi de geçerli midir?

Esas metodolojik sorun; geleneksel toplumlardaki örf (örfi hukuk), “Hukuk” sayılmalı mıdır? Burada farklı bakış açılarından bahsedebiliriz. Mukayeseli hukuk okuluna göre (G. Men

ve M. M. Kovalevsky v.d.) örf, hukukun öncülü olup, zaman içinde devlet tarafından desteklenen yazılı kanuna (hukuk) dönüşmüştür. Bu yaklaşım tarzı pozitivist çağdaş hukuk ilmi tarafından da desteklenmektedir. Örf ve âdet hukukunun “Hukuk” olduğu fikri, tarihsel hukuk okulu temsilcileri tarafından dile getirilmekte (Puchta, Savinyi), daha açık bir şekilde işlevselciler tarafından (B. Malinovsky) anlatılmaktadır. Bu fikir günümüz antropologları tarafından desteklenmektedir. Geleneksel toplumlar nezdinde bu sorun sadece teorik anlam taşıırken, çağdaşlar için sorunun çözümü yönetimlerin yasal ve adli uygulamalar alanındaki seçimleriyle ilişkili olmasıdır.

“Periferi” Devletleri’nde Teamül Hukuku Yasal Nihilizm ve Doğ u

Örfi hukukun düzenleyici özelliğinin yaygın olduğu alanlar, geleneksel toplumla sınırlı olmamakla beraber, yine de Batı medeniyetine dahil olmayan Doğ u birçok devlette ağırlığını korumaktadır. Tarihteki gelişmeler ışığında, birçok çağdaş Doğ u ülkesinin sosyo-ekonomik geriliğ i aşma umuduyla Batılı hukuk modellerini ödünç aldığı bilinmekte ve bunu, hukukun sosyo-ekonomik alandaki dönüşümlerin temel aracı olduğunu ileri süren klasik Batı teorileri de ortaya koymaktadır. Ancak, Batılı hukuk sistemleri, enformel kuralların (teamül hukuku) hâkim olduğu Doğ u toplumlarında mekanik bir şekilde uygulanmakta; Batı’dan alınan yasalarının öznesi, devletin siyasi seçkinlerinin kendileri olmakta, fakat Asya, Afrika ve Latin Amerika ülkelerinde günlük siyasî ve hukukî uygulamalar, yürürlükte olan Batı menş eli resmi hukuku reddetmektedir (Boçarov, 2011b: 214-222). Her şeye rağmen bu devletler yine de Batılı hukuk sistemine bağlı kalmaya devam etmektedirler. Bunun birçok sebebi vardır. Her şeyden önce bu hukuk modeli onu kabûl eden ülkeye “uygar” olma statüsü kazandırmaktadır ki, bu olmadan Batı’daki uluslararası sermaye şirketlerine erişim imkânsızdır. Dahası, iş

Batı'nın iktisadî ve siyâsî baskısıyla sınırlı kalmamaktadır. Zira, son yıllarda yaşananlara gözönüne getirildiğinde, “uygarlık standartlarından uzaklaşma” adına doğrudan zorlayıcı, hâtta şiddet içeren yaptırımlara kadar varabilmektedir. Bu konuda Yugoslavya ve Irak gibi ülkeler buna en iyi örneklerdir.

Büyük ihtimalle Batı temsilcilerinin kendileri, hukukun üstünlüğüne ve onun toplumsal gerçekleri istenilen yönde dönüştürebilme gücüne, içten içe inanmaya devam etmektedirler. En azından, sosyolojik açıdan mülâkat olarak değerlendirilebilecek görüşmelerde, resmi olmayanlar dahil, ifade edilen fikirler bunu ortaya koymaktadır. Örneğin; 1990'larda Başbakan yardımcısı olan Boris Nemtsov, bir televizyon programında, Rusya ve ABD hükümet yetkililerinin Washington'daki müzakereleri esnasında Rusya'daki yolsuzlukları ele alan enformel bir görüşmede, ABD hükümetinin ekonomik temsilcilerinden, daha sonra ülkenin savunma bakanı olan D. Rumsfeld'in, Rusların bu sorunu neden çözemediklerine çok şaşırdığını ve yolsuzluk sorununu gerekli kanunlar çıkararak kolayca çözebileceklerini dile getirdiğini anlatmıştı. Nemtsov'un aktardığına göre, Rumsfeld'in tavsiyeleri orada bulunan Rus bürokratlar arasında “manidar gülüşmelere” sebep olmuştu. Özetle, Doğu'da resmi hukuk ihmal edilirken, örfî hukuk ve gelenek, sosyal ve siyâsî uygulamalarda belirleyici olmaktadır.

1. Yasal Nihilizminin Kaynağı: Hukuk ve Toplum “Kötü Kanunlar”, Hukuk Fetişizmi, İtibar Etiği

Doğu'da, “yasal nihilizmin” yaygınlığı üzerine çeşitli değerlendirmeler mevcuttur. Bunlardan biri, sosyal tarih dinamiğini toplum paradigmasına temellendiren anlayıştır. Bu anlayışa göre toplum, gelişim evresinde kendi özelliklerini (etnik, kültürel) kaybederken, insan davranışlarını belirleyen sınırlar da evrensel türde yazılı kanun şeklini alır. Bu durumda, geçmişin “zararlı kalıntıları” olarak değerlendirilen örfler (örfî hukuk), yerini Do-

ğ’da hayatı dönüştüreceği varsayılan “uygar” devletlerin yazılı kanunlarına bırakır. Bu bilindiği gibi gerçekleşmediğinden, devşirme türü hukuk sistemi işlemez hale gelir. Bunun üzerine Doğu devletlerinde (örneğin Peru’nun Lima şehri gibi) kayıt dışı ekonomi üzerine araştırma yapan Soto (1995), sistemin çalışmamasını ve kayıtdışı ekonominin yaygınlaşmasını, devletin icraya koyduğu “kötü kanunlarla” izah eder.

Soto, bu çalışmaya katılan diğer araştırmacılarla birlikte giriştiği bir dizi sosyal deneyi, antropolojik yöntemlerden yararlanarak gerçekleştirmiştir. Örneğin, arsa alım satım işlemlerinden, şirket kayıt işlemleri yapılırken sadece legal yollara başvurur. Yapılan deneyler sonucu, meşru ticaretle uğraşmak isteyen kişilerin ödemeleri gereken maliyet, yani “yasallığın bedeli” belirlenir. Bu aşamada hem zaman açısından (bürokratik engellerin aşılması), hem de maddi açıdan (rüşvet) maliyetin çok yüksek olduğu anlaşılmıştır. Bu sistem, yüksek geliri olmayan kişilerin legal ticarete katılımını engellerken, doğal olarak ayrıcalık ve yolsuzluğa geniş bir alan açılmış olur Soto (1995: 178). Dolayısıyla yasallığın bedeli, “insanların yasadışı yollara başvurmaya hazır olmaları, mantıkî bir değerlendirmenin sonucudur.

Soto, yasal ticarete olduğu gibi, yasadışı ticarete de “hukukun gücünün” değil, “gücün hukukunun” (örfi hukuk) geçerli olduğunu ortaya koyar. Yazar, “gölgede” yaşayan ve yasal dünyadan çok daha etkili, kendine özgü sendika, yargı ve hukuk normlarına sahip paralel bir başka (gerçek) dünyaya vurgu yapar. Öyle ki, devlet memurlarına rüşvet vermek bile belli prosedür gerektiren ve bütün üyeler tarafından onaylanan istikrarlı bir düzene dönüşmüştür. Dolayısıyla, Soto ve taraftarları “kötü kanunların” ticaretin aktifleşmesi önünde büyük engel teşkil ederek, insanları yasadışı faaliyetlere, yani kaçakçılığa ittiğini iddia ederler. Bu durumda, kaçakçılığı önlemek için öncelikle bürokratik engeller ortadan kaldırılmalı, ekonomide aşamalı liberalleşme uygulanmalıdır (şirket kayıt işlemlerinde kolaylık, düşük vergiler, sıkı

denetimin kaldırılması). Soto ve arkadaşları tarafından teklif edilen bu yaklaşım tarzı, yasadışı ticareti toplumsal gelişmenin belirli evrensel yasalarının tezahürü olarak görürler. Yazar, yasadışı ekonomiyi çağdaş dünya ekonomisinin merkezi dışında gelişen bir tür kapitalist girişimcilik olarak tanımlar. Soto için bu tür yasadışı teşebbüsler, siyâsî ayrıcalıklar peşinde olmaksızın, şahsî hırs ve arzuyla, rekabet sayesinde başarıya ulaşabilecek gerçek “kapitalist ruha” sahip kimselerdir.

Yazara göre, kanunların “iyi” olması ancak demokratik şartlarda kabul edildiklerinde mümkündür. Ne yazık ki kanunlar, rekabet eden ve devlet bürokrasisi ile sıkı ilişki içinde olan girişimci grupların çıkarlarına göre uyarlanmaktadır. Bu sebeple istikrarsız ve öngörülemezler, çünkü “pay kapma mücadelesi” kazananların emrindedir (Soto, 1995: 245, 247). Yasama gücünün ahlâksızlığı, Doğu’da devletin oynadığı rolle ilgili bir durumdur: “Neden Peru’da kötü kanunlar hâkimdir? Çünkü devlet, servet ve geliri arttırmak yerine, var olanı pay etmekle meşgûldür. Durum böyle iken, ülkenin aydınları ve girişimcilerinin enerjileri ilerlemeye değil, çıkar kavgasına harcanmaktadır. Sonuç, yasalar birilerine ayrıcalık sunarken, diğerleri bundan yoksun olmakla, kanun karşısında insanların düştükleri eşitsizliktir. Gelişim, doğal olarak mevcut yasal kurumların her vatandaş için ulaşılabilir olmasıyla mümkündür (Soto, 1995: 233). Bu nedenle iktibas edilen Batı kökenli yasalar bir şey kazandırmamakta, sıradan vatandaşlar bu yasalara dayanarak birikimlerini sermayeye çevirebilme imkânına sahip olamamaktadırlar (Soto, 2001: 24). Yasalar, hayatın akışı içinde ortaya çıkmalıdır. “İyi kanunların” olmaması, bürokrasinin çıkarıcı tutumundan kaynaklanmaktadır (Soto, 1995: 178-189).

Bu yaklaşım biçimini “hukuk fetişizmi” olarak tanımlamak mümkündür. Soto, yasal nihilizmin kaynağını “kötü” yasalarda görmekte, bu yüzden insanlar “kanunları uyarak değil, bozarak daha iyi yaşadıklarını” ileri sürmektedirler. Yazar, bu tip yasalar;

özel mülkiyet hakkı, sözleşmelerin uygulanması ve yasal sistemin öngördüğü unsurları sağlamadığı için, insanların kanunlara uymamanın daha kazançlı olduğu “görünmez bir dünyaya” itildiğini ileri sürer.

Bu durum, bir yandan aktörlerin iktisadî çıkarlarını savunurken, diğer yandan gölge hukuk sisteminin “görünmez dünya”-sını oluşturan örfi hukukun kültür çerçevesinde hareket ettiğini gösterir. Bunun temelinde yatan şey, “itibar”dır. İyi bir “itibar” kolay yoldan yasadışı kredi imkânları sunarak, ekonomik faaliyetin büyümesini, yasadışı sözleşme şartlarının yerine getirilmesini garanti altına alır. Sözleşme şartlarının yerine getirilmemesi itibarı zedeler: “Ortaklardan biri, diğerini cezalandırmak için onun güvenilmez olduğunu üçüncü tarafları haberdar ederek itibarsızlaştırabilir. İlk adımda yasadışı kişi/lerin masrafları büyüttür; çünkü itibar sahibi olmamak, onların tekliflerini daha az çekici kılacağından, faiz ve komisyon bedelleri yüksek olacaktır” (Soto, 1995: 130-135). İtibarı sağlayan şey, geleneksel kültürdür ve örfi hukuk bu kültürün esasını oluşturur. İş ortaklarının sahtekârlığının kurbanı olan “gölgede kalanlar”; grup baskısının, suçluyu verdiği zararı telafi etmeye zorlayacağı umuduyla, ortakların aile, akraba ve arkadaş çevresine başvururlar. Zira, toplum veya akraba grupları her zaman üyelerini yükümlülükleri yerine getirmeye zorlayabileceğinden örfi hukuka başvururlar. Bu noktada Soto’nun, bu durumun etkili mahkeme olmayışından kaynaklandığı fikri tartışmalı olup, mevcut pek çok veri bunu desteklemektedir. Geleneksel kültür taşıyıcıları her yerde sorunu “güzellikle” (!) çözmeye çalışarak, resmi (devlet) mahkemelere başvurmaktan kaçınırlar. Açık yüzleşme, karşı karşıya gelme, kavgaya vs. gibi davranışlardan sakınmak, geleneksel kültürün özelliğidir. Örneğin iktisadî alanda “ticarî faaliyetleri düzenleyen ve koruyan güçlü sistem” olarak ortaya çıkan “itibar etiği”, Hindistan’a ilişkin verilerde kendini gösterir. “İtibar etiği”nin temelinde “istikrarlı, nesilden nesile veya usta-çırak ilişkisiyle

intikal eden, iktisat dışı yüksek engellere sahip iş ilişkilerini” teminat altına alan sözlü mukavelelerden oluşur (Harris White, 1999:443). İtibar kaybı, bu ilişki ağından kopmaya yol açar. Yazar, 1970’lerden sonra (yüz yüze anlaşmalar olmaksızın) büyük mesafelere yayılan karmaşık yasadışı ticaretin gelişmesi sebebiyle, ağların doğasında gerçekleşen değişimlerden bahsetmektedir. Eskiden itibar belirli bir aile, kast veya topluma göre belirlenirken, günümüzde bu, güven ve verimlilikle şekillenmiştir. Bu düzen “rekabeti engelleyip, riskleri azaltmış olduğundan, istikrar sağlamaktadır. Kredi alma süresi ve şartlar da çoğunlukla itibara bağlı olarak nesilden nesile intikal eder: “İnsanlar itibarlarını sonradan çocukları ve ailelerini kötü etkileyecek duruma düşmektense, kendileri için şartları zor olan kredileri tercih ederler” (Harris – White, 1999: 444”).

Verilere bakıldığında, yeni şartların baskısıyla geleneksel değerlerde bazı düzenlemelere gidildiği görülür. Yeni normlar, geleneksel şartlara tâbi olmakta; bir grubun değerleri arasına eklenmekte ve üyeler tarafından miras olarak devralınmaktadır. Böylece, üyeler arasındaki karşılıklı katı yükümlülükler dayanan geleneksel yapı, kendine özgü davranış modelleri üretmeye devam eder: “Detaylı incelemeler birçok kuruluşun kast çıkarlarını gözeten ve akrabalık esasına göre şekillenen sıkı ilişki ağları olduğunu ve akrabalık kurumunun yeni iktisadî roller üstlendiğini gösterir” (Harris, White, 1999: 445)

2. Yasal Nihilizm ve Kültür

Doğu ülkelerindeki yasal nihilizm çelişkisi, ödünç alınan hukuk sistemleri ve mevzuatıyla, yerel örfi hukuk kültürünün örtüşmemesiyle sonuçlanır. Dış cephe Avrupaî tarzda olmakla birlikte, içeride gizlenmiş yerel kültüre özgü geleneksel hukuk pratikleri hüküm sürer. Mukayeseli hukuk uzmanlarından R. David’in (2003) belirttiğine göre; “Bu ülkeler geleneksel görüşleri reddederek, hukuka dayalı ilişkiler kurma ve Roma–Germen

hukuk ailesine katılma çabasında gibi (!) gözükmektedirler. Ancak, geçmişte olduğu gibi, günümüzde de yapılan değişiklikler, geleneğin terk edilmesinden “uzaktır”. Dolayısıyla, ödünç alınan bu hukuk yapısı ve kurumlar “işlememekte” hayat, yerel kültür değerlerine bağlı “teamül hukuku” tarafından düzenlenmektedir.

Bu durumda şöyle bir soru ortaya çıkmaktadır: Neden dünya periferi ülkelerinin tamamı, neredeyse bütün devletin temelini oluşturan Batılı hukuka yabancı kalmaktadır? Bunun en önemli sebebi, henüz dün başlamamış olan ve halen devam etmekte olan küreselleşmedir ve etkisi son yıllarda bilim, teknoloji ve iletişim araçlarının hızlı gelişimiyle artmaktadır. Küreselleşmenin anlamı, farklı etnik ve milli kültürlerin etkileşimi ve bu etkileşim sayesinde birbirine yaklaşması olmakla birlikte, bu etkileşimin gelişmişlik seviyesine bağlı olarak hiçbir zaman eşit olmamasıdır. Bunun nedeni, küresel evrim aşamasının eşzamansızlığıdır. Batı, kendi kültürünü her zaman “aydınlanma” bayrağı altında ve kaynakları ele geçirme gibi çıkar amaçları uğruna kullanmıştır. Olayların bu şekilde gelişmesi, 19. yüzyıl ortalarında Batı Avrupa ülkelerinin iktisat, bilim ve teknolojik alanda güçlü potansiyele sahip olması ve dünya kaynaklarını ele geçirmeleriyle mümkün olmuştur. Elbette askeri müdahalelerin katkısı da buna dâhildir. Avrupa kültürünün yayılması sömürgecilik faaliyetleri ile gerçekleştiğinden, doğal olarak Avrupalılar bu dönemde hukuka dair görüşlerini yerli halklara dayatmaya çalışmışlardır. Aşağı yukarı periferi ülke (Rusya, Japonya) seçkinlerinin Batılı hukuk modellerini gönüllü olarak kabul etmeleri de bu döneme rastlar. Batının sosyal ve ekonomik üstünlüğü, “uygar toplum” ve onun kültürel değerler sistemine dayanan küresel ideal veya toplumsal ilerleme standardı gibi ölçütlerin oluşumunu belirlemiş, bu ölçüt periferideki seçkinlerde “Batıya yetişme” amacını şekillendirirken, ona ait değerlerin ödünç alınmasını da çekici hâle getirmiştir. Hukuk, ödünç alınan değerler arasında ilk sıradadır. Ne var ki, bu durumda bir taraftan ödünç alınan Batılı model

çalışmazken, diğer taraftan hukuk, rasyonel üstü bir anlamlar taşımakla, başka bir ifadeyle Batı kültürüne hâkim Doğu seçkinleri arasında hukuk fetişizmine yol açmıştır. Bu seçkinler için “gelişmiş” yasaların kabûlü, özellikle sosyal ve iktisadî yönden Batı standartlarına hemen ulaşabileceklerine olan inançtır.

3. Batı Hukuku Doğuda Neden İşe Yaramıyor?

İktibas edilen hukuk formları farklı toplumsal içerikte, yâni Batıda şekillendiğinden “periferi” sistemlere yabancıdır. Batılı hukuk, Batılı olmayan toplumsal örgütlenmelere yabancı olup, toplumsal bireycilik üzerine kurulmuştur. Batıda birey ve bireysel haklar, periferide ise kolektif haklar caridir. Dolayısıyla Batı toplumuna özgü rekabete dayalı davranış biçimleri ister bireysel, ister ideolojik, isterse siyâsî partiler açısından olsun Doğuda kanun dışı ve aykırı sayılır. Doğu için ideal olan, uyumu sağlayan dayanışma ve birliktir.

Böylece, rekabet eden taraflar arasında hakem konumunda, yasalara uygun davranan mahkemelerin burada algılanması kolay olmamakla, insanlar tarafından sıkıcı bir gereklilik olarak görülür. Burada artık “Yaptırımların uygulanmasını öngören mahkeme kararları normal sayılmadığından, suç; resmi yetkililerin müdahalesini gerektirmez, sorunları çözmek uzlaşma sağlayıcı prosedürlerle (örfi hukukun gerektirdiği kurallar) tarafların rızasıyla halledilir (David, 2003).

Bireyciliği reddeden büyük Doğulu düşünürler, ödünç alınan hukuk sistemlerini meşruiyetten mahrum bırakırlar. Örneğin, Konfüçyüs geleneğinin hakim olduğu Çin, Kore, Singapur, Tayvan ve Japonya gibi devletlerin siyâsî ve yasal icraatlarında bunu görmek mümkündür. S. Huntington’a göre, “Konfüçyüsçü gelenek, özerk toplumsal kurumları, devlet nezdinde yasadışı duruma düşürmüştür” (Huntington, 1991: 24).

Fukuyama’nın, Konfüçyüsçü düşüncenin hâkim olduğu ülke halklarının hukuk bilinci üzerindeki etkisini açıklayan ar-

gümanına göre, buralarda toplumsal ilişkilerin üzerinde insan bilincinin sınırını aşan başka bir kanun yoktur. Bu tür kanunların hâkim olduğu durumlarda “aktörün yüksek yargıç olarak gördüğü kendi vicdanına” başvurması mümkündür. Ona göre, Hıristiyanlıkta yüce yargıç, gerçeğin ve hukukun kaynağı olan Tanrıdır. Birey buna güvenip aileden başlayarak, devlet nezdinde her türlü sosyal sorumluluğu ihmal edebilir. Fukuyama’ya göre, Hıristiyanlık ve çağdaş liberal ideoloji arasında varolan sıkı ilişkide liberalizm; Hıristiyanlıktaki evrensel Tanrı düşüncesi yerine, adaletin evrensel temeli olan insanın doğasını ikame etmiştir. Liberal haklar herkes içindir, tıpkı Hıristiyanlığın Tanrı yasasında olduğu gibi... Bu sebeple inançsız Avrupalılar bile, Hıristiyan kültürünün evrensel haklara olan takıntıları üzerinde hemfikir olup, bireysel bilincin yüce yargıç ve yüksek kurum olduğuna inanırlar (Fukuyama, 1995). Konfüçyüs kültürünün taşıyıcılarının bireysel davranışın kontrol mekanizması olan vicdandan mahrum olmasını “devleti umumî tuvaletlerde sifonu çekmeme veya duvarlara yazı yazma” gibi durumlarda sorumluluğa dair yasaları kabûl etmeye mecbur bıraktığını ileri sürer (Fukuyama, 1995).

Fukuyama’nın düşüncelerinin rasyonelliğe dayandığı kesindir. Ancak bu durumda yazar dinin, hukuk kültürü üzerindeki etkisi konusunda mübalağa etmektedir. Örneğin Hıristiyan Rusya’ya ait veriler, İhtilal (1917) öncesi dönemde köylülerin resmi mahkemelere sıcak bakmadıkları, hâтта tiksindiklerini, fakat çözülmesi gereken meseleleri kendi içlerinde uzlaşma yoluyla çözmeyi tercih ettiklerini ortaya koymaktadır. Günümüz Rusyasında da benzer durum sergilenmekte, kamuoyu nezdinde sorunları mahkeme aracılığıyla çözmeye çalışanlara; kavgacı, hırçın, geçimsiz gibi olumsuz anlamlar yüklenmektedir. Dolayısıyla hukuk bilincini tanımlayan ideologlar, ilk önce farklı ideolojilerin nedenini sorgulamalı, ikinci olarak özdeş ideolojik görüşlerin taşıyıcıların farklı hukuk anlayışına sahip olduklarını dikkate

almalıdır. Batılı olmayan bir devlette ekonomi ve teknolojinin yüksek gelişme seviyesine erişmesi, vatandaşların Avrupa hukuk modelini kabul edeceği anlamına gelmez (Bu gelişim, siyasal-yasal alanda demokratik özgürlüğün hüküm sürmesi arasındaki ilişkide, insanî gelişiminin liberal yorumunda görülür). Örneğin R. David, Japon hukuk kültürünü açıklarken; “demokratik kurumların işlemediğini, Japonların toplumsal meselelere karışmak istemediklerini ve dünya güçleri tarafından yönetilmeyi tercih ettiklerini belirtirken, aynı zamanda onların kendi kaderlerinin sahibi olduklarının farkında olmadıklarını da ekler. Ancak Japonlar, hukuku yine de bir yaptırım aparatı olarak görmeye devam ederler. Hukuk fikri, onların bilincinde ceza ve cezaevi ile somutlaşmıştır. Hukuk, nefret edilecek bir şeydir ve dürüst insanlar ondan uzak durmak zorundadır. Herhangi bir sebeple mahkemeye çağrılmak, utanç vericidir. Utanç korkusu, Japonların davranışlarını belirleyen en önemli unsurdur.

Hukuk normlarının soyut karakteri ve mantığı hâlâ anlaşıl-maktan uzaktır. Büyük şirketler hariç (V. Boçarov.), hiç kimse kendi hakları için mahkemeye başvurmaz; kaza mağduru, başına geleni kabûllenip hakkını savunmak için mahkemeye gitmez, suçlunun teklif ettiği küçük bir tazminat yahut özür beyanını memnuniyetle karşılanır. Devletin yasal ilân ettiği mahkeme başvurusu, Japonya’da gasptan farksızdır. Onlara göre mahkemeye başvurmak kınanacak bir davranıştır. Buna karar vermeden evvel sorunun çözülmesi için aracı bulunur. En iyi çözüm, her iki tarafı da memnun edecek olan mahkemenin vereceği karar değil, davadan vazgeçmek ve sorunu uzlaşmayla halletmektir. (David, 2003).

David, Japonya’nın “dış meşrutiyet” olarak adlandırdığı siyasal hukuk rejiminde, aynı zamanda polisin “bir suç işlendiğinde her zaman ve her türlü suçluyu bulacağı” keyfi tavrını da dile getirir. Anayasal kontrolü sağlayan yüksek mahkeme, “sınırlı deneyecek kadar dikkatli” çalışmaktadır. (David, 2003).

Yazar, Avrupa hukuk modelinin Japonya'daki geleceği hakkındaki yorumu ise oldukça dikkâtlidir. Durumun bu hale gelmesini “ülkenin değerleriyle hiç alâkası olmayan” yapay ithal hukukla ilişkilendirerek; “Demokratik fikir ve dış dünya ile ilişkilerin ilerlemesi sonucu Japonya adaletin temel şartının hukukun üstünlüğü olduğu gerçeğini anlayacaktır fakat, bu sadece bir hipotezden ibaret” olduğunu bildirir (David, 2003).

Resmi kanunların “uyuduğu” şartlarda, her zaman, “örfi hukuk normları” işler. Tekrar Japonya'daki bir örnekten bahsedeyim. Japon örfi hukukunda babanın ölümünden sonra mirasın büyük kısmı büyük oğula geçer. Ancak, hukukun Avrupa-lılaştırılması yoluna girişen devlet, söz konusu normu değiştirme kararı alarak 1948 yılında çıkarılan yeni bir kanuna göre; büyük erkek çocuk önceki imtiyazını kaybetmiş olmasına rağmen, hayatta değişen bir şey olmamıştır. Miras üzerine büyük sorun yaşansa bile, mesele araçlar vasıtasıyla çözülmekte, mahkemeye çok nadir intikal etmektedir.

4. “Gölge” Uygulamalar ve Aktörlerin Hukuk Bilinci

Doğu bilimciler, ilgi alanına aldıkları toplumun hukuk normlarını öğrenerek, toplumun işleyişini anlayabilecekleri yanılsamasından çoktan kurtulmuşlardır. Örneğin eskiden “Üçüncü Dünya” ülkelerini inceleyen ilim adamları, ilgilendikleri ülkenin sosyal, ekonomik veya siyasi yönlerini analiz ederken ilk önce resmi norm ve hukuk belgelerine başvururlardı. Yapılan tahliller sonucu devlet, “kapitalist” ya da “sosyalist” ülkeler olarak tasnif edilir, SSCB’de buna göre siyasi ve ekonomik destek vererek politikalarını düzenlerdi. Daha sonra anlaşıldı ki, farklı olduğu düşünülen ve resmî ideolojiyle, siyaset ve hukuk temelinde hakikaten ciddi farklara sahip devletlerde işler aslında benzer şekilde yürümektedir.

Bugün bilim adamlarının dikkati, bu devletlerin farklı alanlarındaki “gölge” veya yasadışı yapılanmaları üzerine çevrilmiş du-

rumdadır. Nitekim yapılan gözlemlerde, “yazılı hukuka” sadece halkın çoğunluğu değil, içinde yasadışı, “gölge” yapılanmaların olduğu siyasi seçkinlerin de uymadıkları görülmüştür (Boşarov, 1992). Teamül hukukuyla düzenlenen enformel uygulamalar iktisat alanında genişçe yer verilmiştir. Örneğin araştırmacıların 1976 yılına ait verdikleri bilgilere göre; Hindistan’da ürünlerin sadece %10-20 kamu sektöründe üretilmektedir. Enformel ekonomi oranı diğer Doğu ülkelerinde de oldukça yüksektir (Boşarov, 2011b: 185-205). Resmi verilerden (maaş, ürün fiyatları vs.) çıkan sonuçlara göre, halkın ekonomik durumu hayatta kalamayacak kadar kötüdür. Ancak, buna rağmen çoğunluk hayatta kalabilmekte, hatta bazıları durumlarını daha da iyileşebilmektedir (Hart, 1973: 61-68). Bu şunu gösteriyor ki; “Bu ülkelerde yasadışı girişimcilik gelişmekte; firmalar kayıt dışı çalışırken ürünler iç pazara girmeden, fiyatların yüksek olduğu dışarıya gönderilmektedir. Yani, bu faaliyetler gözden kaçıyor, sayılmıyor; dolayısıyla yasadışı durum caridir (Allen, 1994: 429).

Bilim adamlarının vardığı sonuca göre, Doğu ülkelerinin ekonomi modeli, kapitalizmin doğduğu döneme ait Avrupa modeli ile uyuşmamakta ve Avrupa tarihinde benzeri olmayan yeni bir olguyu temsil etmektedir. Yerel kapitalizmin “ruhu”, “Protestan Ahlâkından” uzaktır. Araştırmacılar bu durumu şöyle izah etmektedirler: “İş ortamının istikrarlı ve güvenilir değildir. Herkes iş etiğinin eksikliği, güvenilir kişilerin az olması, şartların yerine getirilmediği anlaşma fiyatlarından şikâyetçidir. Yönetimdeki gevşeklik, ağır vergiler ve akıl almaz kararlardan kaçınmaya yol açmaktadır. Bu durum aynı zamanda, kanun ve sözleşmeleri yerine getirmeye mecbur etmenin imkânsız olduğu anlamına gelmektedir. Hâkim ve polis rüşvetçinin baskısı ya da siyasi baskı altında ne özel mülkiyet haklarını ne de sözleşmelerin etkili biçimde savunulması mümkün kılmaktadır (Bret’e (1993) atıf, Allen, 1999: 432). Uluslararası kurumların söz konusu devletlerin iktisadî durumunu geliştirmeye yönelik verdikleri bütün teklif

ve tavsiyeler genel olarak başarısızlığa uğraması şaşırtıcı değildir. İlim adamları “enformel” ekonomiyi yıllarca gözlemleyerek, bu olgunun oldukça istikrarlı olduğunu ve kolayca değişmediği sonucuna varmışlardır. Onlara göre bu tür bir ekonomik modelin Afrika ve diğer Üçüncü Dünya ülkelerindeki geleceği belirsizdir. Bazı ülkelerde bu gidişatı değiştirip, ekonomiyi “şeffaflaştırma” çabaları başarısızlıkla sonuçlanmaktadır (Hart’ı (1973) alıntılan Allen, 1999: 433).

Söz konusu ülkelerde devam etmekte olan bu gelişmeler, tarihte bilinen düzen çerçevelerine uymamaktadır. M. Weber, Avrupa’da kapitalizmin gelişme örneğinde ahlâk ve hukukî unsurların tahliline büyük önem atfeder. Geçici ekonomilerin “ahlâkî” yönlerinin incelenmesi de önemlidir. Gerçi burada esas mesele kavramsal bir araştırma şemasının seçilmesidir. Batı tecrübesini standart kabul ederek, biz bazen bütün devlet yapılarının “kriminal” olduğu kararına varırız ki, bu da bize bir şey kazandırmaz. Bu zaten Batılı bilim adamlarının çalışmalarında sıkça rastlanan bir durumdur (Allen, 1999: 433). Bunlar; çok sayıda dolandırıcılık, vergi kaçakçılığı, kamu malı üzerindeki hakları ele geçirme ve yasadışı özelleştirmeye destek veren devlet memurları arasındaki rüşvet, hırsızlık, evrakta sahtecilik, sahte etiket ve ticari markaların kullanımı vs. gibi yasadışılığın delili olarak sunulmaktadır (Harris – White, 1999: 437-464).

Durumu farklı açılardan yorumlayan araştırmacılara göre bu ekonomik model, söz konusu ülkeler için hayatta kalma ve gelişmenin en etkili stratejisi olmakla, resmî norm ve yasal düzenlemelere uyma onları yıkıma götürür. Pakistan’dan ilginç bir örneği anlatmak burada yerinde olacaktır: örnek, Karaçi çevresindeki yasadışı işgal edilmiş arazilerle ilgilidir. Resmî kurumlar gereken ödemeleri alabilmek için yasadışı yerleşim yerlerinde işgalci konumda olan kişilerle “mücadele” ederler. Her şey kanuna göre yapıldığı takdirde, arsanın değeri de yükselecektir. Bunu önlemek için ödemeler, devlete değil, belirli memurlara yapı-

arak bu spekülasyon önlenmiş olur. Anlaşılabacağı üzere “gölge hükümet” Karaçi’nin gerçek sahibidir. Yazar, Pakistan gibi kapalı bir devleti araştırmanın çok zor olduğunu ve sektörde oluşan ilişkileri, rüşvetçi memurlar, patronların çoğunlukla kölesi durumunda olan yoksullara ucuz konut sağlamıştır diye belirtirler. Ayrıca, “... arsayı satanlarla, yerleşimcilerin özel mülkiyet hakları yasallaşmış olsa” bile, bunun gerçekleşmesini düşünmenin bile mümkün olamayacağını belirtir (Harris – White, 1999: 449). “Üçüncü Dünya” kategorisindeki ülkelerde yapılan bu tür araştırmaların ortaya koyduğu sonuçlara göre oluşan şartlar, o ülkeler için Avrupalıların algıladığı gibi bir sosyal patoloji teşkil etmez. Aktörlerin kendileri yapılanları meşru ve yasal bulmaktadırlar. Dolayısıyla, tekrar ortaya çıkan “teamül hukuku” yasadır, çünkü zorlama ile desteklenmektedir. Bu zorlama, devletin sosyal denetim mekanizmaları tarafından değil, enformel yapılar tarafından icra edilmektedir. Bunlar, özel korumalar tarafından yerine getirilen, ödeme veya borçların tahsilatıyla ilgilidir. Benzer “güç yapıları” yatırımlarının geri dönüşünü sağlamak amacıyla yasadışı ekonominin sabitleri olan siyâsî patronlar tarafından oluşturulurken, toplumsal örgütler de bu ekonominin içinde yer alırlar. Örneğin sendikal faaliyetler “bütün üyelerin çıkarı için toplu rüşvet organize etme” gibi çok ilginç bir işlev üstlenir (Harris – White, 1999: 443 – 445).

5. Metodoloji ve Gerçeklerin Çatışması

Kanun nezdinde yasadışı olan faaliyetlerle ilgili sonuçlar, geleneğe yâni örfî hukuka uygunsa, aktörlerin söz konusu faaliyetleri yasal kabul ettiklerine dair dikkat çekici bir detay ortaya çıkmaktadır. Organize suç şeklindeki “kargaşalar” bunları düzenleyenlerle, katılanlara pazardaki davranışları belirleyen normlar, aile büyüklerinden oluşan küçük grup için çıkar ve bağlılığı öngördüğü durumda meşru kabul görür (Harris – White, 1999: 445 – 446). “Devletin kriminalleşmesinden” bah-

sedilirken, “teamül hukukunun” bütün toplum tarafından kabûl görmesi anlaşılmakla, “Devletin illegal yapılarına ait normlar, toplum normlarına dönülebilmektedir”. Yazar, bu tezini; “Tanırım, bizleri adaletten halas et” veya “dürüst insan, yaşamayı bilmeyen insandır” gibi kayda aldığı çağdaş folklor örneklerine başvurarak teyid eder (Harris – White, 1999: 455). Bu arada, daha 19. yüzyıl Rusyasında “çalmayan aptaldır”, yahut Sovyet zamanlarında çoğumuzun hâlâ hatırlayacağı gibi; “fabrikadan her tür çivi yi alabilirsin, buranın sahibi sensin, misafiri değil” ifadeleri kullanımda idi. Rusya, bu anlamda, her zaman “kriminal devlet” statüsünde olmuştur (Boçarov, 2004: 173 – 199).

Bu konuda yapılan araştırmalarda en önemli problem, araştırma yönteminin içinde barındırdığı sorunlar içinde araştırılan toplumun gayrimeşru görülmesi araştırmayı zorlaştırmasıdır. Zira, sosyal uygulamalar ve etkileşim etiği, toplum üyeleri tarafından onaylanmakta ve bir topluma ait olma, üyelerin varlığının teminatı olarak görülmektedir. Uygar devletlerin sosyal patoloji olarak saydıkları şeyler, aktörler için norm kabul edilmektedir. Bu tür düzene dayalı sistemlerde ekonominin büyüdüğü, insanların, yoksullar dâhil hayat şartlarının iyileştiği dikkate alındığında, söz konusu olgunun “kriminal” kategoriye sokmadan açıklayacak yeni bir teorik yaklaşıma ihtiyaç olduğu ortadadır.

Bunun için ilk önce, araştırma odağına olan yaklaşım gözden geçirilmelidir. Bu sistemlerde her alanda işleyen ve var olabildikleri gerçekliği yansıtan enformel pratikler resmen tanınmalıdır. “Teamül hukukuyla” yönlendirilen sosyal vektörler, çoğunluğun yararına yönelik olduğundan, bu hukuk toplum üyeleri tarafından meşru kabul edilmekle, onların ahlâk, adalet ve dürüstlük anlayışını yansıtmaması, devletin resmi hukukunda olanlardan farklıdır. Dolayısıyla, söz konusu “kanunlar” yaptırım gücünü “illegal” yapılarla, kamuoyundan alan hukuk olarak sınıflandırılmalıdır.

Rusya’da “Teamül Hukuku”

Rus hukuk kültüründe “teamül hukuku” her zaman büyük önem arz etmiştir. Rusya’da Batı kökenli hukukun ödünç alınması Büyük Petro dönemi, 17. yüzyıl sonu ve 18. yüzyıl başlarına rastlar. Halk yeni kabûl edilen kanunlara rağmen, ona yabancı olduğundan, eskisi gibi yaşamaya devam etmiştir. Nihayet, 19. yüzyıl ortalarında reformlar esnasında köylülerin günlük hayatlarını örfi hukuka göre düzenlemelerine izin verilmesiyle, ülke nüfusunun büyük çoğunluğu “resmi devlet hukukunun yargı yetkisinden çıkarılarak, örfi hukukun yetki alanına bırakılmıştır” (Şanin, 2003).

Rusya’da gereken yasal inisiyatiflerin kabulüyle yapılan benzeri reformların tamamı, vatandaşların davranışlarını belirleyen “örfi hukukun” engeliyle karşılaşır. Meselâ, 20. yüzyıl başlarında köylerde toprak sahiplerinden, kapitalist bir sınıf yaratmaya yönelik Stolipin reformları başarısızlıkla sonuçlanırken, benzer biçimde ideolojik anlayışa uygun, kanun yoluyla köylerde özel mülkiyet ilişkilerini değiştirmeye yönelik Sovyet rejiminin çabaları da aynı kaderi paylaşır. Tanınmış köylü uzmanlarından T. Şanin’a göre; “köylülerin bu konudaki pasif inatçılığını reformcuların en iddialı olanları bile değiştiremediği gibi, “teamül hukuku” devrim ve karşı devrim fırtınaları arasından geçmesine rağmen, neredeyse hiç değişmemiştir” (Şanin, 2003).

1. Geç SSCB’de Pazar Ekonomisi ve Teamül Hukuku

“Teamül hukuku”, “gelişmiş sosyalizm” döneminde Sovyet halkının hayatını her alanda belirlemeye devam etmiştir. Bazı araştırmacılara göre bu kanunlar aynı zamanda bütün ekonomiye de hâkim olmuştur. Fabrika çalışanları kendilerine özgü kanunlarla âdeta gizli özel işletmeler kurmuş, birçok ürün ve hizmetin kısıtlı olduğu dönemlerde SSCB vatandaşlarının bunlara erişimi piyasa şartlarıyla değil, örfi hukuk normlarıyla gerçekleşmiştir. Maalesef, geçen yüzyıla ait bu “enformel ekonomi” hakkında

derin ilmî çalışmalar henüz yapılmamıştır. Ancak çok ses getiren bazı davalar, gözlemler ve şehir efsaneleri, bu kanunların yaygınlığı hakkında bilgi vermektedir. Örneğin SSCB dönemi Rusyasında; “satın almak” fiili nerdeyse kullanımdan kalkmış, yerini “bulmak” kelimesine terk etmişti. Bazı kısıtlı ve prestijli ürünleri “bulmak” akrabalık, arkadaşlık veya önemli bir statü vd. ilişkileriyle temin edilebilen, enformel ilişki ağları sayesinde mümkün oluyordu. Halk arasında bu “kara” paylaşımı yansıtan “gelişmiş sosyalizmin özellikleri” hakkında; “mağaza rafları boş ama, dolaplar yiyecek dolu” gibi birçok fıkra üretilmiştir. Resmî ideoloji ve hukuk normlarına tamamen ters düşse de, söz konusu düzen çoğunluğun gözündeki meşru hale gelmiştir. SSCB’deki enformel uygulamaları kavramsallaştırma denemesi- ki, bu girişimin kendisi de kriminal olarak tanımlanabilir. 90’larda ekonomik reformların teorisyeni V. A. Nayshul tarafından bu konuda gerçekleştirilen çalışmanın dikkat çekici yanı, yazarın dönemin ekonomisindeki alt sistemin işleyişinin belirleyicilerinin “patoloji” değil, “normlar”dan yola çıkmış olduğunu gösterir.

Nayşul’e göre Brejnev dönemi ekonomi sanıldığı gibi “komuta” karakterli değildir, çünkü Stalin’in ölümünden sonra bu tür ekonomi ortadan kalkmış, pazar seviyesine geçmiştir. Ancak, yazarın belirttiğine göre söz konusu pazar idari olup, temelinde özel mülkiyet vardır. Ayrıca, devlet mülkiyetinin tahakkümü de mitten başka bir şey değildir. Özel mülkiyet örfi hukuk tarafından desteklenmektedir. Yazara göre örfi hukuk, kamuoyunun onayladığı normlardır: “Bizde resmi hukuk tarafından korunmayan birçok örfi hukuk normları mevcuttur ama bunun tersi de aynı şekilde geçerlidir. Yani, birçok resmi kanun kamuoyu tarafından onaylanmamaktadır”. Örneğin apartman dairelerinin özelleştirilmesi 1960 – 70’lerde başlamıştır. Bu dönemde kişileri ikamet ettiği yerlerden çıkartmak yasaklanmış, ayrıca Brejnev döneminde genişlemeye başlayan yönetici ayrıcalıkları, üst düzey yetkililer tarafından özelleştirmelerin resmîyete kavuşmasıyla

sonuçlanmıştır. Nayşul, gelişmiş Sovyet “idarî piyasasını” Batı’da olduğu gibi sadece ürün ve hizmetleri değil, hiyerarşik toplumda değeri olan her şeyi ticarete dâhil eder. Bunlar toplumda işgal edilen konum, güç ve itaat, kanun ve onların ihlâli, nitelikli diplomalardır. Bu tür bir piyasa, Batı mevzuatında yolsuzluk olarak kabul edilirken, bizde (Rusya) örfi hukuka göre yolsuzluk değil, “idarî pazarın” ihtiyaç duyulan halkasıdır. Örneğin, “... parti ilçe sekreteri, savcayı yanına alarak, kolhoz başkanına; hem kolhozu, hem de ilçe plan göstergelerini yükseltmesi için yasa dışı yollardan kanunsuz gelir sağlama fırsatı yaratır. Bu tür değiş – tokuş, takas usûlsüzlük bir suç değil, “her şeyin alınıp, satıldığı” karmaşık bir “idarî piyasa sistemidir”. Böylesi piyasa şartlarında ortaya çıkan kendine özgü hukuk sistemi; “Her şeyde uzlaşma gerektiren takas ilişkileri, toplumsal hayatın bütün alanına yayılarak, yeni örfi hukuku şekillendirmeye başlamıştır” (Nayşul, 1991).

Nayşul’un belirttiği gibi aktörler örfi hukuku sorgulamamakta, ancak halk yeni hukuk normlarıyla karşı karşıya kaldığında çatışma ortaya çıkmaktadır. Kabul edilen yeni kanunlar, halkın alışık olduğu kurallar, adalet ve yasal olana dair görüşlerle örtüşmediği takdirde, toplu sabotajlara yol açmaktadır. Yazar, burada Rusya’da çağdaş örfi hukuk uzmanının bulunmadığını, gelecekte dünya hukuk ilmini zenginleştirecek yeni hukuk teorilerinin üretilmesi gerektiğini dile getirirken, “teamül hukukunun” meşru hukuk olarak tanımlanmasını ve söz konusu olgunun hukuk ilmi tarafından etraflıca araştırılmasını dile getirir. Elinizdeki bu çalışma da, Nayşul’un fikirlerini desteklemektedir.

Hukuk ilmine büyük katkı sağladığı çalışmada Nayşul, Sovyet ekonomisini düzenleyen örfi hukukun bazı mekanizmalarını ortaya koyarken, daha önce sözünü ettiğimiz Doğu ülkelerindeki “itibar etiği”ne benzer bir olgunun da farkına varır; örneğin “Perestroyka” döneminde piyasa ajansları finansal işlemleri “iyi yapılmış özel ilişkiler içerisinde” gerçekleştiriyorlardı. Bu çok

önemliydi, çünkü “özel ilişkiler iş ahlâkını koruma ve güvenilir bilgi alma işlevini görmekte” ve aynı zamanda bu ilişkiler “taraf-ları örfi hukuka aykırı olan resmi yazılı hukuktan korumaktaydı. Zira, yapılan anlaşmalar örfi hukuka dayanıyordu.”

Özel mülkiyet hakkı örfi hukukla belirlendiğinden, doğal olarak gerçek özel mülk sahipleri, büyük işletme yöneticileri ve eski parti yöneticileri gibi çeşit müdürlerden oluşuyordu. Her payın, kendi adayı mevcut olup, bu adayların örfi hakkı uzlaşmış ortak kanaatle korunuyordu (Nayshul, 1991).

2. Ekonomik Reformların

Yasal Dayanağı Olarak Teamül Hukuku

Nayshul’un teklif ettiği görüş çerçevesinde haklar, özelleştirme safhasını engelleyen bürokratlardan satın alınmalıydı. Bürokratlar rüşvet sayesinde hayatlarını devam ettirme uğruna, bunu bir ölüm kalım meselesi olarak görmekte ve özelleştirme uygulamalarını yavaşlatmaktaydılar. Yazar, iktisadî serbestlik için örfi hukuka göre belirlenen rüşvetin ödenmesi gerektiğini düşünür. Bu rüşvet, serbest piyasa taraftarlarınınca ödenmekte, böylelikle serbest ekonomi gönüllü olarak gerçekleşmektedir.

İdari düzenlemelerle ilgili mevcut örfi haklar, yasal olarak tanımlanır. Rüşvet veya idarî kira, kimse bundan hoşlanmasa da herhangi bir kira gibi koruma altında kabûl edilir. İdari rüşvetin yasallaşması, sonradan onu bertaraf etme imkânı sunar. “Örfi hukuka göre bu prosedür, taraflardan birinin gönüllü olarak mevcut mukavelenin feshedilmesiyle” ilgilidir.

Nayşul, ister komünist, isterse anti-komünist senaryo gereği olsun zorla yapılan dönüşümlere karşıdır; çünkü keyfiliğin tekrarlanma ihtimali güvensizlik yaratır ve girişimci faaliyetlerine engeller. Bundan dolayı yazarın vardığı sonuç; “özelleştirmeye karşı olan bürokratlar, asıl liberallerdir, çünkü kurumun çıkarlarını örfi hukuka göre korumaktadırlar. Sadece kâğıtta yazılanlara riayet eden ve liberal gözüktenler ise, örfi hukuku dikka-

te almamaktadırlar” (Nayşul, 1991). Yazara göre, yasaya uygun davranmak, örfi hukuka riayet etmek ve devletin yasası ile ör-tüşmediği durumlarda tercihi örfi hukuktan yana kullanmaktır. Nayşul bu fikrinde haklıdır; gerçek hayatta olanların uzlaşmış il-gili tarafların sessiz onayı ile gerçekleşmesi bunu göstermektedir.

Nayşul’e göre ilgili taraflar arasındaki uzlaşma, yasal özelleş-tirmenin esas ölçütüdür. Dolayısıyla, yetkililere bir teklifte bulu-narak; “bütün ilgili tarafların uzlaşmaya vardıkları özel mülkiyete dair herhangi bir karar, devlet tarafından onaylanmalı,... mev-cut özelleştirme ile ilgili mevzuatta sürekli olarak gereken düzelt-meler yapacak, hızlı cevap verme rejimi yürürlüğe koyma amaca uygun olacaktır. Daha da önemlisi, özel mülkiyet haklarının resmileştirme aşamasında millet meclisi üyelerinin ölçüsü, mito-lojik sosyal adalet değil, doğal, çatışmasız ve tartışmasız aşamalar olmalıdır” (Nayşul, 1991).

Örfi hukukun esas yasal düzenleyici olarak tanınması Nayşul konseptinin temel taşıdır: “Görünen o ki, liberal reformların önündeki en büyük engel, örfi hukukun tanınmamasıdır. İdari düzenleme ve kamu malı ile ilgili geleneğin meşrulaşması mane-vi olarak çok ağırdır... Ancak, idari ödeme veya rüşvetin huku-ken tanınması bundan kurtulmanın ilk adımıdır. Ayrıca, kötü-lüğe karşı yürütülen mücadeleyi en güçlü silaha, yâni piyasanın kendi gücüne dönüştürme imkânı sağlamaktır” (Nayşul, 1991). Nayşul daha da ileri giderek Rus hukuk sisteminin örfi hukuka dayalı reforma tabi tutulmasını teklif eder. Mahkeme bir sorunu ele aldığı anda gelenekleri dikkate alarak, dolayısıyla yeni hukuk normlarını kullanma imkânına sahip olmalıdır. Uygulamada bu şu anlama gelir, alt mahkeme eski yasal hükümleri kullanarak sorunun çözülemeyeceğine kanaat getirdiğinde, yeni normlar üretmeli ve kararlarını bu normlara dayandırmalıdır. Yazar, Rus-ya içindeki kültürel alanlarla (sadece diğer etnik gruplar değil, Ruslar da dâhil) ilgili olarak “hukuk bölgeleri” oluşturulma tek-lifinde bulunur. Aslında söz konusu bu reform, Rus hukukunda

emsalin kullanılmasının önünü açmış olacaktır (Nayşul, 1994). Rusya’da, özellikle hukuk ilminin pozitivist yönde ilerlediği ve hukukun devlet yasası anlamına geldiği Sovyet döneminde, Nayşul’un fikirlerinin dikkâte alınması mümkün değildi. Ancak, eski bilimsel klişelerin yeniden gözden geçirilmesi gerektiği ortadadır. Gerçek hayat sadece Rusya değil, “periferi” devletlerde de resmi olmayan, ama kamuoyu tarafından desteklenen ve en önemlisi, iktisadi gelişmeyi sağlayan örfi hukuk normları sözkonusudur.

3. Enformel Ekonomi ve Örfi Hukuk Düzenlemelerinin Olumlu Yanları (Rusya’da 1990 Reformları)

90’larda Sovyet dönemi sonrası reformlar birçok yönden teamül hukukuyla düzenlenmiştir. Dönemi inceleyen R. Kapelyuşnikov, ülke ekonomisinin örfi hukuk sayesinde ekonomi uzmanlarının sıkça yorumladıkları gibi “anomaliler yığını” değil, “bütüncül uyumlu bir sistem”i temsil ettiğini belirtir. Rusya’nın o döneme dair ekonomik durumunu Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile karşılaştıran yazarın vardığı sonuç; Rusya, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde varolan aynı yasal düzenlemeleri kabul etmiş olmakla, yaşayacağı buhran ve sorunların daha kapsamlı, daha derin ve geniş olacağı beklentisi mevcut olmasına rağmen, gerçekte bunun tersi bir durum gözlemlenmiştir. Örneğin Orta ve Doğu Avrupa ülkelerine kıyasla Rusya’da istihdamdaki düşüş ve işsizlikteki yükselme oranları daha yavaş gerçekleşmiş, Rus ekonomisinde başlayan canlanma ile birlikte, işsizlik oranında hızlı düşüş yaşanmış ve Rus işçi gücündeki hareketlenme artmıştır. Derin buhran şartlarına göre bu beklenmedik bir durumdur. Toplu işten çıkarılmaların yaygınlaşmaması, azaltılan iş saatleri, zorunlu izin, ek iş, enformel sektörde istihdam imkânı, maaş ödemelerinde gecikme veya kapalı ödenekler gibi çeşitli standart dışı uyum sağlama yolları Rus ekonomisinde gözlemlenen diğer olumlu eğilimler olmuştur.

Yazarın belirttiği gibi, “bütün standart dışı mekanizmaların ortak özelliği onların enformel ya da yarı resmi karakterde olmasıdır. Bunlar, kanun veya diğer resmi kısıtlamalardan kaçmakta veya karşı gelmektedir”. Ancak, söz konusu mekanizmalar sayesinde “grev sayısı en düşük seviyede tutulmuştur”.

Kapelyuşnikov ilginç bir “deney” teklif eder: günümüzden yüz sene sonra ekonomi tarihi uzmanı olan bir kişinin “20. yüzyıl sonunda Rusya iş piyasası” konulu bir araştırma yapacağını ve veri olarak elinde sadece o döneme dair iş yasaları olacağını varsayalım. Araştırmacının kaçınılmaz olarak varacağı sonuç; “Rusya iş piyasasının son derece katı ve hareketsiz yapısıyla, diğer post-sosyalist ekonomilerin iş piyasalarından çok farklı olmadığı, hatta onlardan daha katı ve daha hareketsiz” olduğu yönünde olacaktır. Ancak, Rusya iş piyasasındaki hareketlilik, mevcut iş yasalarının (yazılı kanun) etkisizliğinden; “Yasal şartlar ve sözleşme yükümlülükleri olabilecek ciddi yaptırımlardan çekinmeksizin ihmal edildiğini” gösterecektir. Bu durumda devletin mevcut kural ve normların garantörü olma işlevini yerine getirememesi söz konusu değildir; devletin kendisi de sıklıkla kural ve normları ihmal etmektedir (mali sektör, çalışanlarına maaşlarının ödenememesi, işsizlik ödeneğinin ertelenmesi gibi). Bu sebeple, iş piyasasını harekete geçirme sistemi dramatik bir şekilde değişmiş” (Kapelyuşnikov), kural ve normlara uymama, zarardan çok yarar getirmesi enformel etkileşim yöntemlerinin daha çok tercih edilmesini sağlamıştır.

İş piyasasının aşırı kontrollü olmasının olumsuz yanlarına da değinen yazar, Rus ekonomisinin bundan kaçındığını ve “iş piyasasının bölünmesi” sonucu ortaya daha gevşek kontrollü alanların ortaya çıktığını dile getirir. Bu konuda meselâ, Japonya’da ömür boyu istihdam sağlayan büyük şirketlerin yanı sıra, uzun süreli istihdam güvencesi olmayan küçük çaplı işletmelerden ibaret geniş sektörler mevcuttur. Anlaşılabacağı üzere, iş piyasasının bazı sektörlerinde işçi hakları güvence altında iken,

diğerleri bu tür bir güvenceden yoksundur. Ortaya resmi düzenlemede, serbest olan geniş enformel sektör çıkmaktadır. Yazılı anlaşmalar yerine sözlü anlaşmalar geçmekte, işveren ve işçi ilişkileri kısa vadeli bir hal almakta, maaşlar elden nakit ödenirken, vergi kaçırılmakta ve anlaşmazlıklar devlete başvurmaksızın halledilmektedir. Bunun klâsik örneği Latin Amerika ülkeleridir. Burada ekonominin resmi sektöründe aşırı katı ilişkiler ve enformel sektörde çok esnek ilişkiler bir arada yürümektedir.

Mevcut istihdam oranlarını aşırı koruma endişesi, yenilerini yaratmayı engellemekte; büyük şirketler bütün yasal ve idari kısıtlamalara uyma zorunluluğu altında ekonomi kötüye gittiğinde onlardan kurtulmak kolay olmadığından, yeni işçi alımlarında çok titiz davranmak zorundadırlar.

Kapelyuşnikov’a göre Rusya’da resmi ve enformel sektör arasındaki sınırlar belirsizdir. Dolayısıyla, piyasadaki lider şirketlerin faaliyetleri “gölge” sektördekilere farksızdır. Reform dönemi Rus iş piyasası, önemli bir amortisör işlevi görerek olumsuz etkileri oldukça yumuşatmış, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin karşı karşıya kaldıkları birçok sorunu daha hafif sarsıntıyla atlattırmayı başarmışlardır. Büyük ihtimâlle bunu sağlayan şey, iş ilişkileri alanında “örfi hukukun” hüküm sürmesidir.

Hakikâten, “örfi hukuk” gerçek ilişkileri düzenlerken, yasama organları faaliyet esnasında Rusya iş piyasasının gerçekleri yerine, onun normatif portresine odaklanmaktadır. Bunun için yasa düzenleyicilerin önceliği her şeyin kâğıt üzerinde iyi olmasıdır, gerçekler ise bir şekilde kendi başının çaresine bakacaktır. Yazar, yeni Rus İş Yasası çerçevesinde asgari ücreti belirleme aşamasını şöyle anlatır: “Tartışma öylesine berbat havasız ortamda yapılyordu ki, yapılan değişikliklere itiraz etme gündeme getirilmediği gibi, sanki yeni kararların alınması kendiliğinden onların yerine getirilmesi anlamına gelmekteydi”. Kapelyuşnikov’a göre, “Rusya iş piyasasını katı idari çerçeve içine yerleştirme girişimi, yıkıcı sonuçlara yol açabilirdi”.

4. Çağdaş Rusya’da “Gölge” Ekonomi ve Teamül Hukuku

Çağdaş Rusya’da örfi hukuk pratiklerinin hâkimiyeti devam etmektedir. Ne yazık ki, söz konusu olguyu inceleyen çalışma sayısı oldukça azdır. Örneğin, İrkutsk vilayetinde bir grup bilim adamının en “kriminal” ekonomi sektörlerinden biri olarak kabul edilen orman işletmeleri üzerine yapılan saha çalışmaları bunlardan birisidir. Çalışmada ağırlıklı olarak gözlem, anket, mülakat (gayri resmi) gibi nitel yöntemler kullanılmıştır. Elde edilen sonuçların önemi ve değeri sadece çağdaş Rusya’da kayıt dışı uygulamaların kapsamının ne denli geniş olduğunu göstermekle sınırlı olmayıp, aynı zamanda, “enformel aşamaları” yasal olarak algılayan aktörlerin hukuk bilincinin analizini de gözler önüne sermektedir. Bu araştırmanın önemli sonuçlarını aktaralım. Söz konusu araştırma, enformel ilişkilerin “ormancılık alanındaki bütün etkileşime” sızdığını ortaya koymuştur. Sektörde yeralan bütün aktörler enformel ilişkiler ağına dahil olup, yazılı kanuna göre değil, örfi hukuka göre hareket etmektedirler. Araştırma grubunun gözlemlerine göre, “bu sektörde yasal girişimcilik neredeyse imkânsızdır”. Enformel uygulamalar arasında “kara” değil, yasal sayılan ama bazı norm ihlalleriyle yapılan “gri” alanlar yaygındır. Bunun yanında, “etkileşim esnasında aktörlerin başvurduğu örfi hukuk seti” belirlenmiştir (Karnauhov, Malkeviç, Olimpiyeva, Paçenkov, Solovyova, Titayev, Titov, Çsremnih 2005).

Ormancılık sektöründe aktörlerin hukuk bilincini ortaya koyan verilerse çok daha dikkat çekicidir. Önemli konumları işgal eden “oyuncular” bile bulundukları faaliyet sahasındaki ilişkileri düzenleyen resmi normları bilmemekte, örfi hukuk normlarına göre hareket etmektedirler. Araştırma esnasında, alınan notlar, bu tür ilişkiler için iyi bir örnek teşkil etmektedir:

Orman işletmesinin bir yöneticisini telefonla arayarak bir görüşme ayarladık. Kendisi konunun ne olduğunu sorduğunda, biz de yeni kabul edilen Ormancılık Kanunu üzerine görüşmek

istediğimizi bildirdik. Ertesi gün görüşmeye gittiğimizde, onu masasında yazıcıdan çıkartılmış Ormancılık Kanunu ile bizi hazır bekler bulduk. Yeni kanundan söz açıldığında, sözleri havada kalmasın diye önündeki dosyadan belirli maddeleri seçip, okuyarak yorumlar yapıyordu. Ancak, görüşme sırasında ortaya çıktı ki, yöneticinin önündeki dosya, yürürlükte olan “eski” kanunlardır. Yönetici, elindeki kağıt çıktılarını yeni kanuna ait olduğundan emin olarak; “yeni kanunun” bazı maddelerini eleştirerek, uygulamada bunların yerine getirilemeyeceğinden bahsetmeye başladı (Karnauhov vd. , 2005).

Bizzat kendi edindiğim tecrübelerden bu tür olaylarla karşılaşmamış olsam, büyük ihtimâlle bunun güvenilirliğinden şüphe duyabilirdim. Ancak başımdan geçen bir olay, bunu teyit eder nitelikteydi: “Perestroyka” dönemi Petersburg’da bir üniversitenin sendika komitesi başkanı olarak seçildiğim güne kadar sosyal ve siyasi faaliyetlere katılmış biri değildim. Ancak, “perestroyka” şartları beni uyandırmıştı. Görevimin ne olduğunu okuyarak, büyük gayretle onları yerine getirmeye girişmiştim. “Demokrasi fırtınasında” ben ve benimle birlikte aynı görüşe sahip birkaç sendika üyesini bilimsel faaliyetlerinin raporunu sunmaları için üniversiteden üç bölüm başkanını toplantıya davet ettik. Kurumumuz nezdinde üç bölümün de itibarı düşük, yayın sayısı az, yapılan yayınlar da bizim açımızdan yetersizdi. Sendika komitesinin plânları hakkında üniversite başkanını bilgilendirme kararı aldım, çünkü durum olağan sınırları aşmaktaydı. Beni dinleyen başkan, komitenin “üzerine vazife olmayan işlere burnunu soktuğu” için anlattıklarına çok şaşırmıştı. Buna hazırlıklı olduğum için hemen Sendika Tüzüğü’nü açıp, kendisine sendikanın temel işlevlerinden birinin iş faaliyetinin kontrolü olduğunu yazan maddeyi okudum. Bu defa, onun gösterdiği tepki beni şaşkına çevirmişti. Başkan, “bu nerede basılmış” diye sorduğunda; “Moskova” diye mırıldandım. O dönemde daha önce yasaklanmış çeşitli eserler yeni yayımlanmaya başlamış

ve “Posev” gibi “düşman” merkezlerin yayınları dağıtılıyordu. Başkan kitabı eline alıp dikkatlice basım yerini aramaya başladı ve “Politizdat” yayını olduğuna emin olduktan sonra (ki, tüzük 70’lerin yayını idi) okuduğum maddeleri tekrar okudu. Başkan bizim üniversiteye daha yeni tayin edilmişti. Daha da ilginç olanı, başkan bize gelmeden evvel Petersburg’da başka bir üniversitede fakülte dekanı görevindeyken, aynı zamanda yıllarca Petersburg Devlet Üniversitesinin sendika başkanlığını da yapmış olmasıydı. Aslında başkanın kariyerindeki yükselişin asıl sebebi de buydu. Özetle, yıllarca ilgili tüzükle yönetilmesi gereken bir kamu kuruluşunun başında olan başkan, söz konusu tüzüğün içeriğinden haberdar değildi.

Daha sonra 90’lı yılların ortalarında (yukarıdaki görüşme 80’lerde gerçekleşmiştir) başka bir ortamda “teamül hukuku” sorununa tekrar döndüğümde aynı üniversitede gerçekleşen bir seminerde katılanlara; “bulunduğumuz kurumun üyesi olarak kendi hak ve görevlerinizi biliyor musunuz” diye bir soru sordum. Bunu sormamın sebebi, seminerde BDT üyesi olan herhangi bir ülkenin kültüründe enformel siyasi yapılanmaları belirleme planlarını konuşuyor olmamızdı. Seminerde bulunanların çoğunluğu “ileri” görüşlü ve “hukuk devleti” sorunları ile ilgili çalışanlar olmasına rağmen, tatmin edici bir cevap veremediler. Sorduğum hak ve görevlerin nerede yazılı olduğunu bilme-me rağmen, aslında ben de onlardan farklı değildim.

2005 yılında yine bir üniversitenin sosyoloji fakültesinde Hukuk Antropolojisi dersi verirken 4. sınıf öğrencilerine aynı soruyu sordum. Sonuç farklı değildi, ama en azından öğrenciler fakültenin teamül hukukunun davranış kurallarından, onların notlara ve gelecekteki istihdam imkânlarına yansıyacak etkisinden haberdar idiler.

İrkutsk bölgesi araştırma raporu sonuçlarının sunduğu bir veriden daha bahsetmek istiyorum. Çünkü bu verinin, hukuk bilincinde yazılı kanuna dayalı örfi hukuk normunun oluşum

mekanizmasını göstermesi açısından önemli olduğu kanaatindeyim: “Orman işletmesinde çalışan bir işçinin verdiği bilgiye göre, ormanın “normalden fazla kesim” oranının %50 olmasına rağmen, yazılı kanunda belirtilen oran %15”tir. Buradan da anlaşılıyor ki, bir devlet memurunun algısında iki “ölçü” mevcut olup, bunlardan geçerli olan, resmi normun işleyişini düzenleyen örfi olanıdır. Araştırmacılara göre, “yazılı olmayan kuralların önemi o kadar büyük ki, uygulamada yazılı olanlar ihmâl edilmektedir” (Karnauhov vd. , 2005).

Aktörlerin bilincinde teamül hukukunun ortaya koyduğu yasallaştırma mekanizmaları, büyük ihtimalle geçmişe dayalı örfi hukuk zihniyeti için evrenseldir (Boçarov, 2006a: 225 – 238). Resmi ve birçok örfi hukuk bütünü ve enformel uygulamalar ormancılık iş ağı üyeleri nazarında yasalıdır. Yasadışı orman kesimi hakkında kaynak kişilerden birçok kez duyduğumuz gibi; “burayı büyük dedem kesmiş, dedem kesmiş, babam da kesmiş, ben de keseceğim!”. Diğer yandan, ormanın “Tanrı hediyesi” ya da sahipsiz sayıldığı görüşü Rus kültüründeki toprak mülkiyeti algısıyla ilişkilidir (Boçarov ve Ryabikin, 2005: 149 – 170).

Tarafımızdan ortaya konan “yazılı olmayan” kanunun bir başka yasallaştırma yöntemi de Rus kültürüne has bu modeli yeniden ürettiği bir başka dikkat çekici husustur. Örneğin, İhtilal dönemine kadar bir eşya kâr amacıyla değil, hayatta kalmak için çalındığında hırsızlık, hatta “günah” bile sayılmamaktaydı (Boçarov, 2004: 173 – 199). Daha önce sözünü ettiğimiz araştırmada belirtildiği gibi, “yasadışı orman kesimi kâr amacı gütmeksizin, ekonomik açıdan hayatta kalmak için yapılıyorsa, yasal sayılmaktadır”. Dolayısıyla, kâr amacı taşıyan “kara” kesim yasadışı sayılırken, hayatta kalmak için gerçekleştirilen kesimler, buna dâhil değildir (Boçarov, 2004: 173 – 199).

Sonuç olarak, Afrika ve Asya ülkelerinde olduğu gibi örfi hukuk, çoğunluk tarafından norm olarak kabûl edilmekte; “Ormancılık işinin bütün aşamalarında yaygın olan yolsuzluklar, bu

iş ağı içinde yeralanlar için sıradan” örneklerdir (Karnauhov vd., 2005).

Rusya’da “yazılı olmayan kanun” sorunu, bütün Doğu ülkeleriyle benzerlik arzeder. Rusyadaki veriler üzerinden sorunu incelemenin pratik açıdan, ülkede gerçekleştirilen reformlarla yapılan yasal düzenlemelerin kalitesine bağlı olarak önemli olduğu şüphesizdir. Yasaların niteliği bu açıdan sadece mevcut gerçekleri değiştirme çabalarının karakterini değil, onların yerine getirilmesi yahut uygulanabilirliği anlaşılmalıdır. Bu sebeple çıkarılan kanunlar, en azından aktörlerin hukuk bilincine ters olmamalıdır. Bu da, pratikte ilişkilerin temel düzenleyicisi olan enformel mekanizmalarla, onların rolünün hesaba katılması demektir. Dolayısıyla reform odaklı yapılacak yeni mevzuat düzenlemeleri, ilk aşamada örfi hukuk normlarını hukukçulara nazaran daha iyi bilen halk tarafından tartışılmaya açılmalıdır. Ne var ki, işlerin bu şekilde yürümediğini İrkutsk orman işletmesi örneği göstermiştir ki, belirttiklerine göre Ormancılık Kanununun arka plânı bu tür bir tartışmaya açılmadan hazırlanmış, “Yeni Orman Kanunu hakkında kimse bir şey bilmediği gibi, kanunu hazırlayanlar da federal seviyedeki küçük bir uzman grubunun” inisiyatifine bırakılmıştır.

Burada tabii olarak sorunun teorik yanı da önem taşımaktadır. Günümüz Rusyası için sık sık kullanılan “kriminal devlet” veya “haydut devlet” gibi kavramlar, toplumsal hayatın her alanına yayılmış olan “yasadışı”, “kayıt dışı”, “kara” vd. gibi uygulamalara öncelik verilmesiyle ilgilidir. Rusya bilindiği gibi hukukunu Avrupalılaştırmaya girişen ilk “periferi” ülkeler arasındadır. Gerçi gerçek hayat, işaret ettiğimiz gibi her zaman örfi hukukla düzenlenmekle birlikte, genel olarak bu durum Rusya’yı sosyal hayatın çeşitli alanlarında etkileyici başarılarla ulaşmasını engellemektedir.

Bugünlerde bazı uzmanlara göre devletimizdeki “yolsuzluk”, ekonomik mekanizmanın etkili biçimde çalışmasını sağlayan

“kayganlaştırıcı madde” işlevi görmektedir (bu terimi, iş adamlarından da duymuşumdur). İddia edildiğine göre iş adamları yolsuzluk pratikleri sayesinde bürokratik engeller kolayca aşmakta, işler daha çabuk gerçekleşmekte ve rekabet ortamı yaratılmaktadır. “Haydut devletin” veya “gölge uygulamaların” başoyuncuları olarak görülen bugünün işadamları ve yöneticileri aslında Rusya’nın imajı için endişe duyan ve hayır işleri için büyük fonlar bağışlayan insanlardır. Diğer bir ifadeyle, onların “kriminal faaliyetleri” belirgin bir şekilde dile getirilen sosyal çizgiye sahiptir. Dolayısıyla, söz konusu bu faaliyetleri sosyal patoloji olarak değerlendirmek doğru değildir. Özetle, Rusya’nın ve belki de Batılı olmayan toplumların sosyal – kültürel pratikleri Batılı toplumları inceleme esnasında şekillenen bilimsel teorilerin şemasına uymamasıdır. Bu da onları incelemek için farklı metodolojik yaklaşımların kullanılmasını gerektirmektedir.

Post Endüstriyel Toplumda Teamül Hukuku

Modern Batı toplumunun muhatap olduğu varsayılan resmi devlet yasaları (pozitif kanunlar), bireye öncelik tanımakla genel olarak yasa bilinci yazılı kanunlar tarafından belirlenir. Yasalar, “bağlantı çubuğu” olmayıp, onlar toplumsal fikirlerle desteklenmekte; vatandaşlar arasında tartışmalı konular, saygın bir konuma sahip mahkemelerde çözülmesi doğal ve adil sayılır. Bundan başka “evdeki sorunların dışarıya taşınmaması” için mahkemeye gitmeme, uzlaşma yoluyla anlaşmaya rıza gösterme toplumun normal faaliyetini engelleyen korkaklık olarak görünür. Batı’da bu durum, dürüst insanların, dürüst olmayanların yolunu açtığı düşünülür ve bu sebeple böylesi bir tutum sert bir şekilde eleştirilir: Kendi haklarını korumak, adalet için savaşmak demektir (David, 2003).

Batı’da saygın bir vatandaş, resmi kanunlara riayet ederek yaşayan insandır. Böylesi bir yaşama bilincini benimsemek, dünya nüfusunun çoğunu teşkil eden diğer kültürlerle mensup insanlar

için zordur. Onlar için yazılı kanun, yukarıda da bahsedildiği gibi en başta kaçınılması gereken ceza yaptırımlarının kaynağıdır. Bu yüzden kanunlardan kaçmak, sadece arzu edilen bir şey değil, aynı zamanda etrafındakilere anlatmaktan utanılmayıp, övünülecek bir şeydir. Bu durumla ilgili olarak geçmişte ilginç bir olayla karşılaşmıştım: “Perestroyka” zamanında eşimin bir öğrencisi, öğrenci değişim programıyla Petersburg’da okuyan Alman bir kızla evlenmiş, bir müddet sonra da Almanya’ya taşınmışlardı. Onlar bizi sık sık ziyaret ederlerdi, çünkü ikisi de işleri gereği farklı zamanlarda Rusya’ya geliyorlardı. Ziyaretlerden birinde kadın (Rus) eşinin, arkadaşlarının önünde nasıl Alman sosyal hizmetlerini kandırıp, devletten aslında hak etmediği yardım (her türlü yardımı) aldığını anlatmamasını öğretemediğini söylemişti. Kadın, orada övünülecek bir şey olmayan bu durumdan dolayı, Alman arkadaşlarının yanında kendisini kötü hissettiğini ilâve etti. Kadının derdi, bunu bizim onun eşine izah etmemizi istemesiydi.

Kanunlar karşısında bu tarz bir davranışı, Avrupa kültürü taşıyanların bütün dünyaya yaymaya çalıştıkları anlaşılmaktadır. Reddedilmek ise, en iyi ihtimalle yeterince gelişememe veya birey üzerinde şiddet uygulamaya izni veren toplumun gerilemesi olarak anlaşılmaktadır. R. David, bütün kanunları (bütün devletleri) adaletsiz, ekonomik anlamda güçlü sınıfın çıkarlarını koruyan Marksistleri eleştirirken (burada yerel, özellikle Sovyet Marksizminden farklı olan klasik Marksizm’den bahsedilmektedir) şöyle yazmaktadır: “19. yüzyılın Avrupaî fikirlerinin yöntemini anlayan bir akıl için bu tür teoriler hayali görünmektedir, lâkin bu teoriler Avrupa’ya hukukta bütün olmayı ve bir takım öncelikler sağlamıştır. Bu durum ekonomik anlamda zenginliğin artmasına, refaha, manevi olarak insan onurunu dikkate alarak, onun farklı şekillerde mantıksız davranmasını önlemekte yardımcı olmuştur... Batı, onun için değerli olan geçmişinden vazgeçmeden, kanunu adaletsizliğin sembolü olarak sayamaz (David 2003).

1. Hukuk ve İktisadî İlerleme:

Hukuk Fetişizminin Psiko- Kültürel Kaynakları

“Hukukun üstünlüğü zenginliğin artmasına, refaha, manevi olarak insan onurunu dikkate alma ve onun farklı şekillerde mantıksız davranışını önlemekte yardımcı olmuştur” tespiti, sağduyu sahibi her ilim adamının düşüncesinde adalet anlayışına işaret eder. Burada muteber olan, her şeye ulaşmayı sağlayan hukukun üstünlüğü mü öncelikli, yoksa kendisi ulaşılan her şeyin sonucu mu sorusu ortaya çıkar ki, o da; “yumurta mı, tavuk mu” sorusuna benzetmekle, cevaplanması gereken bir sorudur.

Evrimsel ölçekte “başarının”, “hukukun üstünlüğü” (yazılı kanun) olgusunun ortaya çıkmasında şart olduğu düşünülmektedir. Gerçekten de sosyal bireyselleşme aşaması Batı toplumlarında gereken hukukî alt yapı henüz yokken, hatta maddi kaynaklara sahip olanların bile feodal toplumda hiçbir hakka sahip olmadıkları bir zamanda gerçekleşmeye başlamıştır. Burjuva devrimleri (öncelikle Fransız devrimi) mevcut toplumsal yapıyı hukuk ile eşit hâle getirmiş, herkesin kanun önünde eşitliği ilân edilerek, bunun sonucu eski aristokrasi, temelleri olmamasına rağmen sahip olduğu ayrıcalıklardan mahrum edilmiştir. Yeni mevzuat sayesinde adalet tecelli etmiş, Batı toplumu içerisinde oluşan yeni ilişkiler yasalarla belirlenmiştir.

Lâkin işlevsel boyutta her şey tam tersi olmuş; toplumsal hayata yön veren kanunlar, birey tarafından elde edilen “başarıların” sebebi olarak görülmüştür. Bu sebeple Batı medeniyetinin temsilcileri iyi niyetle, bunları kendi dışındaki dünyaya empoze etmeye çalışmışlardır. Ancak yabancı bir toprakta bu kanunlar beklenen etkiyi gösterememiştir. Batılı uzmanlar doğal olarak bunun nedenini sübjektif faktörlerde görmektedirler. Örneğin onların bakış açısına göre demokratikleşmenin gereken şekilde gerçekleşmemesini, düşündükleri siyasi güçte veya “periferi” devletinin yönetimdeki kişide görmektedirler. Hukuk fetişizmi işte budur. Bu sebeple Fransız hukuk antropoloğu Femida’nın

alışmalarını iş arkadaşları; “Hukuki Avrupa merkezilik” olarak tanımlamaktadırlar (Rulan 1999: 20-21).

Belirtmek gerekir ki, dünyadaki halkların hukuk anlayışını “kanunun kazanması” değil, “barış ve anlaşma” karakterize eder. Barış, belirli bir kültürün kanun dışında kalan değerler sayesinde gerçekleşir. Bu bağlamda R. David’in gözlemlerine göre; “Hâta bugün toplumu hukukun yönetmesi gerektiği fikri, tartışmasız kabul edilmemekte ve bu anlamda Batı ülkeleri bizim genel olarak hukuk teorisi ve hukukçularının varsaydığından daha azdır” (David 2003).

Batılı hukuk uzmanlarına has olan bu tür çoğulcu fikirlerin elbette objektif bir yanı vardır. Örneğin modern dünyada insanların büyük bir kısmı yazılı kanunlara rağmen, teamül hukukuna tâbidirler. Bunun sebeplerinden biri halkın eğitimsizliği, yasaları okuyup, anlayamamalarıdır. Hâta ABD’de bilim adamlarının bildirdiklerine göre ahalinin %25 yazılı metinleri kullanamamaktadırlar. Diğer bir ifadeyle, yazılı kanunlar seçkinlere hitap etmekte, halk ise onları sözlü olarak anlayabilecekleri şekilde kullanmaktadırlar. Burada, “Yazılı, resmi kanunla, şifahi yasal geleneklerin aynı anda var olması” yasal çoğulculuğu doğurmuştur (Kovler 2002). Teamül hukukuna Batı’da daha az olmasına rağmen, yine de insanların davranışlarını düzenlemektedir. Batı’da pozitif yasaların mutlak gücü elinde bulundurmasının diğer sebebi ise, yine sosyal bireycilik olduğu düşünülmektedir. Böyle bir durumda “hareketin karşı hareket doğurduğu” sonucuna varabiliriz.

Bireyciliğe dayalı Batı toplumu, devlet mevzuatının kontrol ettiği farklı alanların genişlemesi neticesinde bu alanlara yönelmeye başlamıştır. Gerçekten de modern Batı toplumu kültürel anlamda içerisine bir şekilde kendisini devlete karşı koyan, kendi kanunlarıyla yaşamayı tercih eden birçok farklı toplumsal alt kültürlerle sahip olmakla çoğulcudur. Nitekim, Batı’da 20. yüzyılın ilk yarısında güçlenmeye başlayan pozitif kanunların hu-

kukî monizmini şüphe altında bırakarak, hukuk sosyolojisinin ortaya çıkması tesadüf değildir. Hukuk sosyolojisinin yaratıcısı E. Erlich; “yaşayan hukukun”, yâni mevzuatta olmayan, toplumun kendisinde veya “inançlarında” olan aynı “teamül hukukunun” var olduğu konusunda ısrarcıdır. Bu sebeple o, uzman hukukçuları kanunları öğrenmeleri için odalarından çıkıp, insan ilişkilerinin hakim olduğu sokağa çıkmaya davet ederek, yargıçlara yargı kanunlarını belirleme hakkının verilmesini istemektedir. Yargıçlar, mevzuatı “yaşayan kanun” normlarına uygun hale getireceklerdir (Sosyal Antropoloji...2006;45). Buna bağlı olarak yerli hukukta yasaların gerçek toplumsal ilişkileri tamamen değiştiremeyeceğinden hareketle; “Aklın yüce gücüne olan eski inanç artık kalmamıştır. Tecrübe... gösterdi ki, yasalar toplumu tamamen değiştirecek güçte olmadığı” anlaşılmaktadır (Novgorodtsev 1996: 19-20).

Yasal topluluklar elbette bu tür fikirlere karşı soğuk bakmaktadırlar. Erlich’in fikirlerine dayanan bu sosyal hukuk bilim anlayışı, ancak 1962 yılında asıl çalışmasının (Sosyal Hukukun Temelleri, 1913) yayınlanmasından tam 50 yıl sonra kurumlaştığını unutmamak gerekir. Ki, o zaman bile bu yasal bir disiplin olarak değil, sosyolojinin bir dalı olarak Washington’da 5. Uluslararası Sosyoloji Kongresinde kabul edilecektir.

Günümüzde modern yasa bilincinin bunalımından bahsedilen yazılarda şöyle denmektedir: “Batı ülkelerinin neredeyse hepsi yasalara karşı aynı durumdalar, bu da halkın bütün sınıfları tarafından kanunlardan nefret etmesine sebep oluyor. Şehirler daha tehlikeli hale gelmekte. Dar gelirliilerin ihtiyaçlarını temin etme sistemi yerine getirilmesi imkânsız yasaların ağırlığı altında çökmüş durumda. Yönetimin kendisi en üstten en alta kadar kanunsuz faaliyetlerle dolu. Burada önemli olan, bu konuda vicdan azabı çekenlerin suçları ortaya çıkan kişiler olmasıdır” (Berman 1998:157). Batı devletinde yasaların çokluğu, sadece uzman-hukukçular için erişilebilir olmasıdır.

Alt Kùltürlerdeki Teamùl Hukuku

Batı toplumunda kùltürel çoğulculuğun güçlü olduğu şartlarda birey, kendini toplumla değıl, meslek, etnik, dinsel, gençlik, kriminal vb. gibi onun şu ya da bu parçasıyla (bir alt kùltürle) ilişkilendirir. Burada, çoğu ölçütlere göre hukuk alanına oturtulabilecek örfi hukuk davranış kuralları geçerlidir. Yazılı yasaların aksine, onlara uyulması devlet tarafından değıl, bizzat alt kùltürün kendisi tarafından onaylanır.

Bu tür “kodlara” dâhil olan normları bilmek, günümüz insanları açısından devlet yasalarından çok daha fazla anlam ifade eder. Sebebi açıktır, ortalama bir insan günlük hayatın içinde onlarla sürekli karşılaşır. Alışılmış normları (ya da yaşayan hukuk normlarını) bilmek, bir insanın çevreye etkili biçimde uyum sağlmasına, sosyal bir grup (üretim, etnik, dinsel, hobi v.b.) içinde rahat ilişki kurmasını sağlayan davranışlar sergilemesine yardımcı olur. Veya bunu tersinden ifade edersek; “teamùl hukuku” konusundaki bilgi eksikliği, iletişimde sıkıntılara neden olacağından, bu durum topluluk üyelerinin davranışlarının yanlış anlaşılmasına, yanlış değıerlendirmesine ve sonuçta çatışmalara yol açacaktır.

Bu “yasalar” genellikle mevzuatla çelişen ve sonuncusunun etkinliği her zaman onları ne kadar dikkate aldığına bağlıdır. Örneğin günümüzde Batılı bir yasa koyucu, bir inanca veya mezhebe bağlı kalabalık diasporayı göz ardı ederek, İslâm hukuk hükümlerini dikkate almadan bir yasa tasarısını kabul edemez. En azından Fransa’da son zamanlarda kabul edilen Müslüman kadınların halka açık yerlerde başörtüsü kullanmalarını sınırlamasıyla ilgili yasaı hatırlayalım, bu yasa ÷lkede kitlesel protestolara sebep olmuştur.

Sonuç olarak, günümüzde bu tür normlar, öncelikle sosyoloji ve sosyokùltürel antropoloji çerçevesinde aktif biçimde araştırılmakta, suç topluluklarının teamùl hukuku üzerine hukukçular tarafından yürütölen çalışmalar karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmalarda açıkça pragmatik bir hedef izlenmekte: bir yandan öncelikle sosyal denetimi gerçekleştiren devlet kurumlarına ve onları ilgilendiren toplulukların davranış biçimlerini tanıtmak, diğer yandan insan hayatının çeşitliliği konusunda halkı bilgilendirmek. Örfi hukuk normlardan oluşan çeşitli listeler, sıradan insanlar tarafından, onların kendi ifadelerine göre, “yeni katılımcıların” hayatını kolaylaştırmak amacıyla sosyal medya üzerinden yayınlanmaktadır. Farklı alt kültürlerde faaliyet gösteren bu tür bazı “kanunlar” bu bölümün sonunda verilmiştir.

1. Teamül Hukukunun İncelenmesinde Araştırma Stratejileri

Modern toplumda herhangi bir sosyal grup (üretim, gençlik, din, suç, etnik vb.) kendi “yasal” kodlara sahiptir. Bu tür geleneksel uygulamalar, genel olarak devletlerin hukuk sistemleriyle çelişir. Dolayısıyla, örfi hukukun araştırılması oldukça güncel görünmektedir. Bunu yapmadan herhangi bir toplulukta örfi hukukun gerçekte nasıl işlediğini bilmek mümkün değildir. Bu bilgi, resmi devlet yasalarının etkisizliğinin sebeplerinin anlaşılması açısından da önemlidir. Örfi hukukun araştırılmasıyla ilgili çalışmalar hem ampirik, hem de teorik düzeyde yapılabilir. Bu durumda, araştırmacı aşağıdaki hedeflere odaklanır:

- İnsan topluluklarının sürdürülebilir toplumsal işlevini sağlayan belirli geleneksel “yasal düzenlerin” (kültürlerin) incelenmesi. Bu, uygulamalı bir çalışma olabilir, zira bir nesnenin “nasıl çalıştığını” bilmeden, onun üzerinde denetleyici bir etki yaratmak imkânsızdır;
- Geleneksel yasa kültürünün kültürlerarası karşılaştırmalı incelemeleri yapılarak, bunların ortaya çıkışı, işleyişi ve geliştirilmesi noktasında ortak kalıpların belirlenmesi;
- Teamül hukuku ile resmî hukuk arasındaki etkileşim esnasında (işlevsel ve evrimci) kalıpların açığa çıkarılması;
- Devlet hukukunun periferik sosyokültürel sistemlerdeki rolünün belirlenmesi.

Bu sonuncu amaç, kaçınılmaz olarak ampirik araştırma safhasında ortaya çıkar. Gerçekten de Batı tarzı devlet hukuku, yabancı bir sosyal bağlama yerleştirildiğinde, o bağlam içinde başka işlevler üstlenir. Bu işlevlerden biri, siyasi mücadele aracı olma durumudur; bu durumda taraflardan (çıkar grupları) biri, resmi kanunları diğer gruplar üzerinde etkinlik kurmak için kullanılır. Bu şartlarda kaybeden taraf, çoğu zaman resmi yasa kapsamında kovuşturulsa bile, aslında geleneksel kanunları ihlal ettiği için kovuşturmaya uğrar. Bu durumda, her iki taraf da aslında tamamen başka bir eylemin resmi sebebi olarak gösterilmesine rağmen, devletin cezai yaptırımlarına neyin sebep olduğunun farkındadır (Bocharov, 2010: 3-8).

Yasanın bu işlevi, “İrkutsk saha araştırma” örneğinde görüldüğü gibi, orman işletme katılımcıları olan öncelikle memurlar, yeni Orman Yasasının giriş bölümünü, “merkez”in “gayrimeşru gelirlerini” kendi lehlerine yeniden paylaşma isteği olarak okumaktadırlar. “Araştırma gösteriyor ki, ilçe yönetimi Orman Yasasının çalışmalarından haberdar olmakla birlikte, bu çalışmayı ancak tek bir bağlamda yorumlamaktadır: “Moskovalılar gelecek ve her şeyi ele geçirecekler, gidişat bunu gösteriyor” (Karnaukhov, Malkevich, Olympieva, Pachenkov, Solovyov, Titaev, Titov, Cheremnykh, 2005).

Kısacası, “teamül hukuku” her topluluk için geçerli olup, yazılı yasaların aksine resmi devlet mevzuatına değil, tarihsel hukuk ekolü temsilcilerinin ifadesiyle “halkın ruhuna” ya da modern sosyolojinin ifadesiyle kamuoyuna yerleşmiş durumdadır ve tarihin her döneminde insanın hukukî yanının en önemli katmanıdır. Bu durum, ilkel toplumlarda davranışın tek ve etkili düzenleyicisi olduğu gibi, yazılı devlet yasalarına sahip modern toplumlarda için de geçerlidir ve önemi azalmış değildir. Bu sebeple, bu olgunun kapsamlı biçimde üzerinde çalışılması, gerek pratik, gerekse hukuk teorisinin gelişimi açısından son derece önemlidir. Örneğin, “teamül hukuku” bilgisi, resmi

yasaların toplumsal hayatta neden etkisiz olduğu sorununa ışıktutabilir. Bu maksada matuf en uygun yaklaşım tarzının hukuk antropolojisi çerçevesinde ulaşılabileceği kanaatindeyiz.

Alt Kùltürlerin Teamùl Hukuku

1. Köpek Sahipleri İçin Teamùl Hukuku

Vlasenko, okuyucularını köpek gezdirmesi esnasında köpek sahipleri topluluğunda görùlen davranış kurallarıyla tanıştırır. Bu yürüyüşe ilişkin normlar, kentin belli bir yerinde, insanların en sevdikleri hayvanlarla periyodik olarak iletişim kurmakta oldukları az çok sabit bir insan grubunun olduğu yerlerde kendiliğinden ortaya çıkar. Mevcut normlar, köpek sahiplerinin onların sağlığına ilişkin kaygılarıyla motive edilmesidir. Yürüyüş alanlarında köpeğin boynuna metal tasma takılmaz, çünkü “köpekler dişlerini kaybedebilir, dudakları ve diş etleri sadece boğuşma esnasında değil, oyunda bile yırtılabilir”. Bu nedenle, köpeğine metal tasma takan mal sahibinin davranışı “affedilmez bir hata ve günah olarak kabul edilir”. Ancak, “günah” kelimesi dini terminolojiye ait bir kavram olup, tabii olarak; doğaüstü bir varlıktan (ruh, Tanrı vb.) kaynaklanan kaçınılmaz bir cezayı öngörür. Burada ise, sonraki anlatımda da görüleceği üzere, ihlâl edilmesi hâlinde, kolektif gücün yaptırımlarına sebep olabilecek, yasal bir norm (genellikle yasal) devreye girer: “Köpek sahibinin ikazları dikkate almaması durumunda, birçok defa görüldüğü gibi, köpek sahibi diğer köpek sahipleri tarafından dövülür (o, bunu hak etmiştir), tasma köpeğin boynundan çıkarılan kişiye verilir veya çoğunlukla başkalarının bundan ibret alması için, tasma yakında bulunan bir ağaca asılır” bırakılır. Bu “cezaî kanun maddesine” bir de açıklama eklenir. Açıklamada; “bir köpeği nasıl tutabilirim? Veya onu nasıl yakalayabilirim?” gibi saçma mazeretler dikkâte alınmaz. Bu konuyu daha önce düşünmen gerekirdi. Kendin eğitim veremiyorsan, bir uzmana başvurabilirsin. Bu da işe yaramazsa, köpeğini sat. Köpeğin belki

de şansı açılır, yeni sahibi daha akıllı, daha sorumlu birisi olabilir.” Yine benzeri biçimde “Aport” oyunu da suçtur. Köpek sahibi olmayanlar da dahil birçok kişi bu oyunu elbette iyi bilirler; köpeğin sahibi fırlatılan bir nesneyi geri getirmesi için köpeğe “aport” diye yüksek sesle bağırır. Bu bir kavgaya sebep olabilir ya da topun veya oyuncağın kaybedilmesiyle sonuçlanabilir. Fakat “oyuncunun” cezası (kanun “madde”sinden anlaşıldığı üzere), ancak başka hayvan sahiplerinin “oyuna” itirazları halinde söz konusu olabilir: “Oyuna kimse karşı çıkmazsa, o zaman ortada bir suçlu da yok” demektir (Vlasenko).

2. Hapishanenin Teamül Hukuku

Suç alt kültürleri her zaman ilgi çekici olmuştur. Sosyalist devrim öncesi dönemde tanınmış etnograf S. Maksimov’un dikkatini çektiği bu konuya ilişkin intibaları şöyledir: “Mahkûmlar topluluğu son derece hızlı, sıkı ve basit bir şekilde kendi içlerinde uyum sağlarlar. Bunun kurallarını Allah bilir ne zaman ve kimler tarafından icat edildi, ancak çoktan beri mükemmel bir biçim almış olduğu kesindir. Görünüşte mahkûmları sayısız göz takip eder, çok sayıda yasa, kural ve yönetmelik onların üzerinde baskı kurar, fakat cezaevi topluluğu yine de kendi özel dünyalarında yaşamaya devam ederler. Cezaevi ebedi ve değişmez bir ev olmayıp, kişilerin sık sık değiştiği, birilerinin gidip, birilerinin geldiği kervansaraya benzer, ama buna rağmen bir bütündür ve özgündür... Cezaevi topluluğunun kuralları, sanki oranın havasında yaşar, sanki cezaevi duvarları mahkûmlara bu kuralları sürekli anlatmaktadır... Cezaevinde yoldaşlık kurallarına, diğer kapalı kurumlarda olduğu gibi kutsal bir şey olarak ciddiyetle uyulmak zorundadır; burada basit bir eylem dahi önemli bir suç olarak görülür ve bu noktada izafi sertliğe karşı yegane direniş şekli kişilerin içe kapanmasıdır. Bu açıdan pansiyonlar, yatılı okullar, enstitüler ile cezaevleri arasındaki benzerlikler oldukça şaşırtıcıdır (Maksimov, 1981: 335-337)

Konuyla ilgili etnografya yöntemleri kullanılarak kapsamlı bir araştırma G. F. Hohryakov tarafından, SSCB cezaevlerinden birisinde yapılmıştır. Hohryakov, “içeride” mahkûm davranışlarını düzenleyen olguların “teamül hukuku” olduğundan bahisle; burada geleneksel hukukun ana ekseninin adalet kavramı olduğunu dile getirdiği satırlarına şunları ilave eder; “Hürriyetin sınırlandığı bu mekânlarda, kendine özgü bir anlaşma yolu olsa bile, adaletle olan talep oldukça yüksektir. . . İhlâl edilen bu adalet dengesinin korunup kollanması da bir ihtiyaçtır. Bu rolü topluluk liderleri üstlenirler. Mahkûmların geri kalanları, adaleti koruma hakkını ona devreder ve söz konusu lider, bu yetkiye dayanarak ortak eğilimleri belirler. Liderlerin (babaların) bu yolda hakimiyetlerini kaba kuvvet ve yumruk gücüyle kurdukları varsayılırsa da, tam olarak öyle değildir. Onlara, sessiz çoğunluk tarafından saygı duyulur.” (Khokhryakov 1991: 78).

Yasa bekçileri “aksakallar” olup, enformel davranış normlarının bilgeleri olarak şerefli bir konuma sahiplerdir. Onların işgal ettikleri yüksek statü, bu normların kaydedilmemesi, yâni “gayri resmi kanunun” kodlanmamasıyla ortaya çıkar. Bu yüzden onları sadece akılda tutmak gerekir. Ayrıca bu normların uygulanması esnasında genellikle geçmişin tecrübelerine ve benzer vakaların analizine atıfta bulunulur. Bu sebeple, herhangi bir kavga, niza söz konusu olduğunda, sadece normları iyi yorumlayabilmek değil, aynı zamanda bu normların uygulanma örneklerini de göz önünde bulundurmak gerekir. Bilgeler, çoğunlukla hapisanelerde uzun süre mahpus kalmış olmanın tecrübesine sahip kimselerdir. Bazen bir liderin iki işlevi bir arada yürüttüğü de olur; o, gerek gayri resmî normları bilen bir bilge, gerekse onları fiiliyata geçiren bir icracıdır. Çoğunlukla liderin “hukuk danışmanları” bulunur.

Lider gruplarında davranış normlarının uygulanmasını gözetleyen veya onları doğrudan uygulayanların olması da gerekir. Bunların büyük bir zekâ veya tecrübe sahibi olmaları ge-

rekmez, önemli olan liderin iradesini kesin biçimde uygulayabilmeleridir.

Son olarak bu gruplarda “baş” ile, diğer hükümlüler arasında aracı olan mahkûmlar yer alırlar. Liderler, gruplara mensup hükümlülerle doğrudan ilişkiye girmezler. Bu konuda birtakım kuralları söz konusudur. Bazı hükümlüler farklı bir seçim yaparak, idare ile işbirliğine gittikleri olur. Böyle bir tercihin bedeli ise oldukça ağırdır, zira onlar topluluğun temel ilkelerinden en başta geleni ihlâl ederek, düşmanla işbirliği yapmışlardır. Bir zamanlar, kendi kanunlarına göre yaşayan hükümlüler, içinde yaşadıkları mekanların; hapisane duvarları veya güvenlik araç gereçlerinin onarımıyla ilgili çalışmalara katılmayı reddetmekteydiler. Bütün bunlar toplumun hükümlüleri burada tutmasına yardım edecek hiçbir şeyi yapmama ilkesine aykırı durum olarak değerlendirilmekteydi (Khokhryakov 1991: 79).

Hapishane idareleri yazılı olmayan kanunları ihlâl edenleri, kendi amaçları doğrultusunda kullanırlar: “Herhangi bir davranış kuralını ihlâl eden mahkûmlar bu listeye dahil edilir. Bu tipler, diğer hükümlüler tarafından gayri resmi yaptırımlara maruz kalma korkusuyla, idareyle işbirliğini devam ettirmek zorundadır. Bu tür olayların tamamı hükümlü topluluk tarafından bilinir ve liderler bunu propaganda amacıyla kullanırlar. Hapishane düzeni ne kadar sıkıysa, idareyle gönüllü olarak işbirliği yapanların durumu da bir o kadar zordur” (Khokhryakov 1991: 80-81). Bu kanunların ihlâli, dışlanmışlar (düşkünler) grubunu oluşturur. Topluluğun normlarını ihlâl edenler gerçekten de dışlanarak, yatma ve dinlenme yerlerinin en berbat alanları onlara tahsis edilir (eskiden tahta yatakların altında yatmak zorundaydılar), yemekhanede masaları ve sinema salonunda onların yeri ayrıdır... Banyolarını herkesten ayrı ve en son olarak yapmak zorundadırlar. Onları kurtaran tek şey, resmi olmayan kanunların onlarla ilişki kurmayı yasaklamış olmasıdır. Onlar dokunulmazdır... Onlara karşı, genel olarak gayri resmi davranış normlarını

ihlâl ettiklerinden, livata cezası uygulanır. Dışlanmışlar, idareyle işbirliği yapan işgüzar grupçukların üyelerine yakındırlar. Bu yakınlık onların topluluk içindeki benzer durumlarıyla ilintili olup, her iki grubun da topluluğun temel kurallarını çiğnemiş olmalarıdır.

Elbette, gönüllüler daha yüksek zekaya, daha güçlü iradeye sahiptirler, ama iki kesimin de genel durumları onların uyum göstergelerini etkiler. Ve birilerini sürekli takiplere karşı resmi yasaların, diğerlerini ise gayri resmi yasanın koruması gerçeği durumun özünü değiştiremeyecektir. Yazılı olmayan yasalar cebir ve şiddetle desteklenir: bunun için “...davranış kurallarının uygulanmasını zorunlu kılabilen gerçek bir güç ortaya çıkmakta, topluluk içinde davranış normları sistemi, bir ‘norm düzeni’, yani “kendi” yasalarını uygulama kuralları ve gayri resmi “davranış kuralları” doğrultusunda belirlenen yaptırımları uygulama prosedürü oluşmaktadır. Gayri resmi davranış normlarının ihlâlî hâlinde cezai müeyyideler; cinayet (% 20), ağır bedensel zarar (% 25), tehdit ve fiziki şiddet kullanılarak cinsel tecavüz (% 15), küçük bedensel zarar veya işkence (% 15), mahkemenin resmi yasalara göre holiganlık olarak nitelendirdiği eylemler (% 25) gerçekleştirilmektedir. Bu müeyyidelerin uygulanma sıklığı: idare ile iş birliği yapan mahpuslara yönelik cezalar (% 47), dışlanmış mahpuslarla iletişim kurma yasağına ihlal edenlere yönelik cezalar (% 12). Bu yaptırımların yaklaşık %18’i borçların “zorla ödetilmesi” kapsamında gerçekleştirilir, borcun geri ödenmemesi, borç yükümlülüğünün bedeli şiddeti öngörür. Örneğin dışlanmışların bazı özellikleri aşağılayıcı küfürler olarak kullanılır. Bu tür mahkûmlardan birine ilk defa aşağılayıcı bir takma adla seslenildiğinde, mahkûmun derhal cevap vermesi gerekir. Bu tepki aşağılayıcı hitabın gerekçelendirilmesini talep etmekten, cinayete kadar geniş bir yelpazede farklı biçimlerde tezahür eder. Kişi bu tarz bir davranış karşısında sessiz kalırsa, bu aşağılayıcı lâkabı kabûl ettiği ve kendisine dayatılan statüyü

kabûl ettiği anlamına gelir. Topluluk tarafından o, artık bir dışlanmış olarak tanınır (Khokhryakov 1991: 82-C. 87).

İçinde bulundukları topluluktan bir şey çalanlar “fareler”, olarak adlandırılır ve tekmelenerek, yatakların altına itilirler. Hırsızlar da dışlanarak, “düşkün” ilân edilir ve bu gruba ait olma durumu ömür boyu devam eder. Örneğin bu tür hükümlüler, başka bir hapis haneye gönderilip veya başka bir suç sebebiyle yeniden hapse girdiklerinde kendilerine verilen bu statüyü gizleyebilirler. Fakat yeni yerinde onun eski durumu öğrenildiğinde, statüsünü ve lâkabını gizleyen kişi acımasız bir şekilde cezalandırılarak, “düşkün” hayatı yaşamaya mahkûm edilir. Çok nadir olarak geçmişlerini saklayabilen bu tipler için er veya geç geçmiş statüleri bir şekilde ortaya çıktığında, gereken ceza derhal icra edilir (Khokhryakov 1991: 89).

İlginçtir ki, arkaik toplumlarda benzerleri görülen bu mecelle, davranışların tamamını ayrıntılı biçimde düzenleyip, hayatı en küçük detaylarına varıncaya kadar standart hâle sokar. Resmi kurallar sizi nasıl düzenli olmaya zorlarsa (tırışlı, temiz, düğmeler iliklenmiş), gayri resmi davranış kuralları da giyim kuşamda özensizlik durumlarında ceza öngörür. . . Üstelik öngörülen bu cezalar daha serttir. Bazı kurallar gözetilerek, kişi ikaz edilir. Önce kıdemli hükümlülerden biri, sabah kalktığında kötü kokulardan şikâyet ederek imada bulunur. Bunun için nöbetçiyi azarlayıp, havalandırmayı daha sık açmasını ister. Eğer bu dolaylı ikaz işe yaramazsa, itibarlı mahkûmlardan biri pis kokuya sebep olan pasaklı kişiyle konuşur. Bu konuşma da işe yaramazsa, pasaklı kişi zor kullanılarak yıkanmaya zorlanır; lavaboya sürüklenip, üzerine su dökülür, ayakkabıları suyla doldurulur. Bu da bir işe yaramazsa, dışlanmışlar grubuna katılarak, düşkün ilân edilir.

Mahpushanelerde bireyin topluluk içindeki sosyal konumunu belirleyecek olan maddî ve manevî özellikleri (iktidar sembolleri) çok önemlidir. Gayri resmi liderler sadece iyi değil, aynı zamanda farklı kıyafetlere sahip olmalı, alt seviyedeki mahkûm-

lardan bir şey talep etmemelidir. En düşük seviyedekiler, sine-mada ve yemekhanede kendilerine tahsis edilen en kötü yerde oturmak zorundadırlar. Alt grupların temsilcileri için tipik olan ve onları diğerlerinden ayıran özellik, hakaret amaçlı kullanılan ifadelerin birer sembol haline gelmesidir... Örneğin, çocuk cezaevlerinde “babalar”, “tepeler” ve “patronların” ayakkabılarının ökçeleri, diğerlerden daha yüksektir. Bu sebeple bir ara mahpus-hane idaresi bütün mahkûmların ayakkabılarını eşitleme kararıyla, liderlerin ayakkabı ökçelerini kısaltmaları emri verdiklerinde, liderler bu emre uymuşlar, fakat ertesi gün yönetim, hükümlülerin geri kalanların hepsinin ayakkabılarının topukla-rını tamamen koparıp, attıklarına şahit olmuştur. Bundan sonra onlara “topuksuzlar” adı takılmıştır. . . Bir düşkün, başkalarına itiraz edemez, onların lâfını kesemez, dinlenme veya sigara içme odasından dışarı atılabilirler, onların her şeyine-yiyeceklerine, sigarasına vs.-el konulabilir (Khokhryakov 1991: 96-101).

Uyuşmazlığın çözümü: Herhangi bir şekilde mağdur olan kimse, sadece gaspedilen hakkın iade edilmesini talep etmekle kalmaz, aynı zamanda hakkın iade edilme safhasını takip ederek, özel olarak belirlenmesi hâlinde bazı yaptırımlar da uygulayabilir. Fail tarafından kendisine engel oluşturulması hâlinde mağdur, lider grupların temsilcilerine başvuruda bulunabilir. Mağdurun anında tepki vermesi gereken durumlar vardır: örneğin, dışlanmışlığın bir işareti olan takma adla çağrılarak, hakaret edilmesi gibi. Anında verilen tepki, genellikle bedene yönelik fiziki hasar verme biçiminde olur. Hakaret eden kişi, genellikle savunma pozisyonunda kalmakla birlikte, mağdurun daha zayıf olması durumunda saldırıya da geçebilir. Bu durumda, hakaret edilen kişi ya hemşehrilerine ya da araçlar yoluyla “babalara” başvuruda bulunur. Bundan sonra “razbor” (racon kesme) safhası başlar. Anlaşmazlıkların çözülmesi her zaman ilgili tarafların katılımıyla gerçekleşir ve anlaşlıkları takdirde ceza türünü de kendileri belirlerler.

Genellikle, yargılama konusu birisi tarafından daha dışarı-dayken yapılmış olan eylemlerdir ki, hükümlülerden biri suç-ladığı kişinin bu eylemlerinden dolayı kendini zor duruma soktuğunu iddia eder. İşlenen suça ve cezaevi tipine göre bu ce-zalar farklılık gösterir; genel tip cezaevlerinde uygunsuz eylemler (muhabirlik, savcıyla işbirliği vb.) dövülerek cezalandırılırken, daha sıkı rejimli cezaevlerinde, daha sert ve acımasız cezalar uy-gulanır. Yargılama esnasında iddia sahibinin içtenlikle yanıldığı veya kendisinin kasıtlı olarak yanıltıldığı ispatlanırsa, farklı ka-rar alınabilir; ya “barış” kararı verilerek taraflar ortaklaşa ziyafet düzenler, ya da “davacı” taraf karşı tarafın uğradığı manevî zararı karşılamaya razı olur (çoğunlukla bu durumlarda içkili ziyafet olarak belirlenir, ziyafet masraflarını yanılmış olan kişi karşılar). Elbette, başka maddî ödeme biçimleri de mümkündür; davacı-yı kasıtlı olarak yanıltan kişi bulunarak, karar verilen yaptırım bizzat ona uygulanır (kısas).

Davranış normları kaydedilmediğinden dolayı, şu veya bu davranış normunun uygulanmış olduğu belirli vakaların yorum-lanmasına önem verilir (içtihat). Ama bu özel durumlar, herhan-gi bir şekilde kaydedilmediği için, bunların hafıza da tutulması gerekir. Bu sebeple, bilirkişiler veya “yasaları bilen hocalar” genel olarak uzun yıllarını cezaevlerinde geçirmiş olan hükümlülerden oluşur.

Her şey belirli bir kurala bağlı olarak işler. İlk olarak, suîis-timal gerçeğinin delillendirilmesi gerekir. İkincisi, gayrî resmî hukuk yasasını ihlâl eden kişinin suçunun belirlenmesi, üçüncü olarak da suçluya bir başka yaptırımın değil de, tam olarak bu yaptırımın uygulanmasının gerekli olduğunu ispatlamak gerekir. Mahkûmlar topluluğu ceza verirken failin kimliğini göz önünde bulundurmamak zorundadır. Müştekinin, delilleri ortaya koyması gerekir. Suçlanan taraf karşı bir takım deliller öne sürebilir. Her iki taraf şahit gösterebilir ve onların da ifadeleri alınır. Gerek-li delilleri elde etmek amacıyla, araştırma safhasının ertelendiği

durumlar da olabilir. Önemli bir şahit dışarıda yahut bir başka cezaevinde olabilir. Bütün bunlara rağmen gereken deliller yine de elde edilebilmektedir. Bu konuda mahkûmların “postaları” oldukça güvenilir ve hızlıdır. Ama yine de, tek bir cezaevindeki bulunan tutuklulardan temin edilmesi imkânsız olan delillerin toplanması ve incelenme işlemleri gerektirmeyen anlaşmazlıklar tercih edilir. Bu yargılamalarda yargıç olarak çoğunlukla gayrî resmî lider grup temsilcileri görev alırlar. Küçük anlaşmazlıklarda, yakın ve dar çevrenin katılımıyla gerçekleşen yargılamalarda, otorite sahibi lider mahkûmun oyu büyük ağırlığa sahiptir. Anlaşmazlık, taraflarının aynı hemşehri grubuna mensup olmaları durumunda, ihtilâf “hemşehrilik” kurumu içinde çözülür. “Hemşehrilik kurumu”, farklı bölgelerin temsilcileri arasındaki çatışmalarda kendi mensuplarının çıkarlarını koruyabilir. Gayrî resmî liderler, hemşehri kurumlarının faaliyetlerini kontrol etmeye, bu grupların otorite sahibi üyeleriyle iyi ilişkiler kurmaya çalışırlar. Bu nedenle, uyuşmazlıkların çözülmesi üzerinde etkisi vardır. Bu çözüm yolunun temel amacı, idarenin anlaşmazlıklara çözüm prosedürüne müdahalesini engelleyerek, kendi kanun, kendi düzen ve adalet anlayışlarının sürdürmektir..

Tahkim mahkemeleri kendiliğinden (spontane) olarak oluşur. Taraflar, aralarındaki ihtilâfın çözümü için otorite sahibi tutuklulara başvurabilir. Bazen, taraflı davranma, objektif olamama kuşkusuyla taraflardan birisi tahkimi reddedebilir. Reddetme talebi gerekçelendirildiği takdirde, itiraz genellikle kabul edilir. Hakemin kendisinin de çekilmesi söz konusu olduğunda, bunu da ayrıca gerekçelendirilmesi gerekir. Taraflardan biri, kuralların doğru biçimde uygulanması hususunda herhangi bir tutukluya soru sorup, ricada bulunabildiği gibi, mahkeme üyeleri de yardım için tutuklardan herhangi birine başvuruda bulunabilirler. Çevreden saygı gören, bir zamanlar kendisi de benzer bir anlaşmazlığa şahit olan mahkûmlar, bilirkişi olarak görev yapabilirler.

Sonuçtan memnun olmayan taraf, doğrudan veya aracılar üzerinden gayrî resmî lidere ve gayrı resmi kuralları bilen kişiye başvuruda bulunarak, bir tür temyiz talep edebilir. Bu kişilerin görüşleri verilen hükmün iptal edilmesinde rol oynayabilir. “Temyiz” makamı da belirli kurallara göre hareket eder. Ancak bunun için herkesçe kabûl gören otoritenin görüşünün ispatı ve ilk kararı veren kişilerce benimsenmesi gerekir.

Karmaşık davalarda, “hâkimler” kararın alınmasını taslağın saygın bilirkişiler tarafından görüşülmesine kadar erteleyebilirler. Görüşlerini almak için, adları (daha doğru bir ifadeyle, lâkapları) mahpushane dünyasında çok iyi bilinen, popülerlikleri günümüzün birçok milletvekilinden çok daha ünlü olan hükümlülere başvurulduğu durumlar da olur.

Bazen, örneğin kötü niyetli bir kişinin ciddi delillerle beraber suçüstü yakalandığı hırsızlık, muhbirlik vb. gibi durumlarda, ihtilâf konusunun çözümüne yönelik “yargılama” kendiliğinden gelişir. Bu gibi durumlarda, dava konusu dikkatli bir şekilde incelenir. “Ön soruşturma” gerçekleştirilir, tanıklarla görüşülür ve onlardan soruşturma konusuyla ilgili bildiklerini ve soruşturma sırasında öğrendiklerini açıklamayacaklarına dair söz alınır, gelenek ve görenekler konusunda bilge kişilerle istişare vb. edilir. Bu “ön soruşturmanın” bütün sorumluluğunu lider gruplar üstlenirler.

Bu ön hazırlık, tutuklulardan birinin çok ciddi bir suçu (idare ile gizli işbirliği, lider grup mensuplarının topluluğun davranış normlarını ihlâl ettiklerine yönelik ciddi iddialar) işlemiş olma şüphesini doğrulamak için gerçekleştirilir. Neredeyse her zaman, zanlıya kendini haklı çıkarma için savunma fırsatı verilir. Hatiplik kabiliyeti olanlar böyle durumlarda oldukça avantajlıdır.

Genel olarak mahkûm camiası, hitabet yeteneği olanlara, duygulara hitap etmesini ve onları soru yönetmesini bilen kişilere karşı kayıtsız değildir. Bununla beraber “mahkeme” bazı

durumlarda, suçlanan kişinin hitabet yeteneğinden çekinildiği için, ona konuşma imkânı tanınmadığı da olur. Ayrıca suç delillerinin açıkça ortada olduğu hâllerde, zanlıya konuşma hakkı tanınmaz. Sovyet cezaevi sistemi, kendine özgü saygın bir insan (özel tehlike arz eden azılı suçlu) tipi yaratmıştır. Yasaya göre, bu mahkûmlar için tek bir mekân öngörülmekte, mahkûmlara görünüş bakımından diğerlerinden farklı çizgili giysiler verilmekte ve özel rejimli kolonileriyle... (Gulaglar) bu mahkûmlar, cezaevi geleneklerini korumakla, hapishane kardeşliğine ve adalete olan inancın savaşçıları olmuşlardır (Khokhryakov 1991: 103-117).

Mahpushane idaresi her zaman gayrî resmî yapılarla işbirliği içindedir.. Bunun için çalışma gruplarının yöneticiliğine otorite sahibi mahkûmları atarlar. Onların iç örgütlenme öğelerini görmezden gelir: prestijli iş yerlerini lider grupların mensupları işgal eder, liderler iş sırasında iş yerini terk ederek, topluluğun grup içi çıkarlarıyla ilgili işlerle uğraşır, onların yapmaları gereken işleri başkaları yapar. Bazen idare doğrudan onların yardımına başvurur. Herhangi bir karar aldığı anda, onların tepkilerini de hesaba katarak, mahpushane idaresi liderlerle iş birliği yaparak, bizzat kendileri yasaları ihlâl eder (Khokhryakov 1991: 148-149).

“Zahav.ru” isimli bir sosyal medya sitesinde bir muhabir, vatandaşlarımıza İsrail hapishanelerinin “yazılı olmayan yasalarını” tanıttığı (Kurallar ... 2007) bir belgeselde, yaptığı işin pragmatizmini şu sözlerle dile getiriyordu: “... tabii ki, bu malzemelere okuyucularımızın ihtiyacı olacağına zannetmiyorum, ama yine de belli olmaz, malûm bir Rus atasözünde dendiği gibi; sakın ola hapishaneyle, dilenci çantasıyla işim olmaz” demeyin. Devamında; “Bu kurallar, dünyadaki bütün diğer cezaevlerinde kabûl edilenlerden çok da farklı değildir... Diğer cezaevlerinde olduğu gibi, İsrail cezaevindeki mahpuslar arasında da katı bir hiyerarşi vardır, kendilerine ait yazılı olmayan, ama çok sert yasalar geçerlidir. Aslında cezaevine girecek olan birinin onları önceden bilmesi hiç de fena olmaz.”

3. “Sokak Serserilerinin” Teamül Hukuku

Gençlik alt kültürleri de (futbol ve müzik tutkunları, sokak holiganları) kendi yasalarını oluştururlar. 80-90’lı yıllarda ülkede “sokak holiganları” özellikle güç kazandıklarında, ağırlıklı olarak Rusya’nın birçok şehrinde (örneğin Kazan’da) oldukça yüksekti. “Teamül hukukunun” yasaların araştırılmasına yönelik ilk çalışmalar da aynı yıllarda bunlar üzerine yapıldı.

Her bir grup için bir iç hiyerarşi söz konusuydu. Bunlar, kendi adlandırmalarıyla; “kabuk” (10-13 yaş), “süper” (14-16 yaş), “genç” (17-18 yaş), “yetişkin”-“yaşlı” (18 yaş üstü) gruplardan meydana geliyordu. Her grubun kiminle kavga edip, arkadaş olacağına, kimin affedileceğine veya kime ders verileceğine karar veren otorite sahipleri vardı. Sokak çetelerinin programları ve açık hedefleri yanında, grup katılımcıları arasındaki davranış ve ilişkilerin “mevzuatı” yürürlükte idi.

Bu kurallar diğer gruplarla olduğu gibi, polis, zabıta vb. ile karşılaşma ve çatışma hâlinde de geçerlidir. Başka bir gruba geçmenin, “sırları” açıklamanın, iç davranış normlarıyla, hasım gruplarla ilişki kurarak, kuralların ihlâli halinde ceza sistemi oluşturmuşlardı. Grup belli bir alana sahip olduğu gibi, kendine özgü gelenek ve jargonun oluşturması, grup liderleri arasında “mahalle diplomasisi” (hasımlık şartlarında bile) tarafından desteklenmekteydi (Baal 1991: 283-289).

Ele alınan grupları karakterize eden unsurlar şunları içeriyordu:

1. Etki alanının varlığı ve onun genişletilmesi için mücadele,
2. Grubun sıradan üyelerinin hak ve görevlerini, keza liderlerin ve diğer otorite sahiplerinin hak, görev ve imtiyazlarını düzenleyen sistemin oluşturulması,
3. Grup liderlerine yakın en sert üyeler arasından seçilen bir “zorlayıcı aygıt” oluşturulması,
4. Mevcut kural ve geleneklerin ihlâl edilmesi durumuna yönelik bir ceza sisteminin varlığı,

5. Gruplar arasında ittifakların oluşumu, zayıfların daha güçlüler tarafından yutulması,

6. Silahlanmanın gerekliliği ve güçlendirilmesi,

7. Suçların ve diğer hukuk ihlallerinin planlanması,

8. Düşmanlığın kısıktılmasına yönelik tekniklerin ve yöntemlerin kullanılması, bu amaçla grubun “düşman” imgesinin biçimlendirilmesi ve desteklenmesi,

9. Grup içinde para toplamak, kontrol edilen bölgede yaşayan diğer ergenlerden haraç almak, büfe ve kooperatifleri haraca bağlamak, hedefe yönelik soygun ve çete saldırıları düzenleyerek, para ve eşya gaspetmek.

Bölge gruplarının çoğunda, bir “kavga” esnasında veya sonrasında (bu kavga, hasım bir grupta organize ve kitlesel kavga niteliğinde olduğu için) girişilecek soygun teşebbüsü, utanç verici olarak kabul edilir. Ancak bu “tabu” özel olarak plânlanmış çıkar amaçlı şiddet ve gasp suçları için geçerli değildir. Böylesi yağma vakaları genel bir toplantıda görüşülerek, kural olarak bu toplantılarda, dayak atma, “para cezasına” çarptırma veya suçu işleyen kişinin gruptan atılması da dâhil olmak üzere değişik cezaların uygulanması yönünde cereyan eder. Karşılıklı yardımlaşma, dayanışma, yoldaşlık ve kardeşlik duyguları... cenaze masrafları, para cezaları ödemek, cezaevinden tahliye edilenleri karşılamak vb. amaçlarla para toplanması gibi hususlar genel geçer kurallardır. Her grubun kendi dili, “efsanevi kahramanlık” hikâyeleri vb. kuşaktan kuşağa aktarılan kültür öğeleri geliştirilerek, zaman içinde ortak bir ruhsal yapı, özel bir farkındalık bilinci, abartılı bir “biz-öteki” algısı oluşturulmaya çalışılır.

Bir liderin en önemli özelliği, sokak kavgasını başarıyla yürütecek kuvvet ve kabiliyete sahip olmasıdır. Gruplar arasında çıkan gerilim, ihtilâf konuları “hesaplaşma” denilen toplantılarda çözüme kavuşturularak aşılabılır. Bu toplantılara genellikle çatışan grupların en önemli isimleri temsilci olarak katılırlar. Bir grubun “hesaplaşma” teklifi, öncelikle karşı grup liderlerinden

birinin girişimiyle tartışmaya açılır. Konu, mahalli bir çatışmaya ilişkinse, çatışmaya katılmış olan belli bir yaş “alt grubuna” ait yeni yetmeler belli ölçülerde bağımsız davranabilirler. Bu durumda, eylemleriyle ilgili olarak üst yaştaki grup temsilcilerinin onayını almak zorunda değillerdir. Fakat yeni yetmelerin böylesine bağımsız davranışlarına, grubun tamamını ilgilendirmeyen konularla sınırlı olmak kaydıyla müsaade edilir. Daha üst yaş grubundan üyelerin çıkarları söz konusu olduğu takdirde, her türlü bağımsızlık girişimi engellenir. Çatışmanın çıkmasında suçlu taraf bir çeşit “tazminat” (belirli miktarda alkollü içki olarak tanımlanır) ödemek zorundadır. Bu “barış” içkisinin içilmesine sadece büyükler katılabilir.

Yeni üyelerin kabûl edilmesine ilişkin kurallar, teklif edilen kişilerin sonraki davranışlarına kefil olma kaydıyla, grupların “kıdemli” üyelerin tavsiyelerine bağlıdır. Bu durumda yeni üyelerin kavga etme yetenekleri, fizikî kuvvetleri, saldırganlık ve hooliganlık tecrübeleri gibi özellikler gözönüne alınır.

Grupların (örneğin Kazan’da) işleyişindeki örgütlenme biçimleri ve suçluluk oranları ne kadar yüksekse, güç mücadelesine dayanan iç çatışmalarda da o kadar azdır. Zira, geleneklere ve yaşlılara karşı davranış normlarının gözetimindeki kontrol daha katıdır. Teamül hukukuna göre, gruba dahil olmayan kişiler, grup çatışmalarına giremezler. Ayrıca yetişkinleri, özellikle yaşlıları veya bir kızla birlikte yürüyen kişiyi vb. rahatsız etmek asla kabûl edilemez. Ancak, son zamanlarda bu geleneklerin aşınmakta olduğu da gözlemler arasındadır (Kashelkin, Ovchinsky 1991: 305-324).

4. Mafya ve “Yasa”

Mafya yapılanmaları günümüz periferi ülkelerin sosyo-ekonomik hayatlarının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu tür yapıların, örneğin Çin veya Japonya’da uzun bir tarihî geleneğe sahip olduğu bilinmektedir (Bocharov, 2011c:185-205). Benzer oluşumlar

Batı için de geçerlidir. Onların faaliyetleri de teamül hukukuna tâbi olarak örneğin, İtalyan mafyasının; “acımasız yasaları” ve güçle ilgili efsaneleri sürükleyici dizi ve filmlere konu olmuş, son yıllarda “yasaları” anlaşıldığı kadarıyla daha az acımasız olmayan Rus mafyası hakkında da pek çok yazılar yazılıp, filmler çekilmiştir. Örneğin, son yıllarda Rusya Federasyonunu sarsan sipariş usûlü cinayet dalgaları, çoğunlukla haklı olarak, mafyanın yazılı olmayan örfi hukuku ihlâl eden “suçlulara” karşı uygulanan “hükümlerle” ilişkilidir. Bu tür bir “suç” ve takip eden cezaıyla ilgili ülkemiz kitle iletişim araçlarında şunlar anlatılmaktadır.

Belli çevrelerde (anlatılanlara göre) Kostya-Mogila olarak adlandırılan ve Fin körfezinde baraj inşaatı yanında, bir dizi şirketi kontrol eden işadamı K. Yakovlev’in 2003 yılında öldürülmesiyle ilgili ayrıntılı bir haber yayınlanmıştı. Proje, Avrupa Yeniden Yapılandırma ve Kalkınma Bankası tarafından finanse edilmekteydi.. Kommersant gazetesinine haberine göre, “Yasal hırsız” olarak tabir edilen kesimden bir başka grup, bu baraj inşaat işine ortak olmak istiyordu. Bu işe girmek isteyen hırsızlar grubu, özel tehlike arzeden suçlular arasında bir çeşit aristokrasiye yükselmiş kişilerden oluşan kendi onur anlayışları doğrultusunda yaşayan ve Rusya suç dünyasının en büyük kısmını kontrol etmekteydiler. Günün birinde Kostya-Mogila St. Petersburg havalimanı VIP salonunda bu “yasal hırsızlar”dan birisine, kaba ifadelerle; baraj işinden ellerini çekmelerini isteyerek, “cehenneme kadar yolun var” demişti. Böylece “baba”, sonradan kendisinin de anlayacağı üzere, suç etiğini iki kere ihlâl etmiştir. Birincisi; ihaleyi paylaşmak istememiş, ikincisi; otoriteye hakaret etmişti. İlginçtir ki, Kostya böyle bir suç karşılığında nasıl bir bedel ödeyeceğini de anlamıştı. Nitekim, akabinde Kostya’nın; “Bu bir son” dediğini arkadaşlarından birisine atfen Kommersant gazetesi aktarmıştır. Ve, beklenen son, 2003 Temmuz’unda Moskova’da, Kostya-Mogila sevgiliyle restorana giderken, cinayetle son bulmuştur (Avenarius 2007).

5. Ordu Alt Kültüründe Teamül Hukuku

Ordu alt kültüründe “babalık”¹ olarak adlandırılan kurum, asker anneleriyle, ülke liderlerinin de dikkatini çeken bir yapıya sahiptir. Son zamanlarda bu konu, kıdemli neferlerin veya “babaların” acemilere yönelik, çoğu zaman ölümle sonuçlanan “sataşmaları” ile ilişkili olarak sık sık gündeme gelmektedir. Asker dünyasının teamül yasalarıyla sıkı sıkıya düzenlenmiş olan bu yasaların (onlara karşı mücadele verebilmek için) iyi bilinmesi gerekmektedir.

Teamül hukukuna göre, belirli törenlere uymak kaydıyla, her asker ordunun gölge hiyerarşisi içinde yarım yıl arayla yeni bir statüye yükselir. Bir asker için, çavuş (resmî lider) rütbesini almak yerine, hak edilen bir “baba” (gayrî resmî lider) unvanını almak çok daha önemlidir. Ordu folklorunda bir söz vardır: “Yarım yıl - koşarsın, yarım yıl - yürürsün, yarım yıl - oturursun, yarım yıl da - yatarsın” diye. Bu ifade, mevzuatın bütün aşamalarını açık biçimde yansıtır. “Babalık” kurumunun yaşamasını sağlayan bu husus, bir çeşit devamlılık esasına dayanır; “acemi” asker ilk yıl çok eziyet çekmek zorunda kalsa da, “babaların” nasıl yaşadıklarını gösterir.

Kışla hayatının toplumsal yapısı, yaş ilkesine dayanır; bir sosyal yaş katmanından diğerine geçerken bireye yeni bir isim ve statü sembolü verilerek, yeni hak ve yükümlülükler tanımlanır. Adlandırma: henüz asker yemini etmemiş ve ayrı bir kışlada yaşayan acemiler için- fareler, filler, mamutlar, karantina, gençlik; ilk 6 aylık hizmet süresinde - ruhlar, saka kuşları, genç, pusiler, havuz sazanları (Deniz Kuvvetlerinde); hizmet süresinin ikinci 6 ayı (1 yıl): kepçe, yaşlı kazlar, hizmet; üçüncü dönemde (1-1.5 yıl): kazanlar, fırçalar, sülünler; dördüncü dönemde (1,5-2 yıl) babalar, büyükbabalar; ordudan terhis teskeresinin gelme-

¹ Rusça “dedovşina” teriminin (Rusça “ded” – “dede” kökündendir) aslında “dedelik” olarak çevrilmesi gerekir, ama gayrî resmî oluşumlar arasında otoritelerin “baba” olarak adlandırıldığı göz önünde bulundurulduğunda “babalık” sözcüğünün daha doğru bir tabir olabilir. (Ç. N.)

sinden sonra hâlâ kışlada bulunan askerler ise dembel² şeklinde yapılır. İlk ve son gruplar genel sıralamanın biraz dışında kalır. Askerlerin bir kategoriden diğerine geçişleri, çoğunlukla belli bir ritüel çerçevesinde gerçekleşir. Bu geçiş ritüel ve yöntemler farklıdır, yazar kendi kişisel tecrübelerini aktardığı bu durumda hiçbir utanç yaşamadığını, zira yaşananları bir tür folklorik merasim olarak değerlendirdiğini vurgular

Altı aylık bir asker, töreni yönetecek olan “babayı” seçer. Bu kişi, belindeki kayışı eline sararak, kemerin tokasıyla altı kere vargücüyle erin kalçasına vurur. Bu uygulama sırasında bağır-mak ayıp olmamakla beraber, darbelere sessizce dayanmak makbuldür. Bunun ardından, “Kepçe” unvanı alan asker, kıdemli arkadaşıyla, suni deriden yapılma kendi kemerini ona verip, karşılığında gerçek deriden onun kemeriyle değiştirir. “Baba” statüsüne geçildiğinde ise “kazan” yatağa uzanır, birkaç kişi onu kalın halatlarla darbederken, “koro” halinde darbelerden “canı yanan” askerin yerine yüksek sesle çığlık atarlar.

“Ruhlar” ile “babaların” karşılaştırılması üniforma biçimlerinde (statü simgeleri) özellikle açık bir şekilde görülür. Bir acemi vücuduna tam oturacak şekilde tadilat yapılmış (bel kısmına ek dikiş atılmış) ceket ve pantolon giyemez. Acemi asker, “ruhlar”a özgü suni deriden yapılma kemer kullanmak zorundadır. Kemerin tokası tamamen düz veya biraz eğilmiş olabilir. Kemer, onunla beden arasına bir parmak giremeyecek kadar sıkılmak zorundadır. Başında “ruh” şapkası, yâni eski ve büyük beden bir şapka olacak şekildedir. Onlara verilen yeni şapkalar çoğunlukla terhis durumunda olan “babalar”, eve dönerken kullanmak amacıyla el koyarlar.

Kıdemli askerler kendi üniformalarını bedenlerine göre yeniden yaptırırlar. Kemer kesinlikle gerçek deriden (bunları genellikle asker malzemesi satan mağazalardan alınıır), kemer tokası,

2 Dembel: Rusça “demobilizovannıy” ‘terhis edilmiş’ sözcüğünün kısaltılmış halinden bozma bir sözcük (Ç. N.)

yaklaşık 120-90 derecelik açıyla eğilmiş olur. Kemer oldukça esnek biçimde, hemen hemen kalçaların üzerine taşar. “Baba”nın şapkası küçük beden olup, açık mor renktedir. Bu renk, özel olarak hazırlanmış bir kütük üzerine yerleştirilen şapkanın, ayak-kabı boyasıyla muntazaman boyanıp, daha sonra bir havlu üzerinden ütülenmesiyle sağlanır. Çizmeler için farklı zamanlarda farklı standartlar geçerlidir; bunun için çizmelerin üst kısımları ütüyle düzleştirilerek veya özel teknikler kullanılarak, körüklü hale getirilir.

Yazılı olmayan bu yasalar çerçevesinde askeri personelin hakları ve görevleri, hâтта görünüşleri bile hangi kategoriye ait olduklarını gösterir. Bütün bu kategoriler arasında en az hak sahibi olanlar “ruhlar”, en ayrıcalıklı olanlar “baba”lardır. “Gençler” ve “kazanlar” ara konumdadırlar. Bir asker ne kadar kıdemliyse, o kadar çok hakka ve o kadar da az sorumluluğa sahiptir. “Ruhlar”, en pis, en ağır, rutin olanlar da dâhil, askerlerin yapması gereken bütün işleri yapmakla mükelleftirler; örneğin sabah kalktıklarında, ilk önce hem kendilerinin, hem de kıdemli askerlerin yataklarını toplamak zorundadırlar. Yat komutu verildikten sonra döşemeleri temizlemek, beyaz takma yakaları dikmek, çizmeleri parlatmak onların işidir. Bundan sonra zamanları kalırsa, kendileri temizlenip, yatağa girebilirler. Ama bu noktada da çok şansları olmayabilir. Zira, gündüz yatıp uykusunu almış olan kıdemli askerlerden biri, aceminin kendisine masal anlatmasını, sivil hayatı hatırlamasını, kendisine şiir okuyarak iyi geceler dilemesini vb. isteyebilir. “Babalık” kurumunun iyice yerleşmiş olduğu asker ocağında “babalar”, gençler arasında geceleri gerçek “gladyatör” dövüşleri düzenleyerek, onların tam temas halinde dövüşmelerini isterler. İtaat etmeyenler öylesine acımasızca cezalandırılır ki, böylesi cezalar sadistleri hayrete düşürecek cinstendir

Her kıdemli askerin bir nevi hizmet eri sayılan acemisi vardır. Kıdemli asker, aynı zamanda bu “hizmet erinin” hamisi konu-

munda olup, başkalarının onu incitmesine izin vermez. Büyüklerin küçüklere yönelik talepleri, küçüklerin bağımsızlık dereceleri de resmî kurallarla değil, özgün normatif algılarla belirlenir; küçüklerden ne istenir, ne istenmez gibi. Bu sebeple, kendine hizmet eden bir acemiye ufak tefek konularla sürekli taciz eden bir “babayi” fark eden kimse, bu kişiyi ikaz edebilir. Genç askerler de, büyüklerin adalet anlayışlarına güvenerek, kendilerine yönelik “sınırsız baskıyı” şikâyet edebilirler. (Khokhryakov 1991: 119).

Bütün bunlar, resmî rütbeli komutanların görmezden geldikleri ortamda gerçekleşir. Nöbetçi subayı elbette uygun olmayan bir zamanda koşulları kontrol edebildiği gibi, etmeye de bilir. Olağanüstü bir durum hâlinde, kıdemliler acemi bir askeri sakatladıklarında, komutanlar olayı son raddeye kadar saklamaya çalışırlar. Zira, bu artık mahkemelik bir durumdur. Bu durumda mağdur olan asker, alelacele askeri hastaneye sevk edilir (Slepnev 2006).

6. Futbol Tutkunlarına Ait Alt Kültürün Hukuk Normları

Futbol fanatiklerinde her taraftar hareketi, belirli sayıda şekillenmiş gruplar ve önemli sayıda da örgütsüz taraftarlardan oluşur. Bir fan grubu genellikle belirli rolleri icra eden ve belirli normlara uyan 15-30 kişidir. Grupların ezici çoğunluğunun belirlediği “tüzük”te; taraftar grup üyelerinin görevleri belirtilmiş olup, onlara uyulmadığı takdirde söz konusu kişi gruptan atılır.

Bir fanın otoritesi öncelikle gerçekleştirdiği “seyahatlere” bağlıdır. Özel seyahat hiyerarşisi ne kadar uzaksa, bir o kadar saygındır. Ayrıca “ikili”, “üçlü” (eve uğramadan peş peşe iki veya üç şehre gitmek) seyahatler de buna eklenebilir. Seyahate az sayıda taraftarın katılması, katılanların itibarını daha da artırır.

Her taraftar hareketi kendine özgü sosyal yapıya sahiptir. Öncelikle holiganlar veya futbol holiganları, taraftar hareketinin en aktif ve saldırgan üyeleridir. Onlar taraftar oldukları takımın

bir çeşit elit rolünü üstlenmeye çalışırlar. Her taraftar, belli bir numara taşıyan özel simgelerle temsil edilir. Bu simgenin kaybedilmesi durumunda üye, ait olduğu fan grubundan atılmak da dâhil olma üzere çeşitli yaptırımlara maruz kalır. Holiganlar her yıl deplasmandaki maçların çoğuna gitmek zorunda oldukları gibi, özellikle kendilerine karşı düşmanca tavır takınan şehirlere giderek, bütün kavgalara katılmak zorundadırlar. Fanlardan biri, hasım fan grubunun simgelerinden birini ele geçirdiği takdirde, bu onun grup içindeki itibarını arttırır. Hasım gruba ait böyle bir simgeyi (kavgada elde edilmişse) ele geçiren fanatik, onu üzerinde taşıyabilir. Örneğin karşı gruptan birinin atkısından koparılmış bir parçanın, topuğa veya bileğe sarılması gibi.

Hiyerarşide, bunların peşinden fan grup üyeleri gelir. Bunlar genellikle bölge bazında; bir yerleşim birimi veya bir şehrin bir ilçesinde (veya semti) örgütlenirler. Genellikle bu tür fan grupları, sadece belirli bir kulübe bağlılığı değil, aynı zamanda söz konusu fan gruba aidiyeti yansıtan özel simgeler sipariş edip, kullanırlar.

Hiyerarşinin en alt basamağında yeralan ve “kuzmiç” olarak adlandırılan örgütlenmemiş taraftarlar, fan gruplarına ait olmamakla birlikte, fan grubunun faaliyetlerine katılabilirler, fakat asıl fan üyeleri onlara tepeden bakarlar. Dıştan katılan bu taraftarlar, genellikle mağazalarda satılan kulüp simgelerini kullanırlar ve fan grup üyesi taraftarlarına kıyasla daha az aktiftirler, yapılacak seyahatlere ne zaman katılacakları konusunda yükümlülükleri yoktur. Bunlar, aynı zamanda kavga ortamlarında en savunmasız olanlardır. Örneğin, deplasmandaki kavgalarda grup desteği alamazlar. Sonuç olarak bu genç taraftarlar, genellikle holiganların ve “babaların” baskısına maruz kaldıklarından, belirli bir miktar “haraç” ödeyerek, varlıklarını devam ettirirler.

Bir fan grubuna üye olmak için söz konusu grubun bir veya iki üyesinden (farklı gruplarda bu sayı değişebilir) referans almak gerekir. Fan gruplarından birçoğunun tüzüğü vardır. Gidilmesi

gereken “yakın” ve “uzak” seyahatlerin sayısı genellikle tüzükte belirtilmiştir. Bazı durumlarda “uzak” seyahatlere gideceklerin asgari sayısı da belirtilir.

Grup içinde her taraftar belirli bir sosyal rol üstlenmekte; örgütlenme, haberleşme, muhasebe yönetimi, halkla ilişkiler (söz konusu grubun diğer gruplarla ilişkileri kastedilmektedir) vb. çalışmalara katılırlar. Bazı gruplarda düzenli aidat toplama uygulanırken, bazılarında düzenli ödemeler yapılmamakta, paralar belirli amaçlara yönelik projeler için toplanır; örneğin grup için ilgili simgeleri içeren ürün siparişleri, pankart hazırlamak vb. gibi. Böylelikle bir fan grup, genel fan hareketi içinde yeterince özerk bir oluşumdur.

Taraftar alt kültürleri, ilke olarak toplumun genel kültürüne aykırı olmakla birlikte, kendi hayat tarzlarını oluşturmaya yönelik, fakat çatışmacı değildir. Nadir çatışmalar (örneğin taraftarların polisle çatışması gibi) olmakla birlikte, bunlar genel olarak futbol taraftarlarının girişimiyle başlatılmaz. Çatışmanın ağırlık merkezini, alt kültür içinde diğer fan grupları oluşturur. Belirli bir takımın alâmet-i farikasını taşımak, bunları taşıyan kişiye belli görevler ve sorumluluklar yükler.

İki farklı şehirdeki taraftarlar arasındaki ilişkilerin iyi olması durumunda, davet eden taraf, misafir olan taraftar grubunu karşılayıp, ağırlar ve yolcu eder. Birlikte hareket edilen böylesi ortamlarda, “ev sahipleri” her şeyi en iyi biçimde organize ederek, başlıca masrafları üstlenirler. İlişkilerin gergin, hatta kavgaya aşamasında olması durumunda, misafir taraftarlar muhtemel kavgada yalnız kalmamak için hep bir arada bulunmayı tercih ederler. En saldırgan olanlar, muhtemel kavganın yerini ve zamanını anlaşılarak belirlerler.

Taraftar kavgaları iki durumda baş gösterir. Birincisi, aynı şehirde bulunan iki takımın (örneğin Moskova’daki Spartak ile TSSKA) taraftarları arasında. İkincisi, geleneksel olarak rekabet hâlinde olan iki şehrin (Rusya’da Moskova ve St. Petersburg ör-

neği) taraftarları arasında. Taraftarlar, kavganın nasıl yapılacağı konusunda, Batılı kaynaklardan alıntılanmış yazılı olmayan normlara sahiptirler. Öncelikle, sıradan taraftarlar kavgaya katılmayıp, sadece holiganlar ve fan grup üyeleri çarpışır, takımların sıradan taraftarları herhangi biçimde baskı altına alınmaz. Örneğin, üzerlerindeki takım simgelerine el konulamaz. İkincisi, kavga esnasında herhangi delici ve kesici bir aletin kullanılması yasaktır. Taraftarlar sadece yumruklarını kullanarak dövüşecek, ele geçen sopa vb. şeyler kullanılmayacaktır. Üçüncüsü, kolluk kuvvetleriyle herhangi bir biçimde ilişkiye girmek, muhabirlik etmek yasaktır. Taraftarlardan birini satan/ihbar eden kişi, fan gruptan hemen ihraç edilir, zira böyle bir rezalet sadece muhabiri değil, grubun tamamını bağlar. Fakat gerçek hayatta bu kurallara uyulduğu pek söylenemez. Sıradan taraftarlarla, fan üyeleri arasında ayrım gözetilmez. Sadece yumrukların kullanıldığı bir kavga olmaz. Taraftarlar, metal tokalı kemer veya şişe kullanır, kavgalarda sık sık metal çubuklar, taşlar, sopaların vb. kullanılması sebebiyle ağır yaralanmalar olur. Polisle teması yasaklayan kurallara, az da olsa riayet edilir. Taraftarların polisle temasını teyit eden veriler çok nadirdir ve istisna teşkil eder (İlle 1999).

7. Günümüz Kurumlarında (Şirketlerde) Teamül Hukuku

Günümüz şirketlerini, korporatif kültürü açısından incelenmesi “şirket antropolojisi” olarak adlandırılan yeni bir disiplin içinde değerlendirmek gerekir (Romanov 1999). Bu kültür, bünyesinde söz konusu kurumların faaliyetini düzenleyen hukukî belgelerde çoğunlukla aykırı, özgün davranış kuralları barındırır. Dolayısıyla günümüz şirketlerinde teamül hukukunun kanunların rolü fevkalâde önemlidir.

Daha önce uzun bir süre St. Petersburg taksi şirketlerinden birisinde hareket memuru olarak çalışan St. Petersburg Üniversitesi, Sosyoloji Fakültesi kız öğrencilerinden biri (Y. B.) 2007 yılında gözetimimiz altında bir bitirme tezi hazırlamıştı. Tez’de,

katılımcı gözlem tekniğinin uygulanmış olması, bize bu konuda benzersiz bir malzeme sağlamıştır. Sözkonusu çalışmada, ulaşılan sonuçlardan bazılarını burada paylaşmak isterim.

Şirket çalışanları arasında Rus matruşkası ile karşılaştırılabilecek cinsten üç farklı seviye bulunur: idare, hareket amirleri ve taksiciler. Bir önceki seviyedekiler, sonrakilerin işi ve grup içindeki ilişkileri konusunda bilgi sahibi olmadıklarından, kendi aralarında iletişim kurarak, “yeni normlar” oluşturmuşlardır. Fakat bu normlar, ancak gerçekliğe (akl-ı selime) uymaları durumunda geçerli olmakla birlikte, yine de bir önceki katman her şeyi tam olarak bilmediğinden, sadece izin verildiği kadarını bilir. Herkes, fiili durumdan memnun olmak kaydıyla, “gerçeklik” kurum içindeki bu uyumu ayakta tutar. Bu uyum, bir taksi şirketi düzeyinde bile olsa, idarenin kararları çoğunlukla anlamsız bulunarak, dolayısıyla uygulanmaz. Bu kararlar, çalışanlar tarafından kendi çıkarlarına yönelik belli başlı eylemlerini haklı gösterebilmek için “perde” olarak kullanılır. Bu konuda “vardiya defterinden” alınmış şu kayıtlar, buna örnek teşkil etmektedir: Dikkat: Sıradaki ilk üç kişi siparişleri (müşteri almak) yerine getirmek üzere her zaman hazır durumda olmalıdır. Hazır olmadığı takdirde, hareket amiri nöbetinin sonuna kadar “liste dışında kalır”.

“Liste dışı kalma” bir vardiya içinde bir defaya mahsus, 45 dakika süreyle geçerlidir. Ama sırası gelen sürücünün hazır olmaması veya “atlanmak” istemesi durumunda vardiya sonuna kadar devre dışı kalabilir (kendisine iş verilmez). “Nakit olmayan” bir siparişe gitmeyi reddetme durumunda, “liste dışı bırakılma” ve benimle hesaplaşınca kadar “kara listede” kalma riskiyle karşı karşıya kalınacak demektir. Sipariş alındıktan en az 20 dakika sonra “listeye girecektir.”

Aslında, Y. B.’nin belirttiği gibi, yazılı olan bu talimatlara pek uyulmadığı gibi, her durumda hareket amiri kimi “atlayacağına”, kimi listeye alacağına veya almayacağına kendi karar verir.

Diğer taraftan, idarenin sabit fiyat konusundaki talebine cevap olarak hareket amiri şöyle bir not bırakır: “sürücülerin herhangi birinin bu fiyata servise çıkmaları için acaba bizler ne yapmalıyız?”

Bu tür bir tepki, Y. B.’nin belirttiği üzere, esasen bir istisnadır, zira hareket amirleri de sürücüler de susmayı tercih ederler. En son okudukları yönetmenlikler onların nazarında; “hayattan hiçbir şeyden anlamayan kimselerin” sözleridir

Taksicilerin, hizmet bölgesiyle, araba üzerindeki mülkiyet biçimine (kendi arabası, başka bir sürücünün arabası veya taksi şirketine ait araba) göre oluşan farklı gruplar vardır. Hareket amirleri, her grup taksiciye farklı davranmakla, bu davranışlar doğal olarak siparişlerin dağılımına da yansır. Başka bir ifadeyle, sürekli işe çıkan arabalar “imparatora yakın” olarak adlandırılan grup için geçerlidir. Bu grupta birkaç sürücü vardır (1 ilâ 6 arasında), en kazançlı siparişler (telsize girmeden ve sıra bekletmeden) onlara verilir. Genel olarak bu işleyiş bilinmekle beraber, gerek üstlerden, gerek diğer sürücülerden, gerekse başka vardiyaların hareket amirlerinden özenle saklanılır.

Sovyet döneminde böyle bir “işbirliğine” girmenin cezası oldukça ağırdı (hareket amirinin de, sürücünün de işten atılmasına kadar). Şimdilerde, “yapılanlar belli sınırları içinde kalmak kaydıyla” kimse bu durumu fazla önemsememektedir. Zaman zaman sürücüler sahte “kazançlı siparişler” oluşturarak, bunun telsize yansıyor yansımayacağını kontrol ederler. Y. B. bununla ilgili bir vakayı şöyle anlatır; bu yöntemle “yakalanan” hareket amiri işine devam ederken, “sürücünün, bildiği kadarıyla artık kendileriyle çalışmadığını” söylemekle yetinilir. Anlaşılabacağı üzere, teamül hukuk normlarına karşı gelmek, ciddi yaptırımlara neden olur.

Bir kural olarak “çalıştırılan” sürücüler, başka sürücülerle diyaloga girmeyip, genellikle kendi aralarında iletişim kururlar. Ayrıcalıklı sürücünün davranış normları, hareket amirinin cep

telefonu faturasının ödenmesi, hareket amirinin işe götürülüp getirilmesi gibi hizmetleri öngörür. Sürücünün örfî kuralları ihlâl etmesi (hareket amirinin “iş” karşılığında ödeme yapmaması, eve götürmemesi, telefon faturasını ödememesi veya önceden haber vermeksizin birkaç gün ortalıkta görünmemesi gibi) durumlarda, “işbirliğine” son verilir. Hareket amirinin hizmeti karşılığında, kendine düzenli olarak ödeme yapılması gerekir, “şu an üzerimde nakit yok” gibi açıklamalar “gayrı ciddi” olarak değerlendirilir.

Diğer grupta yeralan kimseleri, sıradan sürücüler veya “ölümlü insanlar” grubu oluşturur. Bunlar “listede bekler” ve müşterileri sırayla alırlar. Hangi müşteriyi kimin alacağına hareket amiri karar verir, seçimin nasıl yapılacağı aralarındaki ilişkiye bağlıdır. Bunun için hareket amiri kimden ne alacağını, kimden “teşekkür” bekleyeceğini, kimin bunu yapmayacağını gayet iyi bilir.

İlginç olan, bu işlerden az çok haberdar olan her sürücü, “çalıştırılan” sürücülerin kimler olduğunu bilirler, fakat herkes “böyle gelmiş böyle gider” sözü doğrultusunda bu durumu kabullenmiştir. Dolayısıyla, yazılı olmayan hukuk normlarının meşruiyeti “geçmişe” atıf yapılarak devam eder. Taksicilerden birisi; “Başka taksiciler size nasıl bakıyor?” sorusuna; “elbette bu bazılarının hoşuna gitmeyebilir, ama herkesin elinden geldiği ve istediği biçimde çalıştığını zaten herkes biliyor; birisi çok şanslı olabilir, bazıları değildir, hayatın kanunu bu” türünden cevap verecektir.

Taksici grubu içinde kendilerine özgü gayrî resmî hukuk normları geçerlidir. Her taksici kendi bölgesinde çalışmak zorundadır, bir taksicinin bölge değiştirmesi, diğer taksiciler tarafından hoş karşılanmaz. Her bölgede taksi durakları için (en kazançlı yerleri taksiciler kendileri belirler) bir sıra vardır ve bu sıranın ihlâl edilmesi kavgaya sebep olur.

Taksicilik mesleğinde iş birliği ve yardımlaşma en önemli bileşendir. Gruba alınan taksici, trafiğe takılmamak için nereden

gidilmesi gerektiğini, hangi oto yıkamada sıranın olmadığını her zaman bilir. İster kaza durumunda, ister bir kavga durumunda olsun, grup yardımına güvenebilir. Acemilerin denenmesi doğrudan bu hususla ilgilidir. Eski üye istediği bir zamanda yeni üyeden yardım isteyebilir, onun yardım etmemesi halinde grupta herkes bundan haberdar olur; artık o kişi kimseden yardım alamaz. Hareket amirleri grubu içinde de kendine mahsus bir ilişki sistemi vardır. Çalışma süresine ve “olumlu sonuçlara” bağlı olan “sosyal yaş” önemli bir etkidir. Zaman içinde kişiler grup dayanışmasına bağlı olarak; eve erken gitme, işinin bir kısmını başkasının yapması gibi çeşitli ayrıcalıklara sahip olurlar. Kişinin gruba ait (hareket amiri vardiyasının) tüm haklara sahip üyesi olduğunun başlıca göstergesi, hareket amirinin tavsiyesi üzerine “sürücü almak” olarak tanımlanabilir. Yâni, gerekli otoriteye sahip olmak (“bizimki” olarak kabul edilmek), “yabancıyı” işe almak için referans gerektirir.

Her vardiya kapsamında, “çalıştırma” ile ilgilenen birkaç (üç kadar) hareket amiri yeralır. Müşteri seçiminde ciddi bir düzen söz konusudur; bol kazançlı işler vardiya başkanından geçer, akabinde öteki hareket amirlerine kadar ulaşır. Fakat bu, “yönetici” hareket amirinin her şeyi “kendine topladığı” anlamına gelmez; onun otoritesinin temel dayanaklarından birisi, “başkalarının da kazanmasına imkân tanımaktır”.

Taksiciler mesleki faaliyetleri esnasında değişik “gayri resmi” grupların (trafik polisleri, korsan taksiciler, eğlence ve hizmet sektörü çalışanları) temsilcileriyle karşılaşır. Bir trafik polisinin bir taksiciyi durdurmaması nadir olduğundan, polisle, taksici arasındaki ilişki her zaman taksicinin cömertliğine bağlıdır. İlişkilerde herhangi bir gerginlik yaşanmaz; herkes karşısındakinin daha ağızını açmadan ne istediğini bilir, geriye sadece fıkralar kalır. Taksicilerle, restoran garsonları, otel yöneticileri arasında “karşılıklı çıkara dayalı müşteri temini” konusunda belli bir anlaşma söz konusudur. Taksicilerle yapılan anketlerden:

“Ben Petrogradka bölgesinde çalışırken, telefon numaram Akvarel restoranında vardı, aradıklarında geliyor 100 ruble verip, müşteriye alıyordum.

- Müşterinin nereye gideceği önemli değil miydi?
- Nereye gideceği önemli değildi, ama biz 300 rubleden az almazdık... Bu yüzden 100 rubleyi vermek zorundaydık... Fakat başka bir yere gidilmesi gerektiğinde, normal olarak, fiyatlar çok farklıydı.”

Anlaşılabacağı üzere teamül hukuk normları, taksi şirketlerinin her seviyesinde ilişkileri düzenlemektedir. Bu normlar, her katman içinde adalet düşüncesi (grup içinde hakların eşitliği) temelinde üretilir. Katmanlar arasında ilişkileri düzenleyen hiyerarşik gayrî resmî hukuk anlayışının temelinde üstte bulunanların çıkarının gözetilmesi gelir. Adalet düşüncesi burada da geçerlidir. Üstteki kişi, grubun tamamı veya ayrı ayrı üyelerinin çıkarlarını gözeterek, onlara zarar vermediği sürece kendi ayrıcalıklı durumunu korur; “başkalarının da yaşamasına imkân vermek” zordur. Bir iş yerinde ilişkilerin düzenleyicisi olarak bu normların tutunabilmesinin sebepleri de burada saklıdır.

2. Bölüm

Hukuk Antropolojisi ve Teamül Hukuku

Hukuk ve Antropolojik Kökenler

Antik çağdan başlayarak, sosyal yapıya ilişkin iki farklı görüş hâkimdir: bunlardan biri; tarih içinde basitten karmaşığa doğru gelişen veya tam tersine daha ilkel biçimlere doğru yozlaşan evrensel oluşum, ikincisi; varoluşları herhangi bir genel yasa ve ilkeye bağlı olmaksızın biricik (somut toplum veya kültürler kapsamında) yapılarda somutlaşan oluşumlardır. Birinci görüş çerçevesinde Batılı düşünürler, insan topluluklarını tarihsel gelişim çizgisinde ilerlediğini ve bunun üretici güçlerin gelişimiyle, iktidar ve yönetim kurumlarının oluşmasında somutlaştığı sonucuna varırlar. Bu noktada hukukun ortaya çıkması, medeniyetin bir göstergesi olarak değerlendirilir. Örneğin Romalı şair Titus Lucretius Carus (M.Ö. 99-55) “Evrenin Yapısı” eserinde, geçmiş zamanla ilgili şunları söyler:

“İnsanlar toplumsal refahı hiç düşünmüyordu,
Ne ahlâkî kuralları ne de koruyucu kanunları vardı:

Herkes kaderin ona ganimet olarak yolladığını alıyordu...”

İkinci bakış açısını C. Tacitus’un Cermenler kitabında; Romalılarda görülen kusur ve günahların Cermenlerde görülmediğini dile getirdiği satırlarda görürüz. Almanların hayatları “tek başına egemen hükümdarları ve yazılı yasalarıyla” akıllıca düzenlenmiş olmasıdır. Tacitus’a göre “Ahlâk, Almanya’da diğer ülkelere göre yazılı yasaların etkili olduğundan daha etkilidir”.

Burada ilerleme fikri inkâr edilmemekle birlikte, ilerlemenin olumlu yanı şüphelidir. Ancak burada ırkçılığı reddeden, farklı hayat biçimlerinin (kültürler) eşit olduğu tezini savunan kültürel görelilik tezinin doğmakta olduğu göze çarpar. Thukidid’e

(M.Ö. 5.yy.) göre Helenizme olan ilgiyi onlara özenerek, Greklerle temas sonucu kazanmak mümkündür (Kleyn, 1999).

Sosyal yapıyla ilgili bu görüşler, sosyal bilimlerin bütün tarihi boyunca görülen, sadece “Hukuk Antropolojisi”nin teşekkülünü değil, aynı zamanda günümüze kadarki gelişimini de belirlemiştir. Bu durum öncelikle, söz konusu disiplinin odağında yeralan “teamül hukukuna” yaklaşım tarzında ortaya çıkar. İlginçtir ki, bu görüşlerden birisi hukuk ilminde, diğeri sosyo-kültürel antropolojide yaşatılmaktadır.

Hukuk Antropolojisinin Hukukî Kökenleri

1. Eski Çağ Topluluklarında ve

Ortaçağ Hukukçularında Teamül Hukuku

Atina’da derler ki; “İnsan hayatında yazılı hukuk, her şeyin üstündedir, yazılı olmayan hukuk da yazılı olanın üstündedir” Yazılı olmayan hukuk ebedidir, doğa tarafından verilmiştir, her türden insan topluluğu ona dayanır; Tanrılara saygı göstermeyi, yakınlarını sevmeyi, zayıflara acımayı buyurur. Yazılı kanun ise, her devletin kendisine özgüdür, ebedi değildir, değiştirilebilir, hatta yürürlükten de kaldırılabilir. (*Literatürde Yazılı olmayan hukuk “Doğal Hukuk”, yazılı olan hukuk ise “Pozitif Hukuk” terimleriyle geçer*)

İçeriğini hatırlayacağımız “Yazılı olmayan kanunun”un üstünlüğü fikri, Sophokles’in Antigona tragedyasında kısaca şöyle ifade edilir: Antigona, kendi ülkesinden kovulan Phiv hükümdarı Oedipus’un kızıdır ve bütün maceralarında ona eşlik etmiştir. Babasının ölümünden sonra memleketine döndüğünde Phiv’in düşman tarafından kuşatılmış olduğunu görür. Phiv’in yeni hükümdarı Kreont, Antigona’nın kardeşleri Eteokl (Eteokles) ile Polinik (Polyneikes) öldüğünde, Eteokl’u büyük bir merasim ve ihtiramla defnedilmesini, Polinik’i ise hain ilân ederek, cesedinin köpeklerle ve leş kargalarına atılmasını emreder. Antigona, hükümdarın bu emrine karşı gelip, ölüm tehdidi altında da olsa,

kardeşinin cesedini defin töreniyle, toprağa gömmeye karar verir. Kralın kolluk görevlileri kendisini yakaladığında Antigona haklı olduğunu savunur; ölümlü bir insanın emri (kan bağı olan kişilerin defnedilmesine ilişkin, kutsal görevin ifa edilmesini buyuran) yazılı olmayan, ama ebedi olan ilâhî kanunları iptal edemeyeceğini iddia ederek; kendisini hükümdar emrini ihlâl etmekle suçlayan Kreont'a şöyle der: "Evet bu emir, Zeus'tan ve ilâhî gerçekten kaynaklı değildir. Zira, yazılı olmayan kanun, yazılı kanunun üstündedir ve onu ihlâl etmek ölümden daha kötüdür. İdam etmek istiyorsan et, irade seninse, hakikât da benimlidir." Bunun üzerine bir mağaraya hapsedilen Antigona, orada açlıktan ölmeye terkedilir. Hükümdarın mahkemesi gerçekleşmiş, bundan sonra Tanrının mahkemesi başlamıştır. Tanrıların çok sevdiği bir kâhin olan kör Tiresiy, Kreont'u suçlayarak, doğanın ve Tanrıların kanununu ihlâl ettiğini söyler. Kreont şaşkın ve pişmandır; vermiş olduğu kararı iptal ederek, Antigona'nın serbest bırakılmasını ve Polinik'in icabeden şekilde defnedilmesini emreder. Tanrı kanununun, insanların kanunundan üstün olduğunu kabûllenir. Fakat geç kalınmış, Antigona yer altı zindanında kendini asarak intihar etmiştir. *(Bu eser, hukuk literatüründe doğal hukuk-pozitif hukuk çatışması kavramı açısından örnek gösterilir.)*

Eski Yunan'da hukuk ilmi, hukukun kaynağı olarak geleneğe son derece hassasiyetle yaklaşır. Örneğin Atina yüksek mahkemesine sadece ülkenin yazılı kanunlarını değil, aynı zamanda yazılı olmayan geleneksel kanunları da göz önünde bulundurarak karar alma yetkisi verilmiştir. Gelenek derken, eski zamanlardan beri var olan, fakat yazıya aktarılmamış hukuk normları kastedilmektedir. Bunların bir kısmı kutsal olarak kabûl edilmekte, kült ayrıntılar, dinî suçlar, aile ilişkileri vb. ilgilidir. Bu arada "**Periklos** dinî suçlarla ilgili davalarda sadece yazılı kanunların değil, aynı zamanda karar verme aşamasında din adamlarının dayandıkları yazılı olmayan kanunların da göz önünde bulun-

durulmasını tavsiye eder (Çernilovskiy, 1960: 19). Aristo, insan davranışlarının genel olarak yazılı kanunlarla değil, yazılı olmayan kanunlarla belirlendiğini düşünür: “Gelenğe dayandırılan kanunlar, yazılı kanunlara kıyasla daha büyük öneme sahiptir ve daha önemli konularla ilgilidir. Öyle ki, başta bulunan bir yönetici, yazılı olmayan kanunlardan daha güvenilir görünse de, geleneğe dayalı kanunlarla kıyaslandığında öyle olmadığı anlaşılacaktır” (Aristo, 1983: 482).

Romalı hukukçular da geleneğin hukukî özünü inkâr etmezler. Justinianos’un düzenlemelerinde (*digestorum*), Julian’a yapılan atıfla; “eskiden yerleşmiş olan gelenekler, kanun olarak gözetilmeyi hak etmektedir, gerçek hukuk da budur” denmektedir. Yine aynı yerde Hermohenian’a ait benzer içerikli bir notta şununla karşılaşırız: “uzun yıllar boyunca gözetilen bir şeye, yurttaşların sessiz sözleşmesi olarak, herkesin en az yazılı hukuk kadar uyması gerekir” (*Digesty Justiniana* 1984: 33-34). Gelenek, esasen yazılı kanunla eş tutulmakta, yargılama esnasında geleneksel kanunları uygulayan hâkimlerin karşılaştıkları zorluklara da dikkat çekilmektedir. Yazıya aktarılmadığı için birçok kişinin tam olarak bilemediği bu kanunların varlığı sürekli tartışma konusu olmuştur (Dobroe, 2001: 23). Bu “zorluk” ileride de görüleceği üzere geleneksel hukukun yargılamalarda kullanılması noktasında hukukçuları daha sonraki dönemlerde oldukça uğraştıracaktır.

“Sözlü hukukun temel unsuru olarak “gelenek”, Ortaçağ hukukçularının da ilgi alanında girmiş, Glossatörler,³ bir fiilin tekrarlanma sayısından hareketle, bu kavramı tanımlamaya çalışmışlar; geleneğin oluşabilmesi için bir fiilin iki kere tekrarlanmasının yeterli olacağı yönünde görüş beyan etmişlerdir. Glossatörler, geleneği inşa eden fiiller üzerinde durdukları halde,

3 Glassatör, Bologna üniversitesi bünyesinde 11. ve 12. yüzyıllarda oluşan bir hukuk ekolü.

post-Glossatörler⁴ geleneğin ancak yargı kararlarıyla yerleştirilebileceğini savunurlar; gerçi onlar da, örfî hukukunun oluşması için yargı dışı işlemlerin uygun olabileceğini mümkün görürler. Onlara göre eğer halk geleneği biliyor ve onun uygulanmasına engel olmuyorsa, demek ki fiillerin sıradan tekrarlanma durumuna hukukî güç atfedilmesine müsaade ediliyor demektir. Her iki ekol de, geleneksel hukukun objektif olduğunu kabûl etmiş olmakla, bu durumda söz konusu hükümlerin yargı tarafından da kabûl edilmesini zorunlu kılmaktadır. Yine de mahkemelerde bir geleneğin varlığının ispatı gerekiyordu ki, zira hâkimler geleneksel hukuktan habersiz olabilirlerdi. Böylelikle Ortaçağ hukukçuları geleneksel hukukun, Roma hukukçuları tarafından teklif edilen ispat yöntemini devralmışlardır (Tsaregorodskaya, 2007: 202-213).

2. Tarihi Hukuk Okulu ve Teamül Hukuku

Tarihsel hukuk okulu, teamül hukuku ile ilişkileri yönünden, kültüre verdiği özel önemi vurgulayarak her toplumun nev-i şahsına münhasır özellikleri olduğunun altını çizerek. Bu okul 18.yy Alman romantizm muhitinde kurulup, gelişir. Buna göre kültürel ve felsefî hareketin en önemli dayanağı, her ulusun doğasında varolan “millî ruh” kavramıyla, bu ruhun ana bileşeni olan dildir. Alman romantizminin kurucularından olan İ. G. Herder (1744-1803) millî kültürlerin “dış etkilerden mustarip” (maruz kaldığından şikayetçidir) olduğu hususuna değinir.

Herder’in görüşlerini paylaşan tarihsel hukuk okulu temsilcilerinden; G. Hugo, F. Savin, G. Puchta ve benzeri isimler Aydınlanma dönemi filozoflarının “doğal yasalar” tezine karşı çıkarak; her ulusun, kendilerine özgü bir mevzuata sahip olduğunu ve yasaların “ulusal ruhun” organik bir türevi olduğunu ileri sürerler. Savin’le (1779 – 1861) birlikte bu görüşü savunan diğer tem-

4 post-Glossatörler, 13. yüzyıl ortalarında Glosatörlerin yerini alan İtalyan hukuk ekolü.

silciler, hukukun sadece “dil” değil, aynı zamanda “ulusal ruhun” oluşumunda önemli bir rol üstlendiğini savunurlar: Hukuk, manevî birlikteliktir ve bütün insanların sorunlarını müşterek bir noktada çözebilecek yegane manevî güçtür. (Savin, 1876)

G. Puchta, yasal normların sadece insanların düşüncelerinde yaşayan inançlar saikiyle bağlayıcı olduğundan hareketle, geleceğin halkın ortak hisleri ve uygun çıkarlardan emin oldukları noktada ortaya çıkacağını, bunun dışında başkası tarafından yaratılamayacağını ileri sürer. Bu hâliyle gelenek, hâricî bir tezahürdür ve hukuku tanımanın bir yoludur (Puchta, 1828: 133-139, 144-147, 168-170).

Tarihsel hukuk okulunun temsilcileri yasaların yasa koyanın faaliyetine değil, halkın iradesiyle şekillenen örfî hukuka uygun olmasını savunarak, bir kodifikasyon talep etmekteydiler. Gelenek, temel hukukun kaynağı olmakla, kanunlar bu kaynaktan beslenirler: “Millî ruh” tarih tarafından yaratılmaz, bu ruh “halkın ruhudur” ve doğa ona sürekli olarak yatırım yapar (Büyük Ansiklopedi, 2004).

Bazı yerli avukatlar, ulusal gelenek hukukunu “millî ruhun” bir yansıması olarak gören tarihsel okulun görüşlerini uygulamaya devam etmektedirler. Örneğin, G. V. Maltsev’e göre halkın geleneklerini görmezden gelerek, “yabancı” gelenekleri körü körüne taklit etmek, geleneksel kültüre sahip toplumların yıkımına yol açar. Bu sebeple, bütün rasyonel yenilikler geleneğe uygun ve toplumun gelenekleriyle ortak payda içerisinde olmalıdır (Maltsev, 1999).

Tarihsel hukuk okulunun en önemli dayanağı, sosyo-kültürel antropoloji alanında öncelikle kültür çalışmalarına odaklanan hukuk kültürü olduğu akıldan çıkarılmamalıdır.

3. Tarihsel Hukuk Okulu ve TeamülHukuku Karşılaştırması

19.yy'dan itibaren çeşitli Avrupa ülkelerinde sosyo-kültürel antropoloji alanında arkaik toplumlara ilgi artmaya başlamıştı. Dönem, evrim fikirlerinin bilimin hemen hemen bütün alanlarına hâkim olduğu bir dönemdir. Bu dönemde hukukçular, modern hukukun geliştiği yasal bir embriyo arayışı içindeydiler ve onlara göre bu embriyo kendilerinden önce var olan, yasal düzeni koruyan “barbar” toplumlarda mevcuttur. Bu yaklaşım tarzının temsilcilerinden olan; İ. Ya. Bakhofen (1815-1877), D. McLean (1827-1881), G. Mainne (1822-1888) ve M. M. Kovalevsky (1851 – 1916) genel bir evrim teorisi yaratmaya çalışırlar. Bunun sonucu, arkaik hukuk biçimlerini inceleyen bir bilim olarak Hukuk arkeolojisinin varlığı ilk olarak G. Mainne tarafından 1861 yılında yayımlanan “Eski Hukuk” eseriyle ortaya çıkar. Bu görüş 20.yy'ın ilk yirmili yıllarında Avrupa ve özellikle İngiltere'ye hâkim olacaktır. Böylelikle, arkaik toplumlarda hukukun üstünlüğünü belirleyen örfi hukuk üzerine çalışmalar başladı. Bu çalışmalarda araştırmacılar, geleneksel hukukun temelini oluşturan aile ve evlilik kurumları çerçevesinde cinsiyet ilişkilerini düzenleyen kuralların temel ilkelerini aramaya girişirler. Nitekim, Bakhofen'in 1861 yılında yayımladığı “Annelik Yasası” adlı eserde, antik çağ toplumları üzerine yaptığı araştırmada, kadınların erkeklere nazaran toplum daha fazla egemen olduğunu öne sürerek, insanlık tarihinde bu dönemi anaerik olarak adlandırır. Bunun ardından D. McLean, eski Hind, antik Grek ve Roma kültüründe “gelin kaçırma” geleneklerini ele alan “İlkel Evlilik” (1865) adlı çalışmasıyla, bu geleneğin çeşitli Avrupa köylerinde de geçerli olduğunu ortaya koyar. Bu çalışma onu, evrim (tekamül) safhasının evrensel olduğunu ve evliliğin her zaman varolmadığı sonucuna götürüyordu. Bu durumda, “İlkel bir cemaatte” erkeklerin herkesle cinsel ilişkide bulunması, babalık yapmasını imkânsız kılıyordu.

Bu dönem kadınlar egemen olmakla birlikte, kız çocuklarının ilkel topluluk için faydasız görülüp, öldürülmesinden sonra (bu durum, kadınların kronik yetersizliğine yolaçmıştı), kadın kaçırma dayalı bir evlilik ortaya çıkmıştı. Hemen hemen aynı sebeplerle, kadınların kendi toplumlarından biriyle evlenmeme geleneği, bu ekzogamiye [dış evlilik] yol açtı. Daha sonra kızları öldürmekten vazgeçip, sayının eşitlenmesiyle, endogami [akraba evliliği] ve monogami [tekeşlilik] ortaya çıkar.

D. McLean'ın burada en önemli başarısı, arkaik klan topluluklarda belirli bir içtimâî örgütlenmeyle, klan ile endogami evlilik ilişkilerinin egemenlik yarattığı ve bunun karşılıklı miras meselelerini düzenlediğini keşfetmesi olmuştur.

Morgan'a göre ise cinsiyet, Bakhofen ve McLean ile uyumlu bir şekilde kadınlardan erkeklere doğru gelişmiştir. Morgan, toplumların anaerkil bir çizgiye sahip olduğu İroqular arasında yaptığı saha çalışmalarında, kadınların toplum nezdinde çok daha etkili olduklarını keşfetmişti. Eski uygarlıklar ve mitolojilerin kaydedilen yasal hükümlerin, ataerkil-anaerkil ikiliği ile değil, toplumun akrabalık sınıflandırma sistemleri çerçevesinde değerlendirildiği takdirde çıkarılabileceğini iddia eder (Girenko, 1991: 11)

Morgan, böylece geleneksel toplumların dönüşüm evrelerini takip ederek, bunun sözkonusu dönüşümlere tekabül eden geleneksel yasal normların incelenmesine imkân sağlamış olur. Çağdaşları tarafından anlaşılmaz ve mantıksız görünen bu araştırmalar, daha sonra yeni araştırmaların önünü açacaktır. Morgan'ın fikirlerinin mantıksız görünmesinin sebebi, arkaik toplumlar o dönemde medeni hukuk alanında ilkel embriyo hâlinde görülmekteydi (Girenko, 1991: 14). Aslında Morgan, o dönemde yapılan arkaik toplum araştırmalarındaki Avrupa-merkezci bakış açısının tutarsızlıklarını ortaya koymuş, böylece geleneksel toplumların dönüşüm safhalarını takip ederek, mezkûr dönüşümlere tekabül eden geleneksel hukuk normlarını

incelemenin yolunu açmıştır. Morgan'ın fikirlerinin mantıksız görünmesinin sebebi, arkaik toplumlar o dönemde medeni hukuk, ilkel embriyo biçiminde görülmesiydi (Girenko, 1991: 14).

G. Mainne ise, "Eski Hukuk" adlı çalışmasıyla, "babalık" hukukunun (ataerkil) birincil olduğunu, anaerkilliğin daha sonra ortaya çıkan yeni bir versiyondan ibaret olduğu iddiasıyla; aydınlanma döneminin önemli isimlerinden J. J. Rousseau'nun "İçtimaî Mukavele" sine ilişkin fikirleri reddederek, haklı olarak ilkel toplumsal örgütlenmeyi belirleyen unsurun, akrabalık ilişkileri olduğunu ileri sürer. Ayrıca eski hukukun genel karakteristik özelliklerinden kana dayalı (gerçek) veya içtimaî (muhayyel) akrabalık ortaklığına dayanan bireysel hukuk anlayışını redederek, devamında, arkaik toplumlarda özel mülkiyet hakkının olmadığını da keşfeder. Örneğin Hindistan halkları içerisinde özel mülkiyet hakkı olmadığı gibi, Ruslar, Sırlar ve Türklerde de bu hak yoktur. Gerçekten de "vahşiler" arasında özel mülkiyet hakkının olmaması, günümüz dünyasında sadece araştırmacıların değil, Avrupalıların da dikkatini çekmektedir. Keza, Columbus, 15.yy'da Amerikan Kızılderilileri hakkında tuttuğu notlarda; "... mülkiyetin olup olmadığını hiç fark etmedim. Ancak tek başına sahip olunan bir şeyin, herkes tarafından paylaşıldığını gördüm" demektedir. (Columbus'un Seyahati, 1950, 60)

Arkaik toplumlarda özel mülkiyetin olup olmama konusu, hukuk fakültelerinde önemli bir keşif olarak algılanır. Zira, Avrupa medeniyetinde gelişen özel mülkiyet, insan ilişkilerini kökünden değiştirmişti: "Karşılaştırmalı hukuk tarihi çalışmaları ile özel mülkiyetten önce kan birliğiyle, ona bağlı olan kişilerin ortak mülkiyet esasına göre hukuk egemenliği yaratıldığı tespit edilmişti... Etnoğrafya gibi, karşılaştırmalı tarih de, kıyafet veya yemek gibi şeyler de birlikte yaşayan küçük ailelerin ortak malı olabiliirdi (Kovalevsky, 1886a: 105).

Yasal ilişkilerin muhtevasını belirleyen mülkiyet konusu, sanayi öncesi toplumlarda kolektif şekilde algılanan bir hukuk sis-

temine dayanırken, özel mülkiyetin zafer kazandığı kapitalist toplumlarda hukuk, sanayi öncesi toplumlara nispeten bireyselleşme yoluna takibederek, Batı ülkelerinde medeni hukukun önemli bir bölümünü teşkil eden Özel Hukuk, Eşya Hukuku ve Miras Hukuku gibi konular bunun göstergesi olmuştur. Toplumsal hayatın emekleme dönemine doğru gidildiğinde, bu tür hukukun kapsam alanlarının daraltıldığı açıktır (G. Mainne, 1873: 288). Günümüz bilim adamları kolektif mülkiyetten, özel mülkiyete geçiş esnasında devrimci role atıfta bulunurlar. G. Mainne ise, sosyal bireyciliğin bütün insanlığın geleceğı olduğunu, herkesin “aile bağımlılığından kurtulup, bunun yerine bireyselliğı geliştirmeye çalıştığını”, bunun için kadim Avrupa’nın hukuk düşünce tarzının yaşadığını, dolayısıyla Batı hukukunu anlayabilmek için, arkaik hukukun iyi incelenmesi gerektiğini söyler.

Hukuk sistemi üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olan mukayeseli hukuk tarihi incelemelerinin sonuçlarından birisi, özel mülkiyetin ortaya çıkışının, devlet olgusuyla, hukukun ortaya çıkışı arasındaki ilişkidir. Devlet yoksa, hukuk da yoktur. Bu, aynı zamanda yasaların ortaya çıkışıyla, devletin yazılı mevzuatının ortaya çıkması birbirleriyle bağlantılıdır. Devletin ve onunla birlikte hukukun ortaya çıkmasından önce eski toplumlarda gelenegın yasa olarak hüküm sürdüğünü, bu durumda da hukuk kavramının giderek gelenek, hatta alışkanlık kavramı karşılıdığını söylemek mümkündür (Mainne, 1873: 61).

Geleneksel hukuk kavramını tartışmaya açan Mainne, bu hukuk tipinin sosyal bir tabakalaşma yarattığını ve bu tabakalaşmanın devletin teşekkülünde etkili bir rol oynadığını ifade eder. Onun bu tür mantık yürütmesi, Hint kast sistemine dayandırması, uzun yıllar İngiliz sömürgesi Hindistan’ın yasal düzenlemelerinin incelenmesinde görev almasıyla ilgilidir. Zira, Hint kültüründe mülkiyet hakkını gasp eden Brahmanlar dediğimiz profesyonel hukukçu sınıfının varlığı, nesilden nesile intikal

eden bir kast sisteminin teşekkülüyle, Hint kültürünün karakteristik özelliğini ortaya koymuşlardır. “Biz buradan gelenek üzerinde inşa edilmiş kanun dönemine geçiyoruz... Özel azınlığa ait kanunlar; kast, aristokrasi, ruhban sınıf da olsa, aslında bu teamül hukukudur” (Mainne, 1873: 11).

Sözkonusu okul temsilcilerine göre yazı ve hukuk aynı zamanda ortaya çıkmış ve buna akrabalık sistemi üzerinden değil, bölgesel etki üzerine inşa edilen kamu otoritesi eşlik etmiştir. Hukukun bu evrilme dönemi, ilkeliliğin dağılmasına denk gelmekle, artık her şey mahkemeye tâbi olacaktır: “Mahkeme kararına uymayı sağlamaksa, otoritenin görevidir” (Mainne, 1873: 214). Mukayeseli tarihsel hukuk anlayışı, hukukun ortaya çıkışıyla, devletin oluşumunu daha sıkı bir şekilde birbiriyle ilişkilendiren Marksizm’de de karşılık bulur. Marksist teoriye göre toplumsal tabakalaşma, karşıt sınıfların ortaya çıkmasına yol açar. Burada devletin işlevi, sömürücü sınıfın ezilen sınıf karşısındaki hâkimiyetini korumak olduğundan, devlet bu işlevi yasalar yoluyla yerine getirir. Dolayısıyla Marksizme göre “egemen sınıfın iradesi, hukuk yoluyla meşrulaşır” (F. Engels). Bu dogmatik hükme bağlı olarak Sovyet hukuk ilminin inşa edilmesi, devletin tek meşru hukuk kaynağı olarak tanınmasına ve metinlerin resmi olarak yorumlanmasına yol açmıştır (Kudryaşev - Kazimirschuk, 1995: 26)

Mukayeseli hukuk okulunun özelliklerine oldukça yakın sayılabilecek bir başka teori ise, 19.yy’da A. Post tarafından geliştirilen “etnolojik hukuk” kavramıdır. Post, çeşitli toplumların hukuk sistemlerini gözden geçirerek; evlilik, miras, ceza ve ticaret hukuku gibi konuları gruplandırarak, bundan genel bir hukuk teorisi yaratmaya çalışır (Roulan, 1999: 36).

Bilim alanında kapıların açılması, “vahşilerin” etnografik verilerinin kullanılmasına ve “eski barbarların” verilerinin daha detaylı olarak incelenerek, mukayese yöntemiyle hukukun bazı müşterek yönlerini tespit edebilmek mümkün hâle gelir. Bu

durum, mülkiyet ile hukuk arasındaki değişkenlerle, hukuk ile sosyo-tarihi dinamikler arasında bir korelasyon kurularak; ilk ideolojilerle, yasal kavramlar arasında ilişki tesbit edilir. Ancak bu noktada hukukun geçici özelliği olan devlet ortaya çıkar. Bu sebeple geleneğin yasalaşmamış diğer normları tarihin derinliklerine itilir. Bu normların kanuna dönüştürülmesi, mukayeseli tarih okulunun en ciddi sorununu teşkil eder. Tarihsel ve mukayeseli tarih okulunun vardığı sonuçların zıtlığına rağmen, her iki bakış açısı da, seçilen bu metotlarla temellendirilir. Tarih okulunun uyguladığı metodolojik çalışmalar sonucu, kültürün muhafazakârlığı, tekliği (benzersiz) ve genel yasalara tabii olmayan mutlaklığı ortaya çıkar. İkinci okulda ise, birçok toplumun soyut bir terim olarak diğer toplumlarla mukayese edildiğinde kendi içindeki benzersizlikten yoksun olduğu görülür. Bu sebeple normlar, büyük ölçüde “ego-kültür” tarafından belirlenen geleneksel yasalarda dâhil olmak üzere, her zaman için belirli bir toplum tarafından düzenlenir. Ancak toplumun gelişim göstergeleri, geleneksel kuralların devletin hukuk kurallarıyla tebdil ettiğini ortaya çıkarmaktadır. Araştırma sonuçları icra edilen hukuk kurallarının mutlaklaşması, kabûl edilen mevzuatın verimsizliğine sebep olur. Örneğin, Sovyet hukuku yasal bir düzenleyici olarak geleneksel normları redederek, bunların uygulanmasını “zararlı” addetmiştir. Bu konuda kan davası, kadının ataerki köleliği, başkasının malını gaspetme gibi geleneksel izler taşıyan konular, Sovyetler Birliği Ceza Kanunu’na göre suç olarak tesmiye edilmiştir. Ancak gerek Sovyet Rusyasında, gerekse günümüz BDT ülkeleri içerisinde Sovyetlerin yıllardır üzerinde durduğu “geçmişin zararlı kalıntılarının” yok edilmesine yönelik teşebbüslerin akim kaldığı da bir gerçektir. Sovyetlerin zararlı olarak nitelendirdiği ne kadar geleneksel hukuk kuralı varsa, bugün hâlâ devam ettiği görülmektedir. Keza, dünyanın birçok bölgesinde geleneksel hukuka karşı yürütülen benzeri mücadeleler başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu konuda mukayeseli tarihi

hukuk okulunun, evrimci bakış açılarının bunda rolü olduğunu söylemek mümkündür. Sonuç olarak, 19. yüzyılın sonu ile, 20. yüzyılın başlarında hakim olan “pozitif hukuk” anlayışının sağladığı “yasal monizmin”in zaferi başlamıştır (Kovler, 2001). Bu durum diğer tarafta Erlih’e göre yazılı olan mevzuatta değil, günlük hayatta varolan “yaşayan hukuk” ile, hukuk sosyolojisinin teşekkülüne yol açmıştır.

4. Geleneksel Rus Hukukunda Teamül Hukuku

Rus hukuku 19.yy’ın ilk yarısında geleneksel yasaları, yazılı yasalar olarak kabûl etmişti. Tarihsel araştırmalara dayanan bilim adamları (örneğin, 1649 Katedral Kanunu) tarihi hukuk okulunun tezlerine uygun sonuçlara ulaşmışlardır: “Hukuk, halk geleneklerinde yaşamakta ve bu hukuk halkın mutlak malıdır” (Moroshkin, 1839: 17-57).

Rus topraklarında Bizans hukukunun uygulanması esnasında, aynı zamanda geleneksel yasaların rolü de kabûl görmüştür (Rosenkampf, 1829: 105-107, Kalachev, 1847, Belyayev, 1879: 258, 262, 263, 332). Ancak, geleneksel hukuk sorunu daha detaylı olarak 1840-1860 yıllarında K. D. Kavelin tarafından ele alınır. Kavelin, geleneksel yasaların; I. Petro döneminden sonra geçmişte geleneğe bağlı vatandaş ilişkileriyle, halkın hayatıyla ilgili sorunları çözmeyi üstlenen devlet tarafından belirlenmeye başladığını belirtir (Kavelin 17-18). “Rus halkının gündelik hayatına aşina olan hemen herkesin Rus köylülerinin devletin hukuki normlarından habersiz olduklarını, aile ve topluma karşı ilişkilerini belki de bin yıldan fazladır Rus halkının toplumsal ilişkilerini yöneten geleneklerle belirlediğini” bildiren Samoksakov, Rus hukukçuların halkın gündelik hayatında geleneksel hukukun rolüne vurgu yapar (Samoksakov, 1878: 245). N.P. Zagoskin de benzer bir şekilde akıl yürüterek; “köylülerimiz yani Rus halkının büyük bir çoğunluğu hayatlarının neredeyse büyük bir bölümünü örfi anane ile geçirmektedir (Zagoskin, 1899:

186) derken; M. F. Vladimirsky – Budanov ve S. V. Pachman'da da benzer yönde kanaat bildirirler (Vladimirsky – Budanov, 1907: 684; Pachman, 2003).

“Halkın ruhu” ile, tarihsel okulun ortaya koyduğu tezler P. L. Karasevich'te oldukça açıktır. Gelenek her ne şekilde olursa olsun, doğrudan toplum içinde yaşar ve uygulanır. Bu durum, nesnelerin sosyal doğasında ortaya çıkış sebepleri, doğada müşterek hakikât duygusunun doğrudan uyanışının ifadesidir. Yasal geleneği bağlayıcı kılan “hakikât duygusu”, uygulamadaki devamlılık ve genel kabûl onu tartışmasız yapmaktadır. Bu duygu, belirli kurallar bütününe gözüne alınmasıyla, kendisini farklı eylemlerde kendini gösterir. Gelenek ve hukuka olan inanç, örfi hukukun iki ayrılmaz parçasıdır. (Karasevich, 1875: 20-21, 37)

D. Meyer için geleneksel hukuk, kamu hayatının yazılı mevzuatından daha güçlü bir düzenleyicidir. Yasama gücü, geleneksel hukukun etkisini doğrudan ortadan kaldırmadığı gibi, geleneğin yasal hayattaki gücü, onun uygulanmasına karşı koyan kanunu bile işlevsiz kılar” (Meyer, 1861: 26).

B. A. Kistyakovskiy, geleneksel hukukun sadece köy hayatı için geçerli olmadığı kanaatindedir: Hukuk, hayatta sürekli ve düzenli olarak uygulanan normlardan oluşmakta, dolayısıyla, hukukun icra edilmesi, hukukun temel niteliğidir. Hukuk halkın içinde yaşar ve davranışlarda ifadesini bulur. Yazılı hukuk ise bunun aksine genel, soyut, nesnel ve şematik kararnamelerden oluşur. Hâlbuki hayat o kadar zengin ve çeşitlidir ki, yazılı hukuk hayatın kendisini yansıtmakta zorlanır. (Kistyakovskiy, 1916: 346 – 348)

19.yy. sonu ve 20.yy'ın başlarından itibaren hukukçular, geleneksel hukukun sadece “geri” kalmış toplumların değil, aynı zamanda “gelişmiş” toplumların hayatlarını da tanzim eden bir olgu olduğunu dile getiriyorlardı. Turbetskoy, bu konuda sadece “vahşilerin” değil, gelişmenin en üst seviyesinde olan insanların

hayatını sadece yasalar değil, geleneklerle oluşan normların belirlediğini” vurgular (Trubetskoy, 1998: 79).

Dönemin hukukçularının sadece tarihsel hukuk okulundan değil, aynı zamanda günlük hayatın birçok alanından etkilendikleri görülür. Bu gerçekten hareketle yazılı kanunların öncelikli olmadığı bilincine sadece sıradan halk değil, üst sınıf temsilcileri de sahiptiler. Sovyet İç Savaş yıllarının önemli şahsiyetlerin biri olan “Beyaz Ordu” generallerinden V. M. Krasnov, anılarında bunu şöyle dile getirir: “General Uvarov, Stavropol’u ele geçirilmesinden sonra emirlerini şöyle dikte ettiriyordu: Yaz; Stavropol eyaleti 27 Şubat 1917’den önceki yasalara tâbidir. İkinci emir; Köylü mahkemeleriyle, Sulh mahkemelerini geri getiriyoruz.. Burada başka hangi mahkemeler var?” diye sordu General, makine başında yazı yazan subaya.

- Bilmiyorum efendim.

- Belki sizler biliyorsunuzdur, dedi General orada bulunanlara bakarak?

Aralarından hukuk eğitimi almış ve mahkeme mübaşiri olan birisi şöyle cevap verdi:

- Sayın General 1912 yılının kanununa göre hem köylü, hem de sulh mahkemeleri aynı anda faaliyet gösteremezlerdi...diye ilâve etti (Krasnov 1921:114-113).

K. R. Kaçorovskiy; “Rusya’nın üst sınıflarında güçlü kültürün eksikliğini, halkta ilkel kültürün korunmasıyla açıklar” (Kaçorovskiy, 1906: 5, 9, 81). P. A. Sorokin ise, geleneksel hukuk “içimizde sözlü veya yazılı formüller, eylemler ve sosyal-hukuki kurumlar şeklinde oluşurken, bizim dışımızdaki inançlardan beslendiği inancıyla; geleneksel hukukun görünmezliği, fakat insanları hareket ettirme gücüne sahip olarak, devlet ve kamu kurumları oluşturabilecek, yıkabilecek ve yok edebilecek” güce sahip olduğunu öne sürer (Sorokin, 1919: 31-32).

S. A. Muromtsev’e göre her sosyal tabakanın kendi hakları vardır ve bu haklar resmi yasalarla değil, “gerçek yasalarla” ken-

dilerini ifade ederler. Sosyal tabakalaşmaya sahip toplumlarda hukuk çoğulcu bir yapıdadır. Bu nedenle her sosyal tabaka kendisini, kendi hukukî normlarına göre yönetir. Ona göre halk nezdinde geçerli olan hukuk, yasal ilişkiler yoluyla kendisini gösteren sosyal ve tarihi olaylar sonucu teşekkül eder (Muromtsev, 1877: 202 – 224). Konumuzla ilgili olarak ilginç bir bakış açısına sahip olan L. İ. Petrajitskiy'e göre teamül hukuku; “çocuk oyunlarında ki kurallar, genelev düzenlemeleri, fuhuş ve farklı kurbanları için geçerli kurallardan” oluşmaktadır (Petrajitskiy, 200:442). Devleti yegâne hukuk kaynağı olarak gören pozitivizm, devrim öncesi Rusyasının hukuk anlayışına egemen olmayıp, egemen olan hukuk, teamüllere dayalı hukuk anlayışdır. Geleneksel hukuk, devlet tarafından yaratılmayıp, devlet tarafından tanınmadığı anda, yargı korumasının dışında kalır. Ancak yine de geleneksel hukuk, yasama hukukuyla beraber en önemli hukuk kaynağı olmaya devam eder (Büyük Ansiklopedi, 1904)

Hukukçular tarafından 19.yy. sonu ve 20.yy'ın başlarında geleneksel hukukun sistematik olarak araştırılmaya başlanıp, gündeme getirilmesi ilginç görünmektedir. Bunun için S. V. Pachman; “yasal hayatın olağan ilkelerinin medeni hukuka dâhil edilmesi gerekliliğinin kimse için sır” olmadığını söyler. “Sadece pozitif yasalara bakan bilimsel bakış açısı artık geride kalmıştır: halk gelenekleri hangi açıdan bakılırsa bakılsın, onlar bilimsel araştırmaya yabancı değildir, çünkü bilim inceler, yaratmaz. Ancak hâlâ geleneksel eylemler için mütevazı bir yer ayrılmaktadır” (Pachman, 2003: 4). Hatırlanacağı gibi 20. yüzyılın sonlarında V. A. Naishul Sovyet sonrası Rus toplumunun optimizasyonu ile alâkalı olarak halkla ilişkiler reformu sırasında devletin karşı karşıya kaldığı sorunları ortaya koymuştu. Bu sorunlar, zamanın Rus hukuk içtihatları için sıradan geleneklerin devlet tarafından onaylanan yasa olmasını öngörüyordu. Bir başka ifadeyle, sadece devletin zorlamasıyla, gelenekler yasa haline gelebilirdi. Bu minvalde aşağıdaki şu argümanlar sıralanıyordu:

1. Henüz uygulamasının nasıl olacağı hâlledilmemiş geleneksel hukuk kuralları, hukuk alanından makûl olmayan bir şekilde dışlanmaktadır (Kistyakovskiy, 1998: 225).
2. Yasal olarak devletin tanıdığı gelenekleri göz önünde bulundurduğumuz takdirde, o zaman devletten önce hiçbir şekilde yasalar yoktu sonucuna varırız ki, buna inanmak gerçekten güçtür. (Trubetskoy, 1998: 80-81; Sorokin, 1919: 17)
3. Yasa koyucuların iradesi mat değil, saydam olmak zorundadır. Yasaların neye yönelik olduğu şeffaf bir şekilde ortaya konulmak zorundadır. Bunun yanında yasa koyucuların toplumdaki bütün geleneklerden haberdar olduklarını varsaymak da mümkün değildir. Gelenekleri bilmeyen bir yasa koyucu, yasaları liyakatle onaylayamaz. Buradan çıkan sonuç: resmi onaylama, gerçeklikle uyuşmayan bir uydurmadır (Gambarov, 1911: 184 – 185; Regelsberger, 1897: 49-50).
4. N. M. Korkunov ve P. G. Vinogradov'a göre yasaların özelliği cebri olamaz. Cebir, yasal normları uygulamak adına bizler için en uygun araçtır. Ancak, yasalar baskı olmadan da uygulanabilir (Vinogradov, 1915: 26; Korkunov, 1914: 71).

Devrim öncesi dönemde yerel hukukçular İslâm hukuku (V. İ. Kholmogorov, N. S. Tornau, N. N. Ostroumov) Moğol hukuku (İ. N. Berezin, K. F. Olstunskiy), Kalmuk teamül hukuku (P. İ. Nebolsin), Kırgız teamül hukuku (N. İ. Grodekov), Ukrayna hukuku (P. P. Chubinskiy, A. F. Kistyakovskiy), Kafkas Dağlılar hukuku (F. İ. Leontovich, M. M. Kovalevsky), Moldova hukuku (A. N. Egunov) Musevi hukuku (A. T. Orshanskiy), Sibirya halk hukuku (D. Ya. Samoksakov) gibi çeşitli etnik grupların hukukî düzenlerini dikkatle inceleyen, tanınmış bilim adamlarından;; K. D. Kavelin, N. V. Kalaçova, P. A. Matyeyev, E. İ. Yakushin, S. İ. Pachman, A. Ya. Yefimenko ve P. D. Kalmukova 'nın çalışmaları, hukuk antropolojisine değerli katkılar sunmuşlardır.

5. Sovyetler ve Modern Rusya’da Teamül Hukuku Sorunları ve Günümüzde Durumu

Sovyetler Birliği’nin ilk yıllarında Çarlık mahkemelerinin yerel halk tarafından reddedilip, geleneksel hukuk normlarının yeniden canlanmasına yönelik ilk işaretlerin ortaya çıkmasıyla, bu yoldan olmak üzere Kafkasya’da Rus hukukunun yanında, gelenek ve şeriat yasalarının bir arada bulunmasına izin verilmişti (Bobrovnikov, 2003: 27-28). Bu durum, 1930’ların başlarında devletin tek hukuk kaynağı olarak Sovyet hukuku olduğu ilân edilmesiyle son bulacaktır. SSCB’de hukuk, iktidardan gelen kanun olarak tartışmasız kabûl edilmiş, fakat gerçek hayatta yazılı kanunun, toplumsal ilişkileri düzenleme gücünün zayıflığı, reformcuları ister istemez teamül hukukuna başvurmaya zorlayacaktı.

Elbette böyle bir yaklaşım, üniter bir devlet yaratma çabası içinde olan Sovyetler Birliği için siyâsî bir amaca dayanıyordu. Zira, teamül hukuku resmi kanunlara direniyor, hâтта rakip olarak merkezi gücü zayıflatıyordu. Oysa, hukukun devlete istinat etmemesi düşünülemezdi: “Hukuk, yönetici sınıfın kanunlara dayanan davranış kuralları olmanın yanında, aynı zamanda yönetici sınıfın çıkarları için toplumsal ilişkiler ve düzeni geliştirip, sağlamlaştırmak ve korumak adına devletin yasal kıldığı gelenek ve toplumsal hayat kurallarıdır” (Vishinskiy, 1949: 3).

Günümüzde bu durum, iç hukukta öncelikli halini korumaya devam etmektedir. Bu nedenle teamüle dayalı örfî hukuk, ancak devlet tarafından yetkilendirildiği takdirde kanun olarak tanımlanabilir (Tumanov, 1986:17). Bazen istisnai geleneklerin geçmişi “kalıntıları” ve gelecekte yok olmaya mahkûm olmalarından dolayı yasal olarak kabûl edilebileceğine dair kategorik olmayan görüşlere rastlamak da mümkündür. Örneğin, R. Livsits’e göre hukukun tek kaynağı vardır, o da devlettir. “Burada tek istisna, gelenektir. Gelenekler, azalan rolleri bakımından giderek devlet dışı bir norm haline gelmektedirler (Livsits, 1994)

Özellikle 1970'lerin ortalarından itibaren geleneksel hukuk ile, resmî hukuk mevzuatı arasında sistematik bir ayrım ortaya çıkmaya başlar. D. Valeyev bu konuda şöyle yazmaktadır; “Çoğu yazar örfî hukuku, devletin onayladığı evrensel bağlayıcılığı olan bir dizi gelenek olarak görmek; örfî hukuk ile mevcut yasalar arasında paralellik kurmaya çalışmaktadırlar. Ancak bilinen gelenekler, bilinmeyenlerden daha azdır. Dolayısıyla geleneklerin çok az bir kısmı yasaldir (D. Valeyev, 1974).

Devletin herhangi bir yaptırımını olmaksızın bağımsız olarak hareket eden ve hukuk kaynağı olan örfî hukuku, Muromtsev perestroyka zamanında; “Gelenekler, hem devlet nezdinde hem de boy ve kabilelerin kendi nezdinde yasa olarak kabul edilebilir” (Muromtsev, 1989: 100) biçiminde dile getir.

Afrika’da geleneksel hukuk sorunuyla ilgilenen İ. E. Sinitsyna, Sovyet hukukunda geleneksel hukukla ilgili arkaik bir olgu olan mevcut yasaların varlığını incelerken; “teamül hukuku, söylendiği gibi arkaik bir düzenin kalıntısı mı, yoksa, mevcut yasal bir gelenek mi?” sorusuna; “modern Afrika’nın bazı yasal normlarının eski kökenlerine rağmen, teamül hukuk belirli bir özelliğe ve yasal normlarda olduğu gibi teşekkül dönemi aranmaksızın, hem kültürel, hem de yasal bir norm olarak kabûl edilir ” (Sinitsyna, 1989: 11) demektedir.

Yine de Rus hukuku, tarihsel hukuk okulunun belirli karakterini ve Marksizm tarafından kabûl edilen evrimci konumunu korumaya devam etmektedir. Geçmişe bakıldığında hukukun ortaya çıkışıyla, devletin ortaya çıkışının birbirleriyle sıkı sıkıya bağlı olması yanında, toplumdaki tabakalaşmanın bir sonucudur: “Yerleşik kurallara uygun bir şekilde oluşturulan ve işleyen bir kurum olarak bu hayatın içinde varlığını devam ettiren mahkemeler unutulmamalıdır ki, erken dönem devletçiklerden itibaren varolmuştur (Vengerov, 2000: 73).

Günümüzde avukatlar bu görüşleri gözönüne alırken, artık antropolojik malzemeleri de gözönüne alma gereği duymakta,

resmî devlet hukuku içerisindeki bir meseleyi teamül hukukundan yardım alarak çözmeye çalışmaktadırlar (Vengerov, 2000:74). Nitekim, geçen yüzyılın 80'li yıllarında Abhazy'ya yaptığımız bir araştırma gezisinde bu tür bir ikileme karşı karşıya kaldığım bir olayda yerlilerin; “Ya Rus yasalarına göre cezalandırılınsın, ya da bizim topluluğumuzdan kovulsun” şeklindeki sözleri, bu dönemde sıkça rastlanılan örneklerden sadece birisidir (Vengerov, 2000:75). Elbette burada Abhazlar sosyogenezin erken döneminde olmamalarına rağmen, teamül hukukunu, devlet hukuk mevzuatının üstünde tutuyorlardı.

Bu tür düzenleyici normları A. İ. Psrşits mononorm olarak adlandırır. Psrşits'e bu mononormlar, düzenleyici sistem olarak toplumsal gelişiminin bir sonraki devletleşme aşamasında ortaya çıkan ahlâkî temayüllerden seçilirler” (Vengerov 2000:75). Mononormların daha sonra parçalanarak, hukuk ve ahlâkı ortaya çıkardıkları iddia edilmektedir. Teamül hukuku, siyâsî ilkeler güçlendikçe, hukukun gelişiminde bir adım olarak görülmektedir. Bu sebeple ilk toplumlar da özellikle eski Doğu toplumlarının gelişiminde gelenekler hâlâ işlevini korumaktadır. Daha sonra mahkemeler dâhil olmak üzere, devlet organları gelenekleri tanıdığı takdirde, bunlar geleneksel yasalara dönüşecektir (Vengerov, 2000: 83)

Hukukun gelişip olgunlaşması, beklenildiği gibi hukuk en yüksek aşamaya ulaştığı anda etno-kültürel birtakım verilerin kademeli olarak kaybolması anlamına gelir. Erken dönem toplumların sınıflaşması (Asya tipi üretime dayanan devletlerin ortaya çıkması, Avrupa tipi kölecî ve feodal devletler gibi ...), geleneksel hukukun daha fazla emsal teşkil etmeye başlaması demektir. Ancak bu tür sistemlerde vuku bulan hadiselerin etno-kültürel özgünlüğü dikkâte alınmayı gerektirir. Çünkü, sadece devlet mevzuatına tâbi olan hukuk, tamamlayıcı olan gelenek ve içtihatları görmezden gelir ve yavaş yavaş etno-kültürel özelliklerden uzaklaşır (Vengerov, 2000: 83).

Genel olarak buraya kadar zikredilen görüşler, tarihsel hukuk okulunun fikirlerini yeniden üretmektedir. Vengerov, tam da bu noktada yönetici sınıf tarafından şiddet aracı olarak kullanılan Marksist hukuk çatısı altından uzaklaşmaya çalışır. Ona göre şiddet ve şiddetin işlevi, hukukun temel amacını belirlemez. Bu olgu, toplumun iç ve dış dinamiklerinde düzensiz olarak ortaya çıkar. Tezahürleri itibariyle yasal sistem ve devlet gücü arasında anormal bir ilişki kuran şiddet olgusu, sadece nesnel değil, öznel faktörlerin gerçekleştirdiği eylemlerin sonucudur (Vengerov, 2000: 88). Bu durumda hukukun içindeki şiddetin üremesi, sadece sömürülen ülkelerin proletaryasına karşı uygulanması ortodoks Marksist sınıf lehine Leninist devlet yorumları arasındaki farklılığı yansıtır (Marx, 422). Dolayısıyla burada yazarın hukuk anlayışı, Sovyet döneminde bir türlü hatırlanamayan Marx'ın seçtiği devletin “ikinci” dereceden işlevi ile alâkalıdır. Ne var ki Sovyet hukuk içtihatları, Marksist metodolojiye dayanan evrimci görüşler bir süpürgeyle kapı ardına süpürülmüştür! Mukayeseli tarihsel hukuk okulunda özel veya örfi hukuk, ya tarihin tozlu sayfalarına itilmiş veya devlet mevzuatı ile muhafaza altına alınmıştır. İlk durumda, modern gerçeklik ile uyuşmadığı varsayılarak, “kalıntı” olarak tesmiye edilmiştir. Bu anlayış çerçevesinde yasa koyucular “zararlı kalıntılar” olarak ifade ettikleri bu normları yasaklamak için teorik temel oluşturma çalışmaları, yasa koyucuların mantığı açısından anlaşılır bir durumdur. Söz konusu “zararlı kalıntılar” nesnel bir sistem içerisinde temizlenmelidir. İkinci durumda ise, teamül hukuku devlet mevzuatı içerisinde tanımlanır. Bu nedenle sosyal ilişkilerin bağımsız düzenleyicisi olarak, onun varlık sorunu ortadan kalkar. Günümüzde artık belli olmuştur ki, gelenek (teamül hukuku) toplumsal hayatın evrim aşamasının her safhasında (sanayi toplumu dahil) düzenleyici rol üstlenmesi karşısında yasaklar işe yaramamıştır.

90'lı yıllarda tanınmış Rus hukukçular ilim sahasında ortaya çıkan bunalımı düşünmeye sevketmişti. Zira, uygulamada hu-

kukun kendine ait birtakım yapısal unsurları kendiliğinden gözden düşmeye ve hukukî tahlillerde gözardı edilmeye başlanmıştı. Rusya Bilimler Akademisi üyesi V. N. Kudryavtsev'e göre; "hukuk uzmanları yıllarca normatif uygulamaların metinleriyle, bu metinlerin içeriğine bağlı kalarak analizler yapmışlardı" (Kudryavtsev – Kazimirschuk, 1995: 26). Yâni, yasaların ortaya çıktığı içtimaî hayatla değil, bizatihi yasaların kendileriyle ilgilenilmişlerdi. Son yıllarda bu görüşler hızlı bir şekilde ilerlemiş olmasa da, nispeten değişmeye başlamış, bundan mütevellit hukukî tahliller yapılırken, hukukun kendi içindeki sosyolojik unsurlar da dikkate alınmaya başlamıştır. Bu sebeple V. N. Kudryavtsev, yeni bir hukukî düşünceye geçişi teklif ederken, sosyo-ekonomik şartların gözönüne alındığı dinamik bir hukukî altyapı oluşturulma fikrini ileri sürer (Kudryavtsev – Kazimirschuk, 1995: 27).

Hukuk Antropolojisinin Antropolojik Kaynakları Kültürel Rölativizme Geçmişten Bakış

Varlığının ilk anından itibaren hukuk, "teamül hukukunu" ve "gelenekleri" gözardı etmemiş; tarih boyunca farklı tutumlar sergileyerek, nihayetinde yazılı olan yasalar ön plâna çıkmıştır. Ancak yazılı olan yasaların yürürlükte olmaları, devlet tarafından yetkilendirildiği müddetçe geçerliydi. Devlet, yazılı olan yasalara itibar etmediği takdirde, o zaman gelenekler devlete hakim olacaktı. Hukuk ilmi ise, tek kelimeyle bir geleneğin yasaya dönüştüğü ve basitten karmaşığa doğru gelişen soyut düşünce etrafında şekilleniyordu. Yasalar, insan hakları ve Batılı değerler gibi konulara istinat ettiğinde, o zaman hukuk "medeni" olarak kabul görecekti. Elbette, "medeni olmayı kabûl etmeyen" aykırı görüşlerin olduğu da bilinmektedir. Onlara göre kültür, her toplum için benzersizdir (tek, biricik) ve her toplum kendi kültürel özelliklerine göre yasa yapmalıdır. Bu bakış tarzı, Batı dışında farklı sosyal şartların ilkelerini öğrenmeye ve Batı dışı sistemleri inceleyen sosyo-kültürel antropolojideki en büyük düzenleme-

lerin yolunu açmasıyla, Euro-centric yâni Avrupa merkeziliğin dışında düşüncelerin gelişmesine katkı sağladı.

1. Antik Çağ'dan Rönesans'a Muhtelif Görüşler

Antik dönem topluluklarında göreceli (rölativist) görüşler olmasına rağmen, komşularıyla olan ilişkilerde daha çok ırkçı bir karakter taşıdığını söylemek mümkündür. Kültürel farklılıklar, onlara karşı yapılan askeri hareketleri meşru kılmak için kullanılıyordu. Kendi içinden ziyade, Avrupa merkezli dışa dönük olan bu durum, Avrupa dışından kalan herkesi “Barbar” olarak tanımlıyordu. Barbarlara atfedilen çokeşlilik, tapınak fahişeliği, kanibalizm gibi motifler, bütün kötü işlerin müsebbibi olan “barbarlar” için, bir adım ötede onları insan olma vasfından bile çıkarıyordu. Tabii olarak onların insan olmaması demek, onlara karşı güç kullanmayı meşru kılmış oluyordu. Böylesi Avrupa merkezli bakış açısı, antik Greklerde kendi dışında olan Perslere karşı olan tutumları bunun en çarpıcı örneklerdendir. Nitekim Herodot, Perslerle karşı verilen savaşı son derece yerinde ve âdil bir hareket olarak görür ve bunu despotik Doğu'ya karşı demokrasi mücadelesi olarak ifade eder.

Zaman içinde bir takım çevreler tarafından farklı toplumlarla karşı, ilgi ve merak uyanmaya başlar. Meselâ, 16.yy'ın önde gelen Fransız aydınlarından M. Montaigne; “dünyada hiçbir şeyin gelenekler ve yasalar kadar farklı olmadığını; bazı toplumların geleneklerinin kabûl edilmemesi ve onların geleneklerini yaşamalarına izin verilmemesi kadar korkunç bir şey olmadığını” (Montaigne, 1958:142) söylerken, “görüş ve davranışların” çeşitliliğinin sonsuz, kültürel olanların ise eşit olduğuna vurgu yapar. Fransız düşünürün kendi kültürü hakkındaki görüşleri de oldukça ilginçtir: “Gelenegin her şeye gücü yeten önyargılarından kurtulmak isteyen herkes, şüpheyi yol açmayacak birçok şey bulacaktır. Böyle davranan biri aklıyla hareket ederek, ayaklarının yere daha sağlam bastığını hissedecektir. Ardından

sormalıyız. Bütün bir ulusun her zaman kendisi için gizemli olan yasalara uyması şart mıdır?” (Montaigne, 1958:149). Montaigne yerlilerin yazılı olmayan yasalarının doğal yasalar olduğu kanaatindedir: Onlar yasaları gereği her şeyi son derece doğal ve sade yaşadıkları için, bizlere barbar ve vahşi görünüyorlar. Onlar bizimkiler gibi zorla değiştirilen yasalardan ziyâde, hâlâ kendilerinden olan yasalara tâbidirler. (Montaigne, 1958: 262)

Bu yolda olmak üzere Avustralya'ya gidecek ilk apostolik misyonla ilgili olarak Paris papazlarına 1659 tarihli; misyonerlerin, Aborjinlerin geleneklerine saygılı ve sabırlı olmaları talimatı verilir. Mesela, Çin'e gidildiğinde Fransa'nın oraya taşınmasına lüzûm yoktur. Louis le Copt (1656-1729) “Çinliler, kendi ahlâki değerleriyle, bizim dinimizin ahlâki değerlerine bakıyorlar” (Klein, 1999) diyecektir.

2. Fransız Aydınlanmasının Göreliliği

18.yy'dan sonra Fransız aydınlanmasının en önemli özelliği, farklı toplumların kültürleri, politik yapıları, davranışları ve hayat tarzlarının neden farklı olduğunu düşünmeye başlamalarıyla, gelecekte sosyal-kültürel antropolojinin içeriğini belirleyecek temel ilkeler, yani rölativizmin ortaya çıkışıydı. Daha da önemlisi, aydınların yavaş yavaş Avrupa merkezli yaklaşımdan uzaklaşıp, kendi statülerini yeniden gözden geçirmeleri idi.

Fransız aydınlanması Avrupa merkeziliğinin, insanlığın ilerlemesi için bir merkez değil, bir düşüş olduğundan hareketle; J. J. Rousseau'nun “ “medeni” olanın üstünde “doğal” olan vardır” yorumunda bulunur. Ona göre Avrupa medeniyetindeki “toplumsal eşitsizlik”, “doğal olan tutumu” terk ederek, insanlığın bozulmasına sebep olmuştur. Rousseau, bu anlamda moderniteye karşı eleştirel bir yaklaşımla, ilkel insanın önemini vurgulayan ilk aydın olarak ilim dünyasına görelilik kavramını getirir. Onun bu görüşlerini paylaşan bir diğer Fransız filozofu D. Didero'dur. Didero; “Dünyadaki doğal yasalara sıkı sıkıya bağlı en

vahşi insanın dahi, iyi ve güzel yasalara medeni insandan daha yakın olduğuna inanmaya hazır” olduğunu beyan eder (Didero, 1956: 75)

Bu tür yaklaşım tarzları gelecek için kültürel ve özellikle yasal görelilik fikrinin oluşup, formüle edilmesine yol açacaktır. Meselâ, Montesquieu (1689-1755) Fransız toplum düzeninin Doğululara nasıl tuhaf geldiğini anlattığı “Acem Mektupları”nda, diğer aydınlanmacıların aksine, evrensel hukuk sisteminin doğal hukuktan çıkacağına kesinlikle inanmadığını belirtir. Zira, her toplumun kendine özgü doğal şartları vardır ve hukuk bu sebeple toplumdan topluma farklılık gösterir. Montesquieu’ye göre yasal düzeninin değişime uğraması tarihsel dönemlere göre değil, daha çok iklim şartlarına, topografik yapıya ve demografik şartlara bağlıdır (aktaran Roulan, 1999:25). Yine Montesquieu hükûmet organlarıyla ilgili olarak; “geleneği” yasalar nezdinde eşit hale getirerek, devletin; din, hükûmet, yasalar, ahlâk ve geleneklerle beş farklı unsur tarafından yönetildiğini izah eder.

3. Kültür Hakkında Alman Antropolojisi

Arkaik toplumlar üzerine malzeme toplayan Fransızlar, toplumsal eşitsizlik, teorik ölçüde sosyal ilerleme kuramları ve ırkçı bakış açısının gayr-ı meşru oluşu gibi konularla ilgilenirken, Almanlar aynı dönemde Alman millî birliği sorunuyla uğraşmaktaydılar. Burada Almanlar açısından anahtar kavram kültür idi. Immanuel Kant, bu sebeple toplumun birlikte yaşama organizasyonu, hayvanî egoizmini bastırması, görev duygusu ve ahlâk gibi konuları inceleyerek bir “kültür” kavramı tanımlamaya girişir. Kant, 1789’da kaleme aldığı “Pragmatik Bakış Açısından Antropoloji” (Anthropologie in pragmatischer Hinsicht) adlı eserinde; insan, millet, millî karakter gibi kavramları açıklayarak, farklı kültürlerin mukayesesini yapar. Kant’a göre halk kültürünün oluşumunda belirleyici olan coğrafi etken değil, nesilden nesile aktarılan kültürel mirastır.

Kant'ın başlattığı çalışmaya “millî ruh” kavramı üzerinden katılan öğrencisi G. I. Herder (1744-1803), hristiyanlığın kuzey halkları üzerinde baskı kurduğunu, bu baskının sözkonusu halkların devlet yapılarını tesir altına aldığını ileri sürer. Kuzey halkları arasında Almanlar, Galliler ve Slavlar herhangi bir engelle maruz kalmadan, doğal bir şekilde gelişme gösterecekleri daha iyi olmaz mı? sorusunun devamında; “böylece ulusal ruhun yaratılmasında dini yabancı bir unsur” olarak gören Herder için bütün bunların milletler için zararlıdır. Herder'e göre herhangi yabancı bir unsur, bir milleti baskı altına alır ve bozar (Herder, 1959: 292-293).). Avrupa'nın dünyadaki etkisine eleştiri getiren Herder, böylesi bir Avrupalı; “kendini sonsuza kadar lekeleyeceğini... baskı, adil olmayan savaşlar, hırs, yalan, boyunduruk ve hastalıklarla! kültür taşıyamayacağını, hatta onların kültürlerini de yok edeceğini!” söyler (Herder 1959:293). Kant'ın mantığını izleyen Herder, kültürlerdeki farklılıkların coğrafi değil, her ulusun kendi iç dinamiklerine (millî ruh) göre şekillendiğini belirtir.

Bu yaklaşım çerçevesinde şekillenen tarihsel hukuk okulu, günümüzde hukuk antropolojisi tarafından takip edilmektedir. Alman coğrafyacı, etnograf ve sosyolog F. Ratzel (1844-1904) “dünya kültür” kavramını, kendi yasalarına göre hareket eden heterojen kültürler lehine reddeder. Kültürler, evrimin bir sonucu olarak değil, kendi aralarında; fetih, etnik karışım veya mübadele gibi etkileşimler sonucu gelişirler. Bu nedenle ilim dünyası dikkatini, milletler arasındaki kültürel alış veriş (borçlanma) safhalarına yöneltir. Burada kültürün mistifikasyonu dikkat çekmekte, “kültür”, ruhu olan ve insanlar tarafından yaratılmayan canlı bir organizma olarak görülmektedir. L. Frobenius (1873-1938) ve F. Grebner (1877-1934) kültürlerin özgünlüğü, doğal şartlar ve kültürün “gıdası” olan ekonomik faaliyetlerle anlatıldığını belirtir. O. Spengler ise (1880-1936) kültürü, teknolojinin gelişmesiyle, kendi özelliklerini kaybe-

dip, “öleceğini”, çünkü teknolojik gelişimle bireysel özelliğini kaybettiğini belirtirken, Boas, “gelişim” kelimesini, teknolojik alanın dışında reddeder (F. Boas).

4. E. Durkheim ve M. Mossa’nın Görelilik Görüşleri

Fransız sosyolog Emile Durkheim (1858-1917) geleneksel toplum ile modern toplumlar arasındaki yasal ilişkilerin anlaşılmasına önemli katkılar sunar. Karmaşık toplumların aslında basit toplumlardan teşekkül ettiği düşünen Durkheim, çalışmalarını daha çok ilkel toplumlar üzerine yoğunlaştırır. Bunu, “Toplumsal İş Bölümü (1893) teziyle açıklamaya çalışan Durkheim, doğrusal bir ilerlemenin olduğunu kabûl etmez ve birbirinden bağımsız olan toplumların doğup, gelişip ve öleceklerini söyler. Öte yandan evrim denilen olgunun toplumun farklı bileşenlerinin, farklı işlevler kazandığında, işbölümü içinde kendini gösteren bir komplikasyon olduğunu ileri sürer. Kısaca onun toplum anlayışıyla, kültür anlayışı birbirine oldukça yakındır. Arkaik toplumlarla, modern toplumları mukayese eden Durkheim, birincide; mekanik bir dayanışma ile toplumun mutlak gücünün ortaya çıktığını, ikincide; en yüksek değerler merkezine kişisel onuru yerleştirir. Bu farklılıklar ahlâkî standartlar üzerinden ifade edilir. Baskın bir yapıya sahip olan bu normlar, daha çok ceza hukukunun karakteristiği olarak, mekanik dayanışmalarda kullanıma uygundur. Onarıcı bir yapıya sahip olan normlar ise; medeni, aile ve ticaret hukukuna mahsus olarak, organik dayanışmalarda tezahür eder. Normların ortaya çıkmasıyla, norm ile patoloji arasında bir ayırım yapılabilir. Ne kadar karmaşık görünürse görünsün, uzun süre varlığını devam ettiren herhangi bir toplum veya kurum, bir tür sosyal ihtiyaca karşılık gelir. Eğer “şeylerin” doğasına dayanmasaydı, zaten direnmesi de mümkün olamazdı. Bu fikirler kuşkusuz Emile Durkheim’ı relativizme yönlendirmiştir. (Sosyolojik Yöntemin Kuralları, 1894) Durkheim’ı yakından takip eden Moss (1872-1950), geleneksel

toplumlar üzerine yapılan etnografik malzemeleri kullanarak, toplumun işlevlerini tespit etmeye yönelir. Saha araştırmalarına önem veren Moss, bunu bizzat kendisi yapmasa da, kendisinden sonra gelen öğrencileri saha araştırmalarına girişirler. Moss'un en önemli yönü, etnografik malzemeler ışığında yaptığı araştırmalarda toplumların hiçbir şekilde “ilkel” ve “basit” ve “sade” olan şeylerin sosyal hayatla uyummadığını belirtir: “En temel formlar, hiçbir şekilde en gelişmiş formlardan daha basit ve ilkel değildir. Gelişmiş olanın, kendi içinde temel olandan daha farklı işlevleri vardır” der (A. İ. Hoffmann'dan alıntı, 1996)

Sonuç olarak Moss, ırkçı (Avrupa merkezci) bakış açısından kaçınarak, etnografik ve tarihi materyaller üzerinden izahlara girişerek, farklı kültürlerin en “doğal” ve “değişmez” gibi görünen farklı fiziksel eylemler gerçekleştirdiğine dikkat çeker (Moss,1996). Örneğin temel formlara sahip bir toplumdaki hediye geleneğinin Avrupa ticaret hukukunda nasıl uygulanabileceğine dikkat çeker. Geleneksel kültürlerde doğum, koşma, yürüme, uyuma, emzirme, yüzme gibi faaliyetler toplumdan topluma farklılık gösterebilir. Moss, her ne kadar kültür ve toplumu birbirinden ayırma taraftarı olmasa da, kültürü “belirli bir ürün” olarak algılayarak; kültürün sosyal bir sistemden veya kendi içinde var olandan başka bir şey olmadığını belirtir (A. İ. Hoffmann'dan alıntı, 1996).

M. Moss'un fikirleri modern sosyo-kültürel antropolojinin kurucusu olarak kabul edilen B. Malinovskiy'nin fikirleriyle de benzerlik gösterir. M. Moss saha çalışmalarına yönelip, etnografik veriler ışığında evrimcilikten uzaklaşması, onu işlevselciliğin (fonctionalism) temellerini oluşturmaya yol açar.

5. İşlevsellik ve İşlevsel Bir Hukuk Anlayışı

Antropologlar, B. Malinovskiy'nin (1884-1942) antropoloji bilimine verdikleri katkı konusunda hemfikirdirler. Her şeyden önce onun işlevsellik fikri, bilimdeki evrimci görüşlerin baskısı-

na son verdiği gibi, bunun yanında etnoloji, kültür tarihi disiplini olmaktan çıkarak, kültür dinamiği disiplinine çevrilir (Vidni, 1997: 393). Kendinden önceki ilim adamları çeşitli olayların sadece tarihi kökenleriyle uğraşırken, Malinovskiy ile beraber olayların kültürel boyutları ve işleyişleri ele alınmaya başlar. İlmî paradigmalardaki bu değişiklikler elbette sömürgecilik faaliyetleriyle ilişkilidir. Nitekim, İngilizler deniz aşırı sömürgeleri daha rahat yönetebilmek için sömürgelerdeki yerel kurumlarla işbirliğine giderek, idareyi sağlama almaya çalışırlar. Yerel kurumları kontrol altında tutarak sömürgeleri idare etme fikrinden hareketle, yerel kültürleri araştırmaya yöneldiklerinde ilk yaptıkları iş, yerel kurumların çalışma biçimlerini öğrenmek için antropologlara başvurmak olacaktır. Dolayısıyla bu çalışmalar İngiliz siyâset felsefesine uygun olarak B. Malinowski'nin işlevselciliğinin teorik temellerine dayanır (Boçarov, 2007: 67-85).

Malinowski, bu yolda ilim dünyasına iki önemli katkı sunacaktır. Bunlardan biri, saha araştırmalarında gözlemlere dayanan inceleme yapma, ikincisi; bütün bileşenleri birbirine bağlı kültürel bir sistem olan toplum kavramının hukukî, biyolojik vb. şartlara bağlı olduğunu ortaya koyma (Roulan, 1999:43). Kültür kavramı böylelikle antropolojinin merkezine yerleşerek, araştırmanın esası, kültürel içeriğe yönelmek olur. Herhangi bir kültür, kendi tarihsel dinamikleri ile değişen bir dizi içtimâî kurumlara sahiptir (Malinovskiy, 1945:49-50). Bundan sonra bir takım düşük ifadelerle anılan; gelenek, adet ve inançlar geçmişin “zararlı kalıntıları, vahşilik ve kültürsüzlük” değil, belirli bir kültürel sistemde kendi fonksiyonunu icra eden organik kültürün doğal parçasıdır. O zamandan beri hukuk antropolojisi bağımsız bir disiplin olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

Hukuk tarihçilerinin aksine Malinowski, ilkel kültürlerin kendi hukuk sistemlerine sahip oldukları noktasında; artık “bir sonuca vardım” dediği görüşlerini şöyle ifade eder: “Medeni hukuk ile, ilkel hukuk birbirlerine eşdeğer bir şekilde gelişmiştir

ve toplumsal organizasyonun bütün yönlerini kapsamaktadır” (Malinowski 1926: 73-74). Bunlar, hak ve hukukun işlevini yerine getiren normların tezahürleri değil, işlevin bizzatı kendisiyle ilgilidir: bireyleri ve toplumları birbirine bağlayan güç, karşılıklı yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin bir sonucudur. Hukuk, merkezi otoritenin zorlamasıyla değil, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesiyle gerçek bir boyut kazanır. Diğer bir deyişle, bireyin davranışları normlar ve talimatlar ile değil, sosyal ilişkiler tarafından belirlenir (Roulan, 1999: 47).

Dönemin antropolojisi geleneksel toplumları incelerken eski nesil antropologlar için geçerli olan tarihselcilik ilkesini reddederek, öncüllerinden ayrılır. Malinovskiy, mukayeseli tarihsel hukuk okulunun tipik özelliği olan ilkel toplumların hukukunu belli kavram ve kategori çatısı altında inceleme fikrini redederek, antropoloji alanında tarihsel hukuk okuluna atfen; “yasal olmayan okulun” kurucusu olarak kabûl edilir. Keza, geçen yüzyılın ikinci yarısında yerli araştırmacılarından L. Ya. Yefimenko’nun fikirleri de bu minval üzerinedir; “Geleneksel hukuk ile kültürel hukuk birbirinden tamamiyle farklı iki görüştür. Bunları popüler bir üslûpla sistematik hale getirmeye çalışmak, nankörce işlerden birisidir” (Yefimenko, 1884:171).

Malinovskiy’nin bu görüşleri bir anlamda Afrika antropolojik materyalleri üzerindeki kültürel dinamikleri, Afrika ile Avrupa arasındaki etkileşim göz önüne alındığında tarihsel hukuk okulunun yansımada kendini bulur. Özellikle, tarihsel okulun metodolojisini belirleyen Alman romantikleri bu sıralar “millî ruhu” hatırlatan Afrika kültürel determinizm kavramı üzerinde çalışmaktaydılar. Afrikalılar bu “ruh” aracılığıyla Avrupalı yenilikleri algılar gibi görünürler. Malinovskiy bunu hem ilim adamlarına, hem de sömürge valilerine şöyle hatırlatır: “bir antropolog basit, ama unutulmaz şu gerçeği aklında tutmalıdır: Bir Avrupalı, Afrika yerlileriyle olan ilişkisinde bir tabula rasa ile değil, her şeyi karşılayabilecek sonsuz esnek materyalle karşı kar-

şıyadır. Kabilevi Afrikalıların kültürel determinizme tâbi oldukları veçhile yeni gastronomik alışkanlıklar, yeni tarım yöntemleri veya sunacağınız yeni yasalarla onları kaçınılmaz olarak belirli kültürel gerçekliklerle değiştireceğiniz anlamına gelir ki, o da sadece çatışma doğurur. Çünkü geleneğe dayanan sosyal, ekonomik ve hukuki değerler sistemi, Afrikalılara hâlâ ilham kaynağı olmaya devam etmektedir (Malinovskiy, 1997: 377-378).

İngilizler, sözkonusu bu fikirler doğrultusunda sömürgeleri yeniden düzenleyerek bu çerçevede “yerel otoriteler, yerel mahkemeler ve yerel maliye” oluşturmaya girişirler. Bu çerçevede, “yerel mahkemeler” bir yandan kendi geleneksel hukuklarını kullanırken, diğer yandan sömürge idaresinin tahkim ve temyiz aşamalarına ilişkin yasalarını almak zorunda kalırlar. Bu, İngilizlerin işlevselciliğinin teorik ve tarihi altyapısına uyum sağlaması olarak somutlaşır (Malinovskiy, 1945: 142).

Malinovskiy’nin işlevselciliği, antropoloji ilminin önceliklerini kökten değiştirip, dikkâti tarihten günümüze çekerek, “ilkel” halkların geleneksel yasa ve kurallarına hukuk statüsü kazandırır. Hatırlanacağı gibi E. Erlich Batılı hukukçulardan farklı olarak o yıllarda işlevselci paradigma çerçevesinde antropologları bürolarından sokaklara çıkıp, “yaşayan hukuku” öğrenmeye çağırır. E. Erlich saha çalışmalarında Romalı hukukçuların fikrinin ne kadar doğru olduğunu görmüş ve; “Hukuksuz toplum olamaz” demiştir.

Post-Modernizm ve Kültürel Rölativizm

Konuya girmeden önce işlevselciliğin, tarihselliği reddetmekle birlikte, gelişme fikrini inkâr etmediğini belirtmemiz gerekir. Malinovskiy için “geri kalmış” halkların kültürlerine birtakım “yenilikler” aşılanıp, belli bir geçiş süresi tanınarak, onların medeniyete pürüzsüz geçişleri sağlanabilirdi. Ancak dünyadaki sosyo-politik olaylar göstermiştir ki, kimse bu “geçiş dönemini yaşamadığı gibi, sömürge ülkeler; ne Malinovskiy ne de Marx’ın

fikirlerine göre gelişme göstermiştir. Dahası iktisadî yönden büyük bir gelişme gösteren Japonya bile Batılı bir medeniyet olarak algılanmadığı gibi, yerleştirilmeye çalışılan Batılı değerler yerli halk tarafından reddedilmiştir.

Bu bağlamda gelişim fikri Rusya'da, SSCB'nin dağılmasıyla birlikte tamamen "ölmüştür". Sovyet sonrası Rusyasında ortaya çıkan yeni siyâsî yapılarda, siyâsî seçkinler her ne kadar demokrasi özlemi içinde görünür olsalar da, ortaya çıkan yeni siyâsî yapıların otoriter, oryantal, hâtta despotik biçimde zuhur ettiklerine şahit oluyoruz. Benzeri durum Afrika'da biraz daha erken dönemde yaşanmıştır: 1960'larda sömürgecilikten kurtulup, sosyo-politik olarak demokratikleşme modelleri seçen Afrika ülkeleri, 70'li ve 80'li yıllarda on yıl gibi kısa bir süre içinde hepsi tek partili yapılarıyla, dekoratif amaçlı demokratik otoriter rejimlere dönüşmüştür.

Kültür ve medeniyet kavramlarının 20.yy'ın ortalarından itibaren yeniden tanımlanma çabalarında, özellikle medeniyet kavramı, kültürün yerine kullanılmaya başlar. Örneğin, medeniyeti toplumsal gelişiminin en üst seviyesi olarak görmeyen A. Toynbee'ye (1889-1975) karşılık, S. Huntington, medeniyetlerin sürekli olarak birbirleriyle çatışma halinde olduklarına vurgu yaparak, medeniyet temelinde sonsuz savaşların kaynağı olarak dinlere özel bir önem atfeder.

Sosyo-kültürel antropolojideki post-modernizm; 20.yy'ın sonlarında Batı biliminin Doğu ülkeleri ve halklarına ilişkin görüşlerinin gerçekçi olmadığını ve Batı'nın bir Doğu miti inşa ettiğine yönelik eleştirel bir yaklaşım tarzı olarak ortaya çıkar. Bilindiği gibi bu yaklaşımın önde gelen ismi Edward Said'dir. Bunun yanında; "evrim", "ilerleme" ve "gelişme" gibi kavramlar post-modernizm içerisinde "yasadışı" ilân ediler. Öte yandan antropologların hayali olarak ortaya çıktığını varsaydıkları geleneksel (ilkel, primitif) toplum tanımı da reddedilerek, bunların yerini kültür kavramı alır (Kuper, 1988).

Bu bakış biçiminde kültürün eşsizliğini (biricik) tahrip eden ve dolayısıyla bozulmalara yol açan kültürel borçlanmalar (alın-tılar) negatif olarak yorumlanır. Bu fikirleri, yerli (Rus) ilim geleneğinde N. Danilevskiy ve L. Gumilev gibi ilim adamları tarafından temsil edilmektedir.

Tarihsel Antropoloji ve Hukuk Sorunu

Son yıllarda ortaya çıkan beşeriyetle ilgili bilgilerin antropolojik değerlendirmesi tarih çalışmalarda kendini gösterirken, diğer yandan kültür ve kültürle ilgili olarak insan zihninin alt katmanlarına yönelik araştırmalar başlamıştır. Bilim adamları artık araştırdıkları dönemin zihni altyapısını kavramadan, tarihi olayları doğru yorumlamanın imkânsız olduğunu iddia etmektedirler. Bu nedenle konuyla ilgili gündem maddelerinden biri, tarihi-psikoloji alanındaki gelişmeleri muhtelif disiplinlere uygulama fikridir. A. Y. Gurevich'e göre sosyo-tarihsel psikoloji, tarihin belirli dönemlerinden daha ciddi ve karmaşık konuların araştırılıp, derinlemesine anlaşılmasına yardım edecektir. Tarihi geçmişin antropolojik ve psikolojik yönünün tetkik edilmesi birçok konunun aydınlatılmasının da yolunu açacaktır (Gurevich, 1988: 64-67).

Böylece tarihin ilgi alanı, sosyal dinamiklerin (olayların tarihi) incelenmesinden, sosyal statige (toplumsal yapıların) aktarılıp, ardından sosyo-kültürel antropoloji yöntemleri tarihsel bilimin temeli haline gelecektir. Tarih disiplininde bu yönü yansıtan yeni bir kavram ortaya çıkmıştır ki, o da “Tarihsel Antropoloji”dir (Krom, 2000).

Tarihsel antropolojik araştırmaların özü, hukuk fikrinin sosyo-genezin ilk aşamalarından itibaren, insanların zihninde var olduğunu göstermesidir. Burada hukuk, toplumsal bir düzen olarak tanımlanır. Örneğin eski Almanların nazarında hukuk, insanlar arasında evrensel bir bağ olarak anlaşılıyordu. “Hukuk” terimi ile “şeylere” ve “ilişkilere” doğru orantılı olarak uyma fık-

ri, insan için normlar ve aralarında ilişki sisteminin oluşturulması anlamına gelmekteydi. “Adalet (hukuk) mülkün temelidir” deyimi, bir ülkenin kanunlarla ayakta duracağı, kanunsuz bir ülkenin harab olacağına izafeten söylenmiştir. Şiddet ve siyasal erk değil, düzenleyici bir otoritenin varlığı insanları birbirine bağlar. Hukukun üstünlüğü ile, dünya düzeni neredeyse eş anlamlıdır. Hukuk, korunması ve sevilmesi gereken bir nimettir. (Gurevich, 1972: 142). Örneğin İzlanda, İskandinav devletleri arasında paylaşılan kadar tek bir hukuki sistem içindeydi.

Hukukun varlığına ilişkin benzeri sonuçlara; “insanlık”, yokluğunu ise “insanlık dışı” olarak ifade eden eski Rus materyallerinde rastlamak mümkündür. Mesela, “Alman” (Nemets) etnonimi, Rusların Almanlara verdikleri “sağır” veya “insan dili konuşamayan” (Rusça) kelimesiyle ifade edilir. Böylece onlar insan kategorisinden çıkarılarak, hukuka erişmeleri engellenmiş olur. İlk Rus vekayinamelerinde “hukuk ve hukukun yokluğu”, “insan ve hayvan” antitezi üzerinden, Lehlerin “hayvan gibi yaşadıkları, birbirlerini öldürdükleri, evlilik yapmadıkları” anlatılır. Bu bağlamda Ruslar kuzey ormanlarında yaşayan Vyatkinlerden, Radimiçlerden ve diğer Kuzeylilerden “ormanda yaşayan, her hayvanı yiyenler” (canavar) olarak bahsederler (Chumakova, 2002: 136-137). Geleneksel Rus kültüründe T. V. Chumakova’nın belirttiği gibi hukuk ve hakikat aynı mânaya izafeten, yasal normlara uyma anlamına gelir. Bunun aksine olan yasalar, olumsuz olarak nitelenir (Chumakova, 2012: 141).

Bu konuda dünyanın muhtelif yerleriyle ilgili folklor malzemeleri bizlere oldukça ilginç bilgiler sunar. Hakikat, her geleneksel kültürde sihirli bir güç olarak; “kötülük, kaos, karanlık” gibi kötü güce karşı durmakta, bu yüzden hakikat hep kazanmaktadır: “Hakikati bir torbaya koyup saklayamazsınız” veya “Hakikat suda batmaz, ateşte yanmaz” gibi deyimler, bu anlayışın ürünüdür. L. A. Tihomirov bundan yola çıkarak, hakikatın asıl güç olduğunu, bunu geçici değil sürekli olarak muhafa-

za edildiğini ve er ya da geç muhakkak tecelli edeceğini söyler (Tihomirov, 1992:22). Keza aynı şekilde hakikat olgusunun sık sık güneşle karşılaştırıldığına dikkât çeken 19.yy'ın Rus etnograflarından Afanaseyev, Ruslar da dahil olmak üzere hemen dünya halklarının çoğunun; kötülüğün, karanlığın ve soğüğün cezalandırıcı gücünün güneşle karşılaştırıldığını; “Hakikât, güneşten parlaktır.” “Gökyüzü hakikâti ilân eder” sözleriyle dile getirir (Afanaseyev, 1983:40) Hakikatin Rus kültüründe cezalandırıcı rolü, insanlar yerelleştikçe farklılaşmakla birlikte, sonuç değişmemiştir (Dahl, 1978).

6. Rus Antropoloji Geleneği ve Teamül Hukuku

Rusya’da gerek Rus, gerekse yabancıların etnografik çalışmaları 1861 reformu sonrası hız kazanır. Reformlar, başta antropologlar olmak üzere, hukukçuları ve çeşitli bilim adamlarının Rus köylülüğünün “hukukî hayatlarını” araştırıp, tanımaya yönlen-dirir. Araştırmalar, tarihi yazılı kaynaklarının toplanıp değerlendirilmesiyle, saha çalışmaları biçiminde ilerler. Bilim adamlarının belirttiğine göre B. Malinovskiy daha sonra yapacağı geniş çaplı etnografik çalışmalarda bu materyaller üzerinden yeni teorik çözümlemelere ulaşır. Bu sebeple Rus etnografyası son döneme kadar evrimci görüşlerin baskısı altında ilerleyecektir. Eski SSCB’nin etnik grupları arasında yapılan saha araştırmaları, Sovyet etnograflarının karşısına çıkan örfi hukuk izleri yok olmaya mahkum geçmişin kalıntıları olarak değerlendiriliyordu. Tam da bu noktada bazı bilim adamları bu “kalıntıların” sadece okuma-yazma bilmeyen insanlar arasında değil, üst düzey devlet adamları arasında bile cari olduğunu farkederek, farklı düşünüyorlardı. Mesela, 1970’lerde Türkmenistan’a giden bir meslektaşımız, orada vilayet merkezinde önemli bir görevde bulunan bir idarecinin çocuğuna düğün yaparak evlendirmek için şehirden ayrıldığını ve geleneksel yasalara tâbi olarak kalın (başlık parası) ödediğini kaydetmişti. Hâlbuki bu gelenek, devlet tarafından

“zararlı kalıntı” olarak ifade edilmekteydi. Ancak, merkezden uzaklaştıkça, yerel yetkililer geleneksel kuralların tatbik edilmesine gözlerini kapattıkları gibi, bu kurallara bizatihi kendileri de riayet ediyorlardı. Oysa, Sovyetler Birliği Komünist Partisi bu kalıntılarla mücadele ediyordu.

Bu tür örfi hukuk uygulamalarında yerel bölge memurlarını bilgisi dahilinde olduğuna kuşku yoktu. Böylesine bir olaya 1980’lerde Abhazy’a düzenlediğimiz bir araştırma gezisi esnasında şahit olmuştum. İki köy arasında vuku bulan niza bizlere şöyle aktarılmıştı: Bölgedeki iki köyde kabileler arasında hasımlık olduğu, kabile reislerinden birinin Komünist Parti yerel birimlerden birinin, diğerinin ise köy Sovyet yöneticisi olduğunu söylediler. Olaylar ileri boyuta taşmış, kabileler birbirlerine karşı can ve mal kaybına sebebiyet vermişlerdi. Bunun üzerine o bölgenin önde gelen bir devlet yetkilisi araya girip; “uzlaşma meclisi” kurarak, aradaki kan davasını sona erdirmişti. Saha çalışması yürüttüğümüzde bu bilgi bize “mahrem” bilgi olarak iletilmişti. Çünkü bütün bunlar devlet tarafından “kalıntı” olarak adlandırıldığından, gizleniyordu.

Sovyet etnografyasının teorisyenlerine gelince, onlar evrim fikirlerine dayanan resmi bilimsel doktrine sadık kalıyorlardı. Bu teorilerin öncelikle objektif gerçekliği ve Marksist sistemi bir araya getirdiği fikrini akla getirmektedir. Örneğin, D. İ. Persits, geleneksel toplumlarda aslında yasa olmadığını, fakat bu insanların çocukluklarından itibaren hukuk, ahlâk ve din gibi fikirleri içeren “mono-norm” kalıplara sahip olduklarını iddia eder (Dumanov – Persits, 2000:98-100). Yu. İ. Semenov ise, geleneksel hukukun ortaya çıkışını siyâsî bir teşekkülün gelişmesiyle ilişkilendirerek, kamu hayatını ilk önce tabuların, ahlâkın ve geleneklerin yönettiğini ve teamül hukukunun arkasında devletin olduğunu ilâve eder (Semenov, 1997:13-21). Ancak teamül hukukunun “devlet tarafından onaylanan gelenekler”le eşit tutulmasına karşı çıkan antropologlar da vardır. Örneğin

V. A. Alexanderov bu bakış biçiminin “yanlış anlama” olduğu, aslında devletin geleneksel hukuk uygulamalarına izin verebileceğini, fakat bunun geleneksel hukuka yetki verildiği anlamına gelmeyeceğini söyler. Eğer, diye devam eder; “devlet geleneksel hukuku kabûl edip, yasalarla bunu sabitlediği takdirde, o zaman geleneksel hukukun varlığı sorgulanır. Teamül hukuku, geleneksel olduğu için geçerlidir (Alexanderov, 1984:33). Genel olarak Sovyet döneminde geleneklerin tarihi yönü dışında bu konuyla ilgilenilmez (Alexanderov, 1984; Vlasova, 1989). Bununla ilgili olarak M. A. Sergeyev, Kuzey’in küçük halkları arasında sosyalizm inşa meselesine ilişkin yapmış olduğu çalışmada, Kuzey halkları arasında balık tutma, su ürünleri, geyik meraları, karşılıklı yardımlaşma, çeyiz verme ve gıda mallarının dağıtımı gibi muhtelif etnografik konularda epeyce malzeme toplamıştır (Sergeyev, 1955:172-192) Bu arada Sovyetlerin ilk yıllarında M. O. Kosven’in yasallık ve devlet öncesi toplumlarda yasal hayat üzerine yapmış olduğu bir araştırma da bu çalışmalar arasında yer alır (Kosven, 1925).

Sovyet dönemi merkezi otoriteler, yerel bölgelerin nasıl yönetildiğine dair çok az bilgi sahibiydiler. Bu nedenle perestroyka ilân edildiğinde, yerel bölgelerdeki istismarlar birer ikişer ortaya çıktığında, bu durum sadece vatandaşlar arasında değil, devlet görevlileri tarafından da şaşkınlıkla karşılanmıştı. Örneğin, perestroyka müfettişlerinden Gdlyan ve İvanov, Özbekistan’da “Özbek meselesi” adıyla bilinen olayı araştırırken, sosyalist emek kahramanı unvanına sahip kolhoz temsilcilerinden birinin bodrum katında herhangi bir hata sebebiyle sıradan kolhoz çalışanlarını cezalandırmak için yaptırdığı özel bir nezarethâneyle karşılaşmışlardır. Daha sonra komünistlerin ahlâkî sistemlerinin tamamen bozulduğuna ve sosyal hayatın çöktüğüne dair yazılar yazmaya başlandığında, bu bölgede yüksek makamlarda her yöneticinin evinin bodrumunda böylesi hücrelerin varlığı ortaya çıkmıştır. Bu durum onların otoritesini gösteriyordu.

Sovyet etnograflar, teamül hukukuyla ilgili araştırmalarda bu tür uygulamaların sadece gelenekselliğin hüküm sürdüğü ilkel toplumlarda değil, modern toplumlarda da görürler. Y. V. Bromley; “Gelişmiş ülke halklarının modern yasal normları etnografların ilgi alanı dışında” kalmasının sebebini, gelişmiş ülkelerde spesifik etnik unsurların kaybolmasıyla açıklar. Bu tür etnik özelliklerin korunduğu ortamlar, daha çok halkın yasal bilincinde kendini gösterir. Ancak modern toplumlar içindeki geleneksel unsurları sadece arkaik dönemden kalan kısmıyla bir yorum yapabilmek mümkün değildir. Sonuç olarak modern toplumlarda yasal bilincin etnik bir özgünlüğü vardır ve bunlar gündelik hayata indirgenemez; zira gündelik hayat içerisinde yeni gelenekler doğar ve kendi içinde değişim göstererek yaşamaya devam eder. Bu nedenle etnograflara çok fazla görev düşer (Bromley, 1973). Bilim adamları bu durumu “arkaik hukukun kalıntıları” olarak değerlendirmedikleri gibi, bu durumda ortaya çıkan yeni ve tuhaf geleneklerden de haberdar ederler. Başka bir ifadeyle, toplumların hukuk kültürü öncelikle gündelik hayat sahasında yoğunlaşan, daha sonra toplumun tamamına teşmil olan yazılı ve yazılı olmayan yasaların belirli davranış modeli algoritmasını belirler. Bu algoritma içinde sadece “kalıntılar” üzerinden fikir yürütülmez, bunlar gözlem yoluyla incelenmesi gereken yeni ve tuhaf davranış kalıplarını da kapsar.

3. Bölüm

Uygulamalı Bir Disiplin Olarak Antropoloji ve Batı Avrupa Tecrübesi

Kurucusu B. Malinovskiy olan “Modern Hukuk Antropolojisi”ni, Avrupalı sömürgeciler sömürgelerdeki yerli halkı idare etmede, sömürge halklarının teamüllerini bilmemelerinden kaynaklanan sorunları çözmek için modern hukuk antropolojisinin içeriğini oluşturan “teamül hukuk” yasalarını belirli bir düzene koyarak, uygulamalı bir bilim dalı olarak yeniden inşa ederler. Zira, Avrupalı sömürgecilerin örfi hukuka ilişkin bilgiye sahip olmamaları sömürge yönetiminde ciddi sorunlara yol açıyordu. Bu tür sorunların bir örneğini Edward Jenkins şöyle aktarır: İngilizler, Hindistan’da köylerden birine su sistemi getirdiklerinde doğal olarak köylülerin sevinç gösterisiyle karşılaşacakları yerde öfkesiyle karşılaşırlar. Hint köylüleri için böylesi bir durum, toprakları üzerinde yabancıları oldukları ve bilinmeyen bir şeyin yapılmış olmasıydı. Neticede İngilizler arasında uyanık bir memur, köyün kabile büyüklerinden birine aslında bu su sisteminin Hindistan’da çok eski zamanlardan beri var olduğunu köylülere anlatması istenmesiyle, köylüler ikna olup, sakinleşmeleriyle sorun hâllolur (Jenix, 1907).

Sömürgeciler, Batı hukuk kültür normlarına uygun olarak egemenliklerine meşruiyet kazandırmak için özellikle toprak ve mülkiyet hukuku konularında yasal sonuç almaya özen gösterirler. Bunun için yasallaştırma işlemi doğal olarak sömürgelerde toplumun önde gelen liderleriyle yapılan anlaşmalarla sağlanır. Lâkin daha sonra anlaşılır ki, toprakların gerçek sahipleri bu liderlerin değil, atalarının ve örfi hukuka göre liderler, kabile mensuplarının yararına olacak şekilde toprağı yönetme hakkına sahip, fakat sahibi olarak satma hakkına sahip değildir. Bu

toprakları liderleri değil, kabilenin ataları miras bırakmıştır ve kendileri de gelecek nesillere miras bırakacaklardır. Bu yüzden yapılan anlaşmalar, halk tarafından hoşnutsuzlukla, karışık duygularla karşılanarak, zaman zaman silâhlı isyana dönüştüğü bile olur.

Avrupalı sömürgeciler, buna karşı halkın kültürünü iyi bilen birtakım yerel liderleri saflarına çekip, yerli kültüre ait aldıkları bilgiler doğrultusunda, yeni bir pratik geliştirme yoluna giderler. Bu siyâseti özellikle İngilizler kendi sömürgecilik tecrübelerinde kullanacaklardır (Boçarov, 2007: 67-85). Bu da iktidar mirasıyla ilgili teamül hukuk normlarını iyi bilmeyi gerektirdiğinden, sömürgeciler bunun için eğitilmiş ve yetiştirilmiş varislere güvenirliler. Ancak onlar burada bir yanlış yapacaklardır. Afrika sömürge tecrübesi bu tür hatalardan birine tipik bir örnek teşkil eder: Zaire’de hükümdarlık sisteminde kraldan sonra başa geçecek olan kişi, kralın oğlu değil, yeğenidir. Kralın oğlu, yeğenine bu hakkını tanımayıp, krallık tahtına oturması halinde, halk tarafından “gaspçı” ilân edilir. Avrupalılar, çıkarları gereği Zairelilerin bu teamüllerini görmezden gelip, kralın oğlunu desteklemeleri üzerine, Zaire’de uzun sürecek kanlı bir iç savaş çıkmasına sebep olurlar. Yani sömürgeci devlet, onlara tâbi olan halklara her ne kadar kendi hukuk modelini dayatmaya çalışsa da, yine de örfi hukuku kullanmak zorunda kalmıştır.

Bu yoldan olmak üzere; Fransız, Belçikalı, Portekiz, İspanyol ve İtalyan sömürgeciler hakimiyetleri altında bulundurdıkları sömürgelerde yerli halka yönelik yoğun bir “asimilasyon ve entegrasyon” programı yürütürler. Meselâ, Fransızlar, İngilizlerin “dolaylı kontrolüne” karşı “doğrudan kontrol” sistemini tercih ederken, bunun için yeni bir uygulamayı (1789) Fransız ihtilâlinin öngördüğü vatandaşlık ilkesine göre icra ederler. Fransızların sömürgelerde Roma-German hukuku ve Fransız medeni kanunu yürürlüğe sokmalarına, yerli halktan çok az kişi tâbi olur. Böylelikle ortaya iki kategori çıkar: Fransızlar ve yerliler.

İlk kategoriye büyük ticaret şehirlerinde yaşayanlar dahildir. Mahkemelerde taraflardan birinin Avrupalı olması halinde icra Fransız hukukuna göre işlerken, yerli halk genellikle “örfi hukuk ve geleneklere” tâbi olarak işlem görür. Ancak yine de yerlilerin evlilik, boşanma, miras, vesayet gibi davaları Fransız medeniyet ilkelerine aykırı olmadığı sürece onaylanır (Sinitsina; 1978: 19)

İngiliz sömürgelerinde ise büyük şehirlerde “genel hukuk” ve çok az İngiliz kanunu yürürlüğe konmuştur. Yerlilerin hayatı örfi hukuka göre düzenlenmiştir. Bunun için 1875 gibi erken bir tarihte, teamül hukukunun sömürgelerde uygulanmasına ilişkin bir kararname yayınlanır. İngiliz “medenî” gelenekleri ve hristiyanî kuralları kabûl etmeyen yerlilere, sömürge idaresiyle ters düşmedikleri müddetçe kendi hakim ve kralları tarafından teamül hukuk kurallarını uygulamalarına izin verirler (Sinitsyna, 1978:20). Böylelikle Afrika sömürgeleri, büyük şehir hukuku ve “yerli gelenekten” oluşan hukuki çoğulculuk olarak şekillenir.

Alman kolonilerinde ise, 19.yy sonuyla, 20.yy’ın başlarında geleneksel hukukun kodifikasyon sorunu ortaya çıkar. Tanınmış antropologlardan K. Mayhof, bu meselenin hukukçular tarafından çözümlenebileceğine inanmakla birlikte, aynı zamanda antropolog ve dilbilimcilerin de bu işte rol almaları gerektiği kanaatinde. Almanlar kodifikasyon sorununu çözmek için, bir takım çabalara girişirlerse de, I. Dünya savaşı sonrası Almanların sömürgelerini kaybetmeleriyle, konu mecburen kapanır.

Fransızlar için durum teamül hukukunun kodifikasyonunda ihtilaf çıkar. Bunlardan bazıları önceden oluşturulan geleneksel normların toplumsal hayatın değişiminden sonra hukukun gelişimini sağlayamayacağı görüşündedir. Mesela, Belçika Kongosu Başsavcısı A. Saunier; teamüllerin bölgeden bölgeye, kabilelerden kabileye değişiklik göstermesi sebebiyle, geleneksel hukuk kurallarının kodlanmasına karşı çıkar. Bunları halk için karışıklığa sebep olmadan istikrarlı ve kullanışlı hâle getirmek imkânsızdır. Geleneklerin tamamını yasaya dönüştürmek demek,

halkın bölünmüşlüğüne stabil hale getirmek demektir. Ancak, buna rağmen örf hukukunun kodifikasyon çalışmalarına devam edilerek, 1903'te Fransız antropolog Delafoss tarafından Sonja halkının örfi hukuku derlenmeye başlar. Bu derlemeler 1910 yılına gelindiğinde hemen hemen her Fransız sömürgesinde tamamlanmıştır.

İngiliz sömürgelerinde geleneksel hukukun kodifikasyon teşebbüsü 1891 yılında Güney Afrika'da, 19 maddeden ibaret bir "yerli kanunları" derlemesiyle başlar. 71 maddelik bir yasadan ibaret olan bu kanunlar; kabileler arası sınırların belirlenmesi, evlilik, boşanma, veraset ve cinayet gibi suç konularını kapsar. 1932 yılında toplanan yerel kanunlar, Güney Afrika Birliği Parlamentosu tarafından da onaylanacaktır. Yine 1922 yılında Lesoto'da yerel liderlerin hakları, miras meselesi ve adli konuların sonuçlanması gibi birtakım sorunlara çözüm bulmak için geleneksel hukuk normları derlemesine girişilir. En ciddi suçlar arasında cinayet, tecavüz, zina, hakaret, baştan çıkarma ve iftira gibi fiiller ciddi suçlar olarak kabûl edilir. Bu yasaların derlenmesiyle, geleneksel otoritelerle İngiliz otoriteleri arasında ayırım yapılmış olur. Ancak liderler kasten veya hata ile işlenen cinayet davalarını sömürge mahkemesi yardımcısına (İngiliz memur) devrederken, ciddi suçlar yine sömürge mahkemeleri tarafından görülür. Örneğin, işlenen bir cinayette mağdur olan taraf, failden on hayvan tazminat alma hakkına sahiptir. Bu tazmin hakkı, uzun süre İngiliz sömürgesi altında kalan bölgelerde uygulanan geleneksel normlardan bir tanesiydi. İngilizler genel olarak kendi hukuk sistemleriyle, geleneksel hukuk arasında dolaylı bir "orta yol" bularak, kontrol politikalarını devam ettirmişler ve yerel kuralları serbest bırakarak, bunun için bölgenin ileri gelenlerini yerel makamlarda tutmaya özen göstermişlerdir. Bu yoldan olmak üzere, 1959'da Kuzey Nijerya'da geleneksel kurallar Ceza Kanunu'na dahil edilerek, bu kanunun kabûlüyle, örneğin eşlerin sadakatsizliği yerel kanunlar ve geleneklerin ihlâli olarak sayılmıştır.

Afrika'ya yönelik bu tür çalışmalar aslında 1930'lu yılların başlarında yoğunluk kazanmaya başlar. Bunun için Dakar'da 1935 yılında kurulan bir komisyon teamül hukuku ile alâkalı bilgi toplamakla görevlendirilir. Fransız sömürge idaresi "Fransız Batı Afrika"sının teamül hukuk kurallarıyla ilgili topladıkları malzemeleri üç ciltlik bir kitap halinde yayımlar. Yayımlanan kodexin pek çok yönden eksiklik taşıması, dönemin Batı Afrika Fransız valisi A. Labour tarafından yönetimin sömürge politikalarına yönelik ağır bir eleştirisi olur: "Şu anda Fransız misyonu içerisinde yeralan kişiler, yerli gelenekleri yeterince bilmemekte, bu da ciddi bir tehlike arz etmektedir. Fransız Medeni Kanunu'nu esasında uygulanan adli hükümler, geleneksel kuralları ihmal etmektedir. Yetersiz bilgi ve elinde geleneksel normlara dair herhangi bir bilgisi olmayan Batılı bir adamın, örnek olarak yerliler arasındaki anasoylu veya atasoylu bir miras meselesi hakkında nasıl karar vereceği tartışma konusudur. Herhangi bir bilgiye sahip olmayan bu yetkililerin, Fransız hukukuna göre karar vereceği düşünülmesi zor bir şey değildir. Bu durum yerel geleneklerle çatışması kaçınılmazdır (Sinitsyna, 1978: 26).

Büyük Britanya İmparatorluğu, bidayetinde sömürgelerde sadece idareyle ilgili davalara bakıp, diğer konularda yetkiyi yerel mahkemelere bırakmış olmasına rağmen, zaman içinde işlenen büyük suçları, özellikle cinayet gibi vakaların önüne geçebilmek için, 20.yy'ın ortalarında bütün müstemlekeleri kapsayacak şekilde yeni kanunlar çıkarmak zorunda kalır. Keza, İngiliz temyiz mahkemeleri kurulduğundan itibaren, sömürgelerde müşterek hukuk esasına büyük bir titizlik gösteriyordu. Bunun için 1867'de Batı Afrika'da, 1902'de Doğu Afrika'da ihdas edilen temyiz mahkemeleriyle yerliler, kendi mahkemelerinde çözilemeyen davaları bu mahkemelere havale ederler. Burada yerel mahkemeler teamül hukuku esasında karar alırken, İngiliz kanunlarıyla tezat oluşturmamaya dikkat ederken, İngiliz temyiz mahkemeleri de, yerel kanunlara aykırı karar almamaya özen gösterir. Ancak,

pratik anlamda temyize giden bir dava sonucunda verilen kararı, yerliler idrak etmekte zorlanırlar. Zira, temyiz mahkemeleri her ne kadar yerel kanunlarla ters düşmemeye çalışsa da, her halûkarda İngiliz kanunlarının tesiri kaçınılmazdır (Boçarov, 1992: 170). Yine de İngilizlerin Afrika'da uyguladıkları yerel içtihatlar oldukça gelişmişti. İster yerel, isterse temyiz mahkemeleri olsun, yerel kuralları ve normları bilen kişilerin adli işlerde istihdam edilmesinin önü açılarak, sömürgelerde adil yargılama usulleri uygulanmaya çalışılmıştır (Sinitsyna: 1978: 36).

Sözkonusu bu mahkemeler, örfi hukuk esasında karar vermediği takdirde, yerel güçlerle çatışmaya girmesi kaçınılmaz olacağından, mahkemelerde teamül hukukuna uygun (genel İngiliz kanunları ve İngilizlerin “adalet ve ahlak” görüşlerine zıt olmaması kaydıyla) yeni hükümler oluşturulur. Böylelikle teamül hukuku, içtihat hukukunun etkisiyle değişmiş oluyordu. İngiliz kanunları muvacehesinde alınan bir karar, aynı zamanda emsal karar teşkil ettiğinden, bir sonraki mahkemede daha önce alınan kararların aksine bir karar alınmasının önüne geçilerek, İngiliz hukukunun yerleşmesinin yolu açılır. İngilizlerin sömürgelerde “dolaylı kontrol” adını verdikleri geleneksel kurum ve gelenekleri dikkate alan bu yönetim tarzı içerisinde politikanın bilimsel ve teorik kısımları Malinovskiy'nin işlevselcilik fikirlerine dayanır. İşlevselciliğin en önemli yanı, toplum içinde belirli işlevleri yerine getiren kurumlardan meydana gelmesidir. Bu görüş çerçevesinde hükûmet sömürgelerdeki kurumları sömürgeci işlevleri yerine getirecek şekilde donatarak, sömürgeleri bu şekilde yönetebileceklerini hesaplıyordu. Bunun için dönemin tanınmış antropologları, sömürge ülkelerin yerel kurumlarının hangi işleve sahip olduklarını tespit edebilmek için görevlendirildiklerinde; 1920 ve 1930'lu yıllarda idarecilerin dikkate almaları gereken hukuki normları tespit etmeye başladılar. Malinovskiy bu konuda şöyle yazar: “İdareci, geleneksel yasalar altında hangi bilgiye ihtiyacı olduğunu çok iyi bilmelidir” (Malinovskiy, 1929: 22).

İngilizlerin hukuk çalışmaları yerli halkın geleneklerine dayanarak, eski kalıbı yeni içerikle doldurarak, yeni sömürge şartlarına uyarlamak olmuştur. Doğal olarak bu durum geleneksel kurumlara yeni sömürge işlevi kazandırmak, halkın nazarında yerel liderlerin otoritelerini zayıflatıyordu. Çünkü yerli gelenek, liderlerin bu tür görevleri icra etmelerini öngörmüyordu. İngilizler yerli halka liderlerin emirlerini yerine getirmelerini “öğretmeleri” gerekiyordu. Bir sömürge yetkilisi bu konuda şunları yazacaktır: “Ben her zaman liderlerin özellikle can ve mülkiyet dokunulmazlığı, mahkeme ve yönetim karşısındaki görevlerinin halka anlatılmasına önem verdim”. Bu hedefe ulaşmak için sadece ikna değil, aynı zamanda fiziksel baskı da uygulanmıştır. Yine bir başka yüksek görevli memur şunları belirtir: “Afrikalılar yeni kanunlar ve emirleri yerine getirmeyip, vergi vermekten imtina ettiklerinde, onlara fizikî şiddet de uygulanıyordu. Bu cezalar, vergi vermedikleri için değil, liderlerin emirlerini dinlemedikleri için verilmiştir. Eğer sadece vergi vermedikleri için ceza uygulasam, o vergiyi de kesinlikle toplayamazdım. (Boçarov, 1992: 165).

Bunun için (Halkı aydınlatmak) kitle iletişim araçları kullanılacaktır. Halkın çoğunluğunun eğitimsizliği dikkate alınarak öncelikle radyo kullanılır. Örneğin Nijeryalı bir hukukçunun bağımsızlıktan iki sene önce yaptığı bir konuşmada “ismin lekelenmesi” konusu daha sonra yasal olarak takip edilmiştir. Geleneksel kültür taşıyıcıları nazarında “isim” çok önemli bir role sahiptir. İsim, kişinin sosyal özelliklerine göre, belirli bir etniğe ait olma, yaş ve hangi kabileye ait olduğunu belirlediğinden, toplumsal hayat içinde oldukça önemlidir. Bir kişi ölebilir, ama arkasında ismi kalır. Ölen kişinin ismi, kendisinden sonra gelecek torunlarına mirastır. Bu sebeple geleneksel toplumlarda isimler özel bir önem taşır. Nijeryalı yazarın kahramanlarından biri olan C. Achebe’nin “bu konuda bir şey sorduğumu duyar-san, adımı al ve bir köpeğe ver” der (Achebe 1919:56). Yazar,

“ismin lekelenmesi”nden başka, birinden nefret etme, alay etme veya acıma hissi uyandıran kelimeleri kullanmayı anlar. Örneğin eğer bir doktor hakkında biri kötü tedavi ettiğini söyleyip, hastaları onu terk ederse, o zaman o kişiler tazminat talep etme hakkına sahiptir” (Sinitsina 1978:41).

Sonuç olarak, Avrupalıların Afrika sömürgelerinde uyguladıkları yönetim ile ilim sıkı sıkıya birbirine bağlı olarak ilerler. Elbette bu süre içinde teorik olarak işlevsel metodolojiyle, antropologların ciddi bir rol oynadıklarının altı çizilmelidir. Teorik ile pratik faaliyetler arasındaki bu ilişki zamanla hukuk antropolojisinin gelişmesine ciddi katkı sağlayacaktır.

Dönemin yüksek sömürge idarecilerinden birinin ifade ettiği gibi: “Hem antropologlar, hem de yönetimde görev alanların tek bir amacı vardı, o da; Afrika sömürgelerinde örfi hukuk hakkında olabildiğince doğru bilgi toplamaktı. Bu derlemeler, Afrika’nın teamül hukuku hakkında klâsik olarak kabûl edilen en önemli çalışmaları ortaya çıkarmıştır”. Çünkü hangi Afrika ülkesi olursa olsun, sömürge faaliyetlerine zarar gelmemesi, sahada toplanan bilgilerin doğruluğuna ve bunların sağlanmasıyla bağlıydı (Sinitsyna, 1978: 94).

Hukuk Antropolojisi ve Rus Kamu Uygulamaları

Rusya’da hukuk antropolojisinin ortaya çıkışı, 1861 reformlarıyla ilişkili olarak Ocak 1857’de hukuki meselelere çözüm bulmak üzere Alexander P. Başkanlığında oluşturulan gizli bir komitenin teşekkülüyle başlar. Komitenin görevi, köylülerin hayat şartlarını iyileştirmek ve toprak sahiplerinin haklarına sınır getirmektir.

19.yy’a kadar örfi hukuk sadece tarihçiler ve hukuk bilimcilerin yazılı hukukunun kodifikasyonu nezdinde ilgi alanlarına dahil olmakla birlikte, bu reformlar hem hukukçuların, hem de etnografların mezkûr konuya dikkatlerini çekiyordu. Bu komite, Rus köylüleri yanında, “yabancı köylülerin” de (Rus olmayan)

hayat tarzlarını inceleyerek, onların hukuki normlarını tespit edecekti. Bunun için tarihi kaynaklara, teamül hukukunun saha araştırmalarını da ekleyen komite, Rusya köylü hayatının çeşitli alanlarına yönelik adet ve gelenekleri tespitle, ticarî anlaşmazlıklar, arazi dağılımı, kira meseleleri, avlanma konusundaki sorunlar, köylülerin borçları ve üretim gibi konular üzerine yoğunlaştı.

Hükûmetin 19 Şubat 1861 reformuyla; miras, mülkiyet ve veraset gibi konularda geleneksel hukuk kurallarına izin vermesi, örfi hukukun Rus kamu hukukunda yerini alarak, köy hayatına dair daha fazla tetkikat yapılmasının yolunu açıyordu. Nitekim bu çabalar 12 Temmuz 1889'da köylülerin adli işlerinin çözümü için geleneksel hukukun zorunlu olarak uygulanmasına dair çıkartılan kanunla, bu konudaki araştırmaların uzun soluklu olmasının önünü açıyordu. 19.yy'ın ikinci yarısından itibaren etnologlar, hukukçular ve değişik disiplinlerden gelen bilim adamları toplanılan bu materyaller üzerinde sistematik bir şekilde çalışmaya başladılar. Bu konuda N. V. Kalaçeva başkanlığındaki "Rus Coğrafya Cemiyeti" 1860'lardan itibaren halkın günlük hayatında yaşayan gelenekleri tespit edip toplayarak, teamül hukukuyla alâkalı çok sayıda yayına imza attı. Bunun yanı sıra, "Geleneksel Hukuk Komisyonu" oluşturularak, sözkonusu çalışmalara verilen önem gereği, St. Petersburg Devlet Üniversitesi, Hukuk Fakültesinde geleneksel hukuk çalışmaları müfredat programına dahil edildi. Bu çalışmalar kapsamında 1873-1874 arası "Bölge Mahkemelerinin Dönüşümüne Dair Komisyon Çalışmaları" adıyla geniş bir eser yayınlandı.

Bütün bunlar olurken, akademisyenler arasında teorik ve pratiğe ilişkin iki görüş ortaya çıkmıştı. Konuya teorik açıdan bakan akademisyenler; resmî mevzuatla, geleneksel hukukun korelasyonu ve köy hayatıyla köylülüğün toplum nezdindeki rolüne ilişkin görüş bildirirken, pratik açıdan bakan akademisyenler; geleneksel hukukun yargı ve idari yapılarda ne kadar uygulanabilir olup olmadığını tartışmaya açtılar. Bu ortamda geleneksel

yasaların uygulanmasını destekleyenler olduğu gibi, muhalif olanlar da vardı. Bunlardan Petrazhitskiy, Rus köylülüğünün sadece tek bir yazılı yasaya tâbi olması gerektiğini “Sın Oteçestva”-da şöyle savunuyordu: “Hareketlerinin gelenek olarak görüldüğü kör güçler, aslında ekonomik, tarihi vs. şartlardır ki, kanunun ölü kalmaması için herkesin onları dikkate alması, ... köylülerin geleneklere göre yargılanma haklarına dokunmamak gerekir. Ve her defasında mahkemenin kendi aldığı kararlarda belirli bir bölgede bu tür bir geleneğin var olduğunu belirtmesi gerekir. Teamül hukukunun kodifikasyonuna gerek yoktur, çünkü yerel şartlar ve geleneklerin kendi içindeki farklılıkları tek bir çerçeveye sığdırmak anlamına gelir ki, bunun için hayat şartlarının aynı kalması gerekir. Yasal gelenekleri aşağıdaki şekilde toplamak ve geliştirmek mümkündür:

1-Her vicdan sahibi insanın, bu geleneklerin hayat şartlarından ileri geldiğini, bunların tek kalemde değiştiremeyeceğini görmesi gerekir,

2-Yasa koyucu için yerel geleneklerin gözden geçirilmesi, yol gösterici bir rehber olmalıdır” (Sın oteçestva...1898).

Burada ünlü Rus hukukçulardan B. A. Kistyakovski’nin bakış açısı oldukça ilgi çekicidir. Ona göre yazılı yasalar hareketsizdirler ve çok yavaş değişime tâbi olurlar. Son derece karmaşık olan yasama hükümlerinin mekanizmalarını harekete geçirebilmek için, yazılı yasaları değiştirmek gereklidir. Zira, yazılı yasaların hareketsizliğine karşı, hayat sürekli hareket halindedir. Hukukî hayat, faaliyette olan yazılı kanunlara uymayabilir-ki, bu belirli bir zamana kadar yazılı kanunun gücünü etkilemeyecektir” (Kistyakovski, 1916: 147-148).

Bundan hareketle, ihtilal öncesi Rusyasında geleneksel yasaları resmî mevzuat ile bir araya getirebilmek için mevzuatta yapılması öngörülen bölge ve guberniyalarda denemelere girilerek, beklentilere cevap verdiği noktada gerekli reform değişiklikleri meclise sunuldu” (İsteriçeskiy...1902:2-3). Rus

köylülüğü karşısında gerek reformun hazırlık, gerekse de icra safhasında Çarlık Rusyası her zaman gayr-ı Rus toplulukları yönetme sorunuyla karşı karşıya kalmıştı. Hükûmet, imparatorluğu oluşturan çeşitli halklar arasında yer alan Başkurtlar, Tatarlar, Dağlılar, Kalmuklar, Kazaklar, Türkmenler, Pamirlerin dağ halkları, İdil boyundaki gruplar, Sibiry ve Uzak Doğu'daki halklara yönelik dolaylı bir yönetim biçimi uygulayarak, Avrupalıların Afrika'da tatbik ettikleri modele benzer bir idari mekanizma ortaya çıkardı. Bu modelde, yerel toplulukların yönetim mekanizmalarında yer almaları gibi bir amaç yoktu, sadece örfi hukuk ile yönetilen toplumla, devlet arasında ilişkilerin korunması hedeflenmekteydi. Bu nedenle Rus yetkililerin görevi, toplum içindeki ilişkileri düzenlemek değil, daha çok farklı toplum, kabile ve halklar arasındaki aşırılığa engel olmaktı. Burada yasa ve hukuka göre düzenleme hayati önem taşımaktaydı. Örneğin Rusların Sibiry'yi öğrenmeye başlamalarıyla, yerli halk ile yeni gelenler (göçmenler) arasındaki ilişkiyi de düzenlemeleri gerekiyordu. Bunun için Rus politikasına uygun olarak Sibiry yerel topluluklarıyla, göçmen Rus nüfusu kaynaştırmak gerekiyordu. Bundan hareketle yönetimin etkili bir şekilde kuvvet kazanmaya başlaması 19.yy'ın sonlarına doğru başladı ve zamanın önemli devlet adamlarından olan M. M. Speranskiy ismi idari yapının güçlenmesinde ön plana çıktı. Rus yönetimi Sibiry'ya iskan edilecek göçmenlerden önce, Sibiry halklarının teamül kurallarını kodlamaya başlamış, Şubat ihtilaline kadar geçerli olan ve 1822 yılında ilân edilen "Yabancıların Yönetim Hakkında" isimli fermanla gayr-ı Rus halkların yönetimine ilişkin uygulamalara geçilmişti. Özellikle bu fermanın yayımlanmasından iki yıl önce toplanan ve Sibiry'daki yerli toplulukların gelenek ve teamüllerine dayanan "Sibiry'daki Gayr-ı Rus Halkların Geleneksel Kanunları" isimli çalışma, Rusların geleneksel kuralları toplamak üzere giriştikleri işlerden birisiydi. Bu çalışma 1876'da D. Y. Samoksakov tarafından yayımlanmasıyla Avrupa'nın uy-

guladığı model ile, Rusya'nın uygulamaları aynı doğrultuda ilerliyordu. Bu durum yönetenlerin kültürüyle değil, devlet yönetiminin farklı kültüre mensup halkları başarıyla yönetmesiyle ilgiliydi. Doğal olarak her iki tarafın uyguladığı bu politikalar, kendi yönetimlerinde olan ve başka halklara istinat eden bir yapı içerisinde kontrolü sağlama endişesi taşıyordu. Ancak, bu arada geleneksel hukukun muhtevası, geleneksel hukuk ile resmî mevzuat arasındaki ilişki ve geleneksel hukukun sömürge yönetimlerinde kullanılıp kullanılmayacağı gibi birtakım sorunlar ortaya çıkardı. Bu sırada Rusya'da geleneksel hukuka dair etnografik veriler evrim paradigması çerçevesinde değerlendirilmekte, yani yasamada kullanılma fikri olsa da, onlara geçmişin “kalıntıları” olarak bakılmaktaydı. Bu ilmî bakış açısı Ekim İhtilâli sonrası devam ederek, SSCB halklarının örfi hukukuna karşı siyâsî ve hukukî tutumunu da belirleyecekti.

Ekim İhtilâlinden sonra yönetimle, halk arasında yaşanan siyâsî ve yasal uygulamaların neredeyse tamamını sözkonusu bu tartışmalar belirlemiştir. İhtilâlin ilk yıllarında özellikle Kafkasya bölgesinde geleneksel hukuka dönüş adına canlı bir hareketlenme ortaya çıktı. Rus mahkemelerinin verdiği kararlar, yerel halk için anlaşıl mazdı ve kesin bir şekilde resmî mahkemeler (Sovyet mahkemeleri) reddedyordu. Bu durumu farkında olan Sovyet idarecileri yönetimlerinin ilk on yılında yerli gelenek ve şeriatın Rus hukukuyla birlikte tatbik edilmesine izin vermek zorunda kaldı. Verilen bu iznin 1930'larda iptal edilip, geleneklerin geçmişin “zararlı kalıntıları” olarak ilân edilmesiyle, Sovyet yönetimi “en ilerici” hukuk olan sosyalist hukuk hilâfına gelenekleri uygulamaya kalkanları Sovyet Ceza Kanunu'nun XI. Fıkrasına göre kovuşturma başlattı. Kadınların toplum ve aile hayatı içinde köleleştirilmesi, kan davası, dul kadınların evlenip, evlenmemesiyle ilgili zorlama, kan davasının bitirilmesi için barıştan cayma, kadın hakları eşitliğini engelleyecek davranışta bulunma, başlık parasını kabul etme veya ödeme, evlilik yaşına gelmemiş kişiyle

evlenme, çok eşlilik vs. suç sayılıyordu. Evrim mantığına göre bu tür yaptırımlar meşruydu, çünkü doğal tarihi evrimin önünü açıyordu; ama, aynı zamanda bu gerçeklik “kalıntıların” Sovyet gerçekliğine adapte olmasına rağmen, bu gerçeklik kaybolduğu anda yeniden günyüzüne çıkacaktı.

Günümüz Rusyasında, hukuk antropolojisine verilen değer günden güne artmaktadır. Hükûmet tarafından resmen kabul edilen demokratik siyâsî kültürel haklarla, federal devlet sistemini güçlendirme çalışmaları, Rusya’da geleneksel hukukun yeniden canlanmasına yönelik çabaları harekete geçirmiş bulunmaktadır. Bazı durumlarda geleneksel politika ve kültür dikkâte alınarak, bölgesel siyâsî ve yasal sistemler oluşturma talepleri giderek artmakta, antropologlara böyle bir ortamda daha fazla yer açılmaktadır. Konuyla ilgili olarak son yıllarda alınan kararlarda antropologlar önemli rol üstlenmeye başladılar. Örnek olarak, 90’lı yılların ortasında “Rusya’nın Kuzeyindeki Yerli Halkların Hukuki Durumları” başlığını taşıyan bir yasa taslağı, antropoloji disiplini içinde tartışmaya açıldığında, tartışmaların odak noktasını, hukuk antropolojisi ve onun ne anlama geldiği oluştuyordu (Sokolova, Novikova, Ssorin Çaykov 1995:74-88).

Rusya Federasyonu tarafından 1999’da kabul edilen “Yerli Azınlık Haklarının Garantisi Hakkında” başlıklı yasa (14. Madde gereği), mahkemelerde geleneksel kuralların dikkâte alınabileceğini öngörmektedir. Bu yasa mucibince, Rusya içindeki diğer halkların mahkemelerinde kendi geleneklerine göre karar ve hüküm verilmesine dikkât edilecekti. Ne var ki, bu kanun uygulanma aşamasında duruşmalarda yargıç ve savcıların geleneksel hukuk kurallarını iyi bilen yargıç sayısının yetersiz olduğunun anlaşılması üzerine, Rusya’da geleneksel kuralların mahkemelerde tatbik edilmesi yolunda uzman insan sorunu ortaya çıkmıştır. Bunun için hukuk antropolojisi alanında mümtaz bir yere sahip olan N. İ. Novikova’ya göre antropologlar yargıçlar için uygun bir klavuz hazırlayabilirler, “Hukuk antropolojisi çerçevesinde

mahkemelerin ilgili davalarda adil karar vermelerinde geleneksel hukuk kurallarının kıstaslarını antropologlar sağlayabilirler (Novikova, 2011: 205).

Günümüz Rusya Federasyonu içinde antropologlar bunun için etkili bir rol üstlenmiş durumdadırlar. Uzman ve yetkili kişilerle sürekli irtibat halinde olan antropologlar, geleneksel hukuk kapsamında etnolojik çalışmalarını hızlandırmışlardır. V. A. Tishkov tarafından geliştirilen “Etnolojik İzleme ve Çatışma Anlarında Erken Uyarı Ağları” bu kapsamdaki çalışmalardan biri olup (Tishkov, 2004: 15-16), ayrıca antropologlar tarafından “Ethnoconsulting” birliği oluşturularak, uzmanlar araştırmalarını bir arada yürütmektedirler. (Novikova 2011).

4. Bölüm

Bilimsel Bir Disiplin Olarak Hukuk Antropolojisi

Kültür ve Toplumsal Açından Hukuk Antropolojisi

1. Mevcut Yaklaşımların Tahlili

Hukuk antropolojisinin kökeni 19.yy ortalarında G. Maine'nin çalışmalarına dayandırılırsa da, birçok antropoloğa göre bir disiplin olarak ortaya çıkışı Malinovskiy'nin işlevselciliği ile başlar. Hukuk antropolojisinin ortaya çıkışı, 20'li ve 30'lu yıllarda sosyo-kültürel antropoloji çerçevesinde bilimsel paradigmanın değişmesiyle şekillenir.

Hukuk antropolojisi çalışmaları başlangıçta arkaik toplumların geleneksel hukuk normlarını araştırma iken, zaman içerisinde modern yasalar ve sosyoloji kuramlarını da bünyesine dahil ederek, ilkel toplumlardaki hukuk ve evrensel yasaları bu disiplinin içine alır. Başka bir ifadeyle, sosyo-kültürel antropolojinin araştırma konusu primitif toplumlarda ortaya çıkan evrensel yasalarla, bunların faaliyetleri ve evrimi olur. Bunun yanısıra hukuk antropolojisi kökenine dair H. Maine, M. Kovalevsky gibi mukayeseli tarihsel hukuk okulunun yöntemlerini kullananlar da vardı. Fakat bu okulun etkisi Malinovskiy'nin işlevselciliğiyle birlikte etkisini yitirerek, hukuk antropolojisindeki evrimci fikirler terk edilmeye başlar. B. Malinowski'nin önderlik ettiği Britanya okulu tarafından en çok saldırıya maruz kalan ise, sosyal bilimin evrimsel postülatı olan tarihselcilik prensibi olmuştur. İşlevselciler, tarihselciliği yazılı kaynaklar olmadığında (geleneksel toplumlarda kaynakların yazılı olmaması sebebiyle zaten var olamazdı) sadece folklor malzemelerine dayalı

toplumların geçmişi yeniden yapılandırlamayacaklarını ileri sürerek, tarihselcileri güvenilmez bulurlar. Böylelikle daha önce bilimin karşısında duran “geleneksel toplumlar nasıl ortaya çıktı?”, “Gelişmelerinde hangi aşamalar kaydedildi?” soruları, “geleneksel kültürler bugün nasıl faaliyet gösteriyor?”, “hangi sosyal kurumlardan oluşmakta ve faaliyetleri nelerdir” sorularıyla yer değiştirerek, hukuk antropolojisi için belirli bir aşamada toplum paradigması kültür ile ikâme edilir.

Bilimsel düşünce tarihinde 20.yy’ın 60’lı yıllarına kadar hâkim olan evrimci bakış açısının ardından ortaya çıkan işlevselciliğe yeni bir nefes aldırır. Bunu takibeden dönem içinde beşeri bilimlerde kesin teorilere karşı çıkan post-modern yaklaşımlar, ilim adamlarının dikkâtini yeniden geleneksel hayata çevirir. Post-modernistler, kültürü, sosyo-kültürel antropolojik çalışmaların temel konusu ilân ederler (Kuper, 1988).

Bilimsel paradigmaların değişmesiyle birlikte, yasalara karşı tutumlarda da birtakım değişiklikler meydana gelir. Bu esnada işlevselciler, gerek hukukçulardan, gerekse evrim teorisiyle çalışmalarını şekillendiren antropologlarla kesin olarak yollarını ayırırlar. Teamül hukuku yasa olarak kabul edilir. Bu sebeple çoğu kimse, hukuk antropolojisinin bu dönemde başladığını, evrimci dönemin ise tarih öncesi döneme ait olduğunu düşünmektedir. İlk bakış açısını savunanlar, bilimsel paradigmanın 19. yüzyılda ortaya çıkan tek bir disiplin çerçevesinde değiştiğini düşünmektedirler. Hukuk antropolojisi üniversitelerde akademik bir disiplin olarak kabûl edilmesi için 20.yy’ın sonlarını bekleyecektir. Nitekim bu disiplinin ilk ders kitabı 1988 yılında Fransız ilim adamı N. Roulan tarafından yayımlanmasının ardından Rusya üniversitelerinde hukuk antropolojisi 1990’lı yıllardan itibaren müfredata dahil edilmiştir.

Başlangıçta geleneksel toplumları araştırmayı hedefleyen hukuk antropolojisi, bu toplumlarda yazılı yasa olmadığı gerçeğiyle karşı karşıya geldiğinde yapılması gereken ilk iş, yazılı olmayan

kanunların yazılı bir kodeks haline dönüştürülmesi olacaktır. Teamül hukukunun kabul edilmesiyle eski koloniler, daha sonra bağımsız devletlerin hukuk gerçekliğine hukukî çoğulculuk kavramı çerçevesinde yaklaşılır. Çünkü, geleneksel toplumlarda insanların kamu hayatını yönlendiren teamül hukuku sömürgeci güçle, daha sonra devletten gelen yazılı kanunla beraber var olmuştur.

“Hukukî çoğulculuk” kavramı 20.yy’ın ortalarında hukukçular, antropologlar ve siyaset bilimciler tarafından kullanılmaya ve Batı’da popüler olmaya başlar. Bu kavramın kapsamına firmaların, sanayi toplum organizasyonlarının teamüllerinin önemli rol oynadığı kurumların alt kültürleri de dahil edilerek, Batı’da birçok antropolog ve hukukçunun katılımıyla “Commision on Folk Law and Legal Pluralism” adıyla bir komisyon ihdas edilir. Bu komisyon çatısı altında 1981 yılından itibaren “Journal of Legal Pluralism” adıyla yayımlanan bir dergi de yasal çoğulculuk kavramı işlenmektedir. Rusya’da ise 1997’den bu yana mezkûr kavram üzerine konferanslar ve uluslararası forumlar tertip edilmektedir.

Günümüzde hukuk antropolojisi alanında çalışan antropologlar, 19.yy’dan itibaren devam edegelen hukukun pozitivist yanını reddetmektedirler. Bundan hareketle, A. İ. Kovler, hukukun sadece devletin tekelinde olması gerektiğini savunan geleneksel mantığı kırmak gerektiğini dile getirir (Kovler 2001: 24). Bunun için hukuk antropolojisinin mantığının idrak edilebilmesi, içtimaî hayattaki temel farklılıkların iyi bilinmesini gerektirir. Örneğin N. Roulan’a göre hukuk antropolojisi, her topluma has olan yasal dayanakların incelenip, onların iç mantığını anlamaya çalışmaktır (Roulan, 1999: 22). Bu aynı zamanda o toplum içerisindeki düzeni ve işleyişi gösterir. Burada aslında hukukun; “milli ruh”, gelenekler, folklor ve kültürün özelliklerinden mürekkep bir kavram olduğu ortaya çıkmaktadır. Akademisyen V. S. Nersesyants’e göre hukuk antropolojisi, antik çağlardan gü-

nümüze kadar gelen toplumsal hayatın yasal biçimlerinin incelenmesidir (Nersesyants, 1999:1). Görüleceği gibi hukuk antropolojisine yapılan vurgu, toplumsal hayat biçimlerinin evrimini tanımlamaya yöneliktir (Kovler,2001:23). A. İ. Kovler’e göre hukuk antropolojisine sadece geçmişe dönük hukuk ve etnografyaya dayanan bir disiplin olarak değil, aynı zamanda modern hukuk sistemleriyle, geleneksel hukukun etkileşiminin sentezinden oluşan bir bilim olarak bakmak gerekir (Kovler, 2001: 23). Bu noktada hukuk antropolojisinin görevi arkaik geleneksel kanunlarla devlet mevzuatının bir arada olmasını öngören hukuki çoğulculuk kavramını araştırmaktır. Böylelikle N. Rouland’ın mezkûr disiplinin kültürün ayrılmaz bir parçası olan hukuk kültürünün mutlaka incelenmesini salık verdiği sonucuna ulaşılır.

Evrimci yaklaşımları bir yana iten yerli hukukçular, ya hukukun süregelen karakterini kabûl ederek “kadim zamanın hukuk formlarını” ya da gelenekselcilik ve modernliğin hukukî çoğulculuğunu araştırmaya yönelirler. Kovler’e göre hem yazılı, hem de şifahi olan hukuk kuralları neredeyse bütün modern toplumların ortak özelliğidir. Bu modern hukukçular tarafından da iyi bilinen yasal çoğulculuk (çoklu hukuk) olgusudur (Kovler, 1999:10). Devlet mevzuatıyla beraber, yasal normları tanıyan modern hukukçular için bu fikir, bir kuraldan ziyade istisnadır ve bu nokta akıldan çıkarılmamalıdır.

Aslında Batı için hukuk ilmi oldukça muhafazakârdır. Bu nedenle, hukuk antropolojisi alanında N. Rouland hukukçulardan ziyâde, antropologların fikirlerine itibar eder (Rouland, 1999:11). Batılı hukukçuların muhafazakâr çizgileri onların pozitivist metodolojiye olan bağlılıklarıyla ilgili olup, bu durum kökleri Roma hukukuna kadar dayanan ve Batı’nın “ırkçı” bakış açısında kendini gösterir (Rouland, 1999:21). Özellikle, “ırkçı” bakış açısı, insan hakları sözleşmelerinde de kendini açıkça göstermekte, bu sebeple hukuk antropolojisi alanındaki kültürel çeşitliğe vurgu yapan uzmanlar nazarında “İnsan Hakları Evren-

sel Beyannâmesi” zorlukla algılandığından tenkit edilmektedir (Rouland, 1999:22).

Genel olarak hukuk antropolojisi, ilimlerin kesiştiği kavşak noktasında ortaya çıkmış ve her ilim bu aşamaya bir şeyler eklemiştir. Modern zamanlarda hukuk, her zaman yazılı olarak devlet merkezli çerçevede kendisine göstermiş olmasına rağmen, yine de bunun 19.yy’a kadar geleneksel hukuk üzerinden tekâmül ettiği ilim âlemi tarafından ortaya konmuştur. Bu zaman içerisinde antropolojinin birtakım kültürel görelilik üzerine yoğunlaşmasına rağmen, aynı zamanda evrensel fikirleri de takibettiğini görüyoruz. Bu bağlamda hukuk antropolojisinin hukuk ve antropoloji arasında bağımsız bir disiplin olmadığı, yasal gerçeklik ile ilgili dogmatik fikirler ve metodoloji ile sınırlanmayan, ama onu bir kültürel olgu olarak analiz edip öğrenen hukuk bilimi olduğu iddialarını görüyoruz (Sotsialnaya... 2006:6-7). Anlaşılacağı üzere ilim adamları ve araştırmacılar yasal gerçeklik çerçevesinde kültürü bir olgu olarak kabûl edip, içtihat için ciddi bir dayanak olarak görmektedirler. Burada post-modernizmin ortaya çıkardığı kültürün mutlaklaştırılmasının varolduğu düşünülmektedir (Sotsialnaya... 2006: 230). Ancak bu tür cevaplar, yasal varlığın anlaşılması için nihai olmaktan uzaktır. Bununla birlikte, “resmi dogmatik fikirleri” savunan hukukçular, muhtelif alanlarda hukukun gelişim evrelerinin anlaşılması adına önemli katkılar sağlamıştır. Özellikle geleneklerin hukuka dönüşmesi, hukukun mülkiyet ile ilişkisi, sosyal ve politik örgütlenmeler konusunda ciddi teşebbüsler gerçekleştirmişlerdir. Bu yüzden de “farklı” yâni, daha “gerçek” bir hukuk biliminin ortaya çıkarılma konusu anlamsızdır

Hukuk antropolojisinin yargı alanında bağımsız olarak ve esas itibariyle ilkel toplumların normatif örgütlenmesiyle, güç ilişkilerini araştırılması hakkında bu çalışmanın yazarının eleştirisi haklı sayılabilir. Ancak, modern toplumların antropolojik yöntemleriyle ilgili çok az araştırma yapılmıştır (Sotsialnaya...

2006:6-7). Özellikle yerel geleneklerle ilgili olarak sosyo-kültürel antropoloji ve etnografya her zaman için tarihsel bir disiplin olarak görülmüş ve bu alanda yapılan çalışmalar genellikle “arkaik” dönemle sınırlı kalırken, “modernite” daha çok sosyolojinin inceleme konusu olmuştur. Dolayısıyla modernitenin alanı sosyolojiye bırakıldığından, antropolojik değerlendirmeler oldukça sınırlı kalmıştır. Bu sebeple antropologlara göre moderniteye eleştirel olarak bakıp, yeni ve modern bağlamda arkaik modeller incelenmelidir. Hukuk antropolojisi, beşeri bilimlerin geçmişe bakmaya zorlayan eleştirel yansıması olmalıdır (Sotsiálnaya... 2006:133). Ancak, bu durum birtakım yanlışları da kendi içinde barındırmaktadır. Zira, modern yasal teşekküllerin birçok antropolojik modelleri içinde taşımış olması, onların “arkaik” olmaları üzerinde fikir yürütmemizi sağlayabilir mi? Örneğin, çoğu alt kültürün örfi hukuku, geleneksel (ilkel) toplumlara has normlar barındırmaktadır. Lâkin bu durumda arkaik modeller hakkında değil, evrensel olarak dünyanın farklı yerlerinde aynı davranış normlarını üreten insanların faaliyetleri hakkında da konuşmak gerekir.

2. Hukuk Antropolojisinin Amacı ve Soruşturma Yöntemleri

Hukuk antropolojisi, “arkaik hukuku” araştırma disiplini olarak ortaya çıkmış olmakla, bu noktada “İlkel” toplumlar üzerinden toplumsal ilişkilerin kapsamlı bir düzenleyicisi olarak hareket eden geleneksel hukuk sistemi ile karşılaşır. Elbette burada teamül hukukunun “arkaik” karakterinden bahsederken, toplumun Batı’ya has sosyal gelişim modelini anlamak gerekir. Günümüzde toplumun hukuki gelişim ölçütü bu tip olmuştur. Lâkin burada dünyanın farklı bölgelerindeki toplumların farklı kültürel evrimleri ve algoritmalara sahip olduğunu ve Batı Avrupa modelini kendileri için uygun görmediklerini de belirtmek gerekir. Bu sebeple Doğu’da geleneksel hukuk “kalıntı” olarak

değil, yasa olarak kabul edilmektedir. Doğu'nun geleneksel hukuku; kırsal alanları olduğu kadar, şehirleri de düzene sokmakla, aynı zamanda Batı tipi devlet mevzuatına rakip olmaktadır. Batı tipi devlet mevzuatı ise, yerel olanla uyumsuzluğuna rağmen, Batı medeniyetine intibak için siyasi elitler tarafından dayatılmakta, bu da resmi yasalarla sözkonusu devletlerin halklarını yabancılaştırmaktadır.

Modern hukuk antropolojisi, geleneksel hukuk sisteminin toplumsal ve kültürel boyutlarıyla teşekkül safhalarını araştırırken, aynı zamanda resmî mevzuatın özel hukukun gelişim mekanizmalarını ve örüntülerini de inceler. Tarihsel hukuk okulunun çalışmalarıyla başlayan bu sistem günümüze kadar varlığını devam ettirmektedir. Hukuk antropolojisinin stratejisi, hukukun sosyal bir aşama olarak nasıl oluştuğunun anlaşılmasına yönelik sadece tarihi perspektiften değil, aynı zamanda modern yasaların içeriği ölçüsünde de araştırmalar yapar. Zira, modern yasaların temelinde geçmişten gelen birtakım geleneksel kodlar bulunmaktadır.

İkinci durumda (hukuk antropolojisi), hukuk kültürüne yönelir. Burada, sadece siyâsî yasal sistemin dinamiği içinde kendi kültürel özgünlüğünü koruyan etnik örfi hukuk değil, aynı zamanda belirli toplumsal kolektiflerin (aile, firma, kurum) örfi hukuk kodekslerini araştırır. Ayrıca, geleneksel hukuk normlarının devlet hukuku ile etkileşimleri, hukukî çoğulculuk kavramı çerçevesinde inceler. Antropoloji bilimi için en önemli araştırma metodu gözlemdir. Bu metot, öncelikle devletin resmî kanunlarıyla beraber teamül hukukunun faaliyetinin araştırılmasında kullanılır. Gözlem, araştırmacılara teamül hukukunun yönettiği kapalı hayat alanlarının kapısını açar. Ancak gözlem sırasında gözleme katılan deneklerin genellikle “çekingen” davrandıkları gözlenir. Böyle davranmalarının sebebi, ekseriyetle “vahşi, yetersiz ve eğitimsiz” olarak etiketlenmeleridir. Araştırmacıların bazen hayatlarını tehlikeye atarak bu zorlukları aşmaları gere-

kir, çünkü ilgilendikleri bilgiler teamül hukukunun işleyişinden büyük ekonomik çıkar sağlamaya yönelik “gölge kurumlar” tarafından korunur. Geleneksel hukuku hayatlarının merkezine koyan insanların, örneğin futbol fanatiklerinin kendi “iç kodeks” normlarını açıklamamaya özen göstermeleri ilginç bir durumdur. Bu haliyle gerek modern kültürler (alt kültürler) gerekse arkaik eşdeğerleri olan kültürler “yabancılar” kapalı kalmakta, bu da bilimsel bilgi elde etmek için gözlem metodunu ön plana çıkarmaktadır. Hukuk antropolojisi yukarıda belirtilen “Toplum ve Kültür” paradigmasını karşı koymamakta, tam tersi onları birbirinin tamamlayan iki paradigma olarak görmektedir. Günümüzde daha çok hukuk çoğulculuğu olgusunun araştırılmasına odaklanmış olan hukuk antropolojisi, tarihi, hukukî ve tarihî etnografik disiplinlerle sıkı ilişki içindedir.

3. Hukuk Antropolojisi ve İlgili Disiplinler

Disiplinler arasında hukuk antropolojisine en yakın olan bilim dalı, hukuk sosyolojidir. Sosyoloji, sanayi devrimi sonrası (post endüstriyel) toplumların içtimâî yapısını araştırırken, odak noktasına toplumda gelişen hukukî konuların incelenmesini yerleştirmişti. Yöntem olarak çeşitli gruplarla görüşmeler, sorgulamalar, gözlem ve anketleri vb. kullanır. Bu sonuçların hukukun normatif temelini geliştirip mükemmelleştirmesi için hukuk sosyolojisi “gerçek hukuk” ve kabûl edilen kanunlar arasındaki kopukluğu tespit eder. Hukuk antropolojisi, hukuk kültürünü araştırırken “yaşayan hukuku” kültür tarafından belirlenmiş olarak görür. Bu da bir toplumda (kültürel karakteristik) köklü değişikliklere rağmen “yaşayan hukukta” değişmeyen sabit özelliklerin olduğu anlamına gelir. Bu özellikler etnik hukuk kültürünün önemli bir parçası olan teamül hukukunda toplanır. Kısaca, değişen sosyal temaslarla ilgili yeni yasalar kabûl edilirken, yasa koyucular sadece yasaların sosyal duruma değil, aynı zamanda kültürel bağlamına da dikkate almak zorundadırlar. Bu

kanunların etkili olması demek, vatandaşların bu kanunlara uymalarının garantisidir.

Bu kapsamda hukuk antropolojisi, antropoloji disiplini çerçevesinde geliştirilen ve sanayi öncesi toplumlarda güç ilişkilerini inceleyen bağımsız bir alt disiplin olarak politik antropoloji ile etkileşim içindedir (Boçarov, 2006b: 14-42). Bu disiplinleri birbirine bağlayan olgu, hem iktidar hem de hukuk olgusu için öneme sahip toplumsal norm mefhumudur. Politik antropoloji ile hukuk antropolojisi davranış olarak gözlemleriyle davranış düzenleyicisi olarak “toplumsal normaların” oluşumu, faaliyeti ve evrimini araştırır- ki, bunlar uygulanmasının garantörü olan iktidar ilişkisinin analizi yapılmadan imkânsızdır.

Bununla ilişkili olarak bir diğer alan ise etnografya olup, bu alan sosyo-kültürel antropolojinin orijinal hâlidir. Etnik bir topluluğun kültürünü inceleyen bir etnograf, aynı zamanda o grubun geleneksel hukuk normlarını da inceler. Bu normlar, genellikle ritüeller, semboller ve folklorda temsil edilirler. Belirli kültürlerin (alt kültürlerin) etnografik açıdan araştırılması teamül hukukunun antropolojik araştırmasının ilk aşamasıdır. Tek kelimeyle belirli bir kültürün (alt kültür) teamül hukukunu inceleyen bir antropolog, şartsız olarak etnografaların açıklamalarından başlamak zorundadırlar: gelenekler, mitler, semboller, ritüeller vd. Daha sonra kıyaslama metodu ile teamül hukukunun ortaya çıkması, faaliyeti veya evrimi ile ilgili daha genel kalıplar incelenebilir. Hukuk kültürünün etnografik incelemesi, sadece saha araştırmaları ile değil, aynı zamanda etno-tarihsel çalışmalarla da sağlanır. Halk kültürü, tarihçilerin siyâsi ve hukukî evrakları incelerken uğraştıkları “üst” kültürden daha otomomdur. Hukuk kültürünün bu kısmıyla ilgili bilgi edinmek için yolcular, misyonerler, görgü tanıklarının notları, mahkeme tutanakları, edebiyat ve sanat eserleri kullanılır. Etno-tarihsel çalışmalar öncelikle devlet hukukunun etnisitesi de dahil olmak üzere, etnik hukuk kültürü sorununun çözülmesine yöneliktir.

5. Bölüm

Hukuk Antropolojisinin Metodolojik Öncelikleri

Kavramlar ve Kategoriler

Sosyal Meseleler ve Hukuku Anlamak İçin İki Yaklaşım Tarzı

Teamül hukuku, hukuk antropolojisi için temel bir kavram olup, bilimsel bir disiplin olarak teamül hukuk çalışmalarıyla var olmaya başlamıştır. Bu bağlamda ilkel toplumların teamül hukuku, yazılı kanundan önce varolan bir “arkeolojik katman” olarak görülmüş ve bu şekilde kabûl görmüştür (B. Malinowski). Teamül hukukuna ilişkin anlam farklılıklarının nedeni, bilim adamlarının onu ya sosyal mesele olgusu olan topluma (evrensel yaklaşım) yaklaştıran ya da onu kültürel (rölativist yaklaşım) olarak yorumlamalarıyla ilgilidir.

İlk durumda hukuk, insan zihninin rasyonel faaliyetleriyle ilişkili evrensel bir fikir olarak algılanmış ve toplumsal hayat düzenini belirlediği, toplumun kendisiyle birlikte gelişmiştir. İkinci durumda ise, benzersiz (tek), tarih boyunca neredeyse hiç değişmeyen kültürün bir parçası olarak algılanmıştır. İlk yaklaşımın dikkat merkezinde toplum (toplumsal sistem), ikinci yaklaşımda ise, onun gerçekleştirilmesinin duygular, fikirler ve kültürel değerlerin taşıyıcılarındaki kesin form söz konusudur.

Herhangi bir stratejinin yönetici konuma gelmesini çeşitli sebeplerle açıklamak mümkündür. Örneğin evrensel değerlere intisap eden fikirler, esas itibarıyla kapitalist ilişkilerin geliştiği İngiltere, Fransa ve ABD gibi ülkelerde ortaya çıkmıştır. Onları bu yöne iten sebep, bu ülke entelektüellerinin insanlığın geri

dönüşü olmayan evrimle, bu dönüşümü belirleyen evrensel kanunlara olan inancıydı. Bunun yanında Orta (merkez) ve Doğu Avrupa ülkeleri ise (Almanya ve Rusya), evrensel yasalardan ziyade, kültüre eğilim göstermekteydiler. Örneğin daha önce belirtilen tarihsel hukuk okulunun “ulusal ruhun” benzersizliği (tek) ve onun başka bir kültür üzerindeki etkisi, İ. Herder’in Alman romantizmi üzerine kurulmuştu. Rusya’da bu fikirler, N. Danilevskiy tarafından geliştirilecektir.

Evrimselcilik teorisi, 19.yy’da başlangıçta hukuk antropolojisinin ilişkilendirildiği mukayeseli hukukun tarihsel okulun ortaya çıkışın belirlemişti ki, kurucu babaları o zamana göre gelişmiş pazar ilişkilerine sahip ülke insanlarıydı (Maine, Bachofen, McLennan). Onların araştırmalarda kullandıkları mukayeseli tarihsel metod, toplum için ortak bir düzenin ortaya çıkarılmasını öngörüyordu. Bu noktada hukukun tarihsel dinamiklerini belirleyen metodlardan bahsedilmekteydi ki, mukayeseli araştırmalar için genellikle yazılı materyaller kullanılmakta, küçük bir kısmı ise “ilkel” halklarla ilgili saha çalışmalarından oluşmaktaydı. Bu durum, tarihsel bakış açısından evrensel yasaların devletlerle eşzamanlı olarak ortaya çıktığını gösteriyordu. Bu bulgular, gerçek hukuk anlayışının temelini oluşturmuş ve 19.yy’dan bu yana hukuk ilminde bu anlayış hâkim olmuştur.

20.yy’ın 20’li yıllarında Avusturyalı hukukçu E. Erlich’in mevcut yasalara karşı “yaşayan hukuk” kavramını kullanmasıyla, hukuk sosyolojisi ortaya çıkmıştır. Yaşayan hukuk, çeşitli kamu kolektiflerinin iç düzenlerinde zaten aile, şirket, devlet vd. şeklinde mevcuttu: Erlich, hukuku sosyolojinin bir parçası olmakla, hukuk bilimin bağımsız statüsünü reddeder. Gözlem ve sorgu yöntemi ile burjuva sınıfının gündelik hayata “dahil edilmesi” Erlich’in fikirlerini etkilemiş görünmektedir. Burjuvazinin nazarında açık bir şekilde görülen hukuk ve devlet mevzuatının birbirinden ayrı mütâla edilmesi karşısında Erlich, bilim adamları ve hukukçuları masa başından kalkıp, sahada çalışmaya davet

eder. Saha çalışmaları bilim adamlarını her zaman bu tip sonuçlara getirdiği bilinmektedir. Örneğin, sosyo-kültürel antropolojinin kurucusu sayılan evrimci L. Morgan, Amerikalı Kızılderililer üzerinde yaptığı saha çalışmalarında topladığı malzemeleri kullanarak, hukukta “medeni yasal kanunundan doğan yasal düzenlemelerin sonuçlarını” değil, gerçek toplumsal ilişkileri görür (Girenko 1992:14). Böylelikle o, ilk defa arkaik toplumların incelenmesinde resmi-hukukî yaklaşımın işe yaramadığını ortaya koyar.

Saha çalışmalarında veri toplamada Malinowski ile beraber işlevselcilik çerçevesinde geliştirilen sosyo-kültürel antropoloji için esas araç, birebir yerinde gözlem araştırmanın asıl metodu hâline gelir. Geleneksel toplum temsilcilerinin bilincinde devlet benzeri bir oluşum olmamasına rağmen, araştırmacıya orada hukuk fikrinin var olduğu “işaretini” verir. Bu yüzden B. Malinowski antropolojinin araştırma konusu olan kültürün yerini değiştirerek, onun yerine toplumu ikame etmiştir. Ancak onun öğrencisi A. R. Redcliffe Browne hocasının görüşlerine katılmayıp, hukukunun ortaya çıkışını “zorlayıcı güçler” le ilişkilendirir (Rouland, 1999: 44-45). Ve buradan hukuk anlayışını belirleyen araştırma metodlarıyla, toplum arasında bir ilişki kurar. Yapısal işlevselcilik burada mukayeseli metoda dayanarak, çeşitli geleneksel toplumların işleyişlerinin evrensel yasalarını oluşturmak için birbirleriyle karşılaştırılır. A. R. Redcliffe Browne’un sosyo-kültürel antropolojiyi “sosyal ilkelik” olarak yorumlayıp, çalışmalarında "Kültür" kavramı yerine, "Toplum" kavramını kullanması dikkât çekicidir.

Bilim adamlarının sosyal meselelere bakış açıları sosyo-politik olaylara göre değişiklik gösterir. Örneğin, 1960’lı yıllarda Malinowski’den sonra kültüre olan ilgi yavaşlarken, evrimci fikirlere (neo-evrimcilik) yeniden bir geri dönüş başlar. Bu daha önce “yerli bölgeler” yani sömürge ülkelerin medeniyet çizgisine girmesi, sömürgeci kurtulma dönemlerine denk gelir. Ancak

yüzyılın sonlarında bilim adamları evrimci fikirlerde yine bir hayâl kırıklığına uğrayacaklardır. Zira, eski sömürgeler medeniyette(!) hedeflerine ulaşamayıp, Batı'nın benzeri olamadıkları gibi, dahası 80'li yıllara gelindiğinde bu yeni “demokrasiler” çoğunlukla otoriter tek partili rejimlere döneceklerdir. En iyi durumda bu gibi ülkelerde demokrasi, dekoratif bir unsur olarak kalır. Nitekim, bu tür bir kötümserlik SSCB'nin çöküşünden sonra kendine daha da sağlam bir dayanak bularak, hukuk devleti olmayı amaçladığını belirten eski post-Sovyet ülkeleri kısa bir süre sonra aslında kendilerine çok da yabancı olmayan otoriter bir yola girmişlerdir. Bu türden sebepler sosyal bilimin evrensel gelişim kanunlarına olan merakı azalmıştır. Bu bilimin odak noktasının insanların gündelik hayatı olması, ampirik meselelere yeniden dönüş ve geleneksel normların çeşitli tezahürleri üzerinden kültüre dönüş anlamına gelmektedir. Post-modern antropoloji “evrim, gelişme ve ilerleme” gibi kavramları “yasa dışı” saymış, erken dönem antropologları tarafından ifade edilen “geleneksel toplum” kavramı, yapay/uydurma kabul edilerek sorgulanmaya başlanmıştır. Bu yüzden post-modern antropologlar, sosyo-kültürel antropolojinin araştırma konusu olarak “geleneksel toplumlara” has “arkaik ilişkileri” değil, kültürü esas almışlardır (Kuper, 1988).

Kültürün modern sosyal bilimlerde ön plana çıkması, bilim adamlarının evrenselci teorilere ve evrimci yaklaşımlarla beraber Marksizm gibi çeşitli modifikasyonlara olan ilginin azalması anlamına gelmektedir. Sonuç olarak son on yılda beşerî bilimlerde her şeyi kültür söylemiyle “antropolojik” bir şekle sokulduğu görülmektedir. Bu durum aynı zamanda hukuk bilimi için de geçerlidir. Aslına bakılırsa bugün de hukuk bilimi temsilcileri pozitivist ve normatif hukuk anlayışından uzaklaşmaya çalışmaktadırlar. Bu kavramlar “uzun zamandır “kemikleşmiş” toplumun gelişim eğilimlerini algılamayı bırakmış olmakla, hukuk biliminde krizi aşmak için farklı

yöntemler önerilmektedir”. Bunlardan biri, “klasik okulları birleştirme fikridir: hukukî pozitivizm, evrensel hukuk teorileri ve tarihsel hukuk okulunu birleştirerek, bütüncül bir hukuk teorisi ortaya çıkarmaktır” (Berman, 1999: 340-343). Başka bir ifadeyle, hukuka tarihsel okul ve hukuki pozitivizmi barındıran kültür ve toplumla olan ilişkileri dahil ederek, daha geniş bir anlam kazandırılmak istenmektedir. Söz konusu bu bakış açısı, yasaların mutlaklaştırılmasından ayrılan verimli bir düşünceden kaynaklanmaktadır. Sosyal konuların değişik açılardan incelenileceği dikkâte alındığında, tabii olarak hukuka yaklaşım da değişir. A. V. Polyakov bu konuda şöyle yazar: “Hukuk, farklı toplumlarda farklı biçimlerde ortaya çıkar, ancak tek bir olgudur. Hukuk, toplumun bütün hayat alanlarına nüfuz eder” (Polyakov, 2000: 6-12).

Sosyal konular evrimci bir perspektiften ele alındığında hukuk, devletle birlikte toplumun belirli gelişim aşamasında sosyal ilişkilerin asıl düzenleyicisi olarak karşımıza çıkar. Burada sosyal düzeni korumak için gelişim aşamaları; birincide teamül hukuku ve onlara uyulmasını sağlayan kurum olmadan devletle, ikincisinde ise her ikisiyle de açık bir şekilde belirlenmiştir. Bu durumda hukuk anlayışı kesin olarak; son aşamada hukuk, diğeri din ve ahlâk gibi düzenleyicilerden farklı olarak bağımsız bir sosyal kurum statüsü kazanır. Hukukun burada ayrılması, onu vatandaşa karşı meşru güç olarak kullanan politogenesis⁵ devlet oluşumuyla birlikte gerçekleşir. Sosyal meseleleri, kişisel özelliklerine göre kültür olarak ele aldığımızda, hukuk kültür taşıyıcılarının kendi hareketlerini adalet yönünden değerlendirilen davranışlarda görülür.

“Hukukta krizi yenmek için” farklı yöntemler vardır. Bu, hukuk anlayışına yönelik bütün eski yaklaşımların (yukarıda belirtilen V. B.) sentezini yapmak değil, yeni, bütünlleştirici,

5 L. E. Kubbel tarafından ortaya atılan toplumun devlet veya benzeri bir oluşuma dönüşebilen siyasi alt sisteminin doğuşu veya gelişimi.

modern (post-modern) toplumlarda görünen bir hukuk anlayışı ortaya koymayı” gerektirir (Çestnoy, 2002:9). Bu sebeple hukukun aslında irade ve arzuya bağlı olmayan, insanların hazır bir şekilde bulunduğu, davranışlarını bu taleplere göre şekillendirmesi gereken bir olgu anlayışını reddetmeleri önerilir. Bu durumda hukukun “soyut insanlığın rasyonalitesi”, “şeylerin doğası” ve “temel normlardan” ortaya çıktığı iddia edilmektedir. İnsan haklarını tanımlayan medeni hukuk teorisi dahi aynı nesnelliği kendi içinde taşır. Örneğin insan hakları herkes istesin ya da istemesin, bilsin ya da bilmesin devletler tarafından formüle edilmiştir (Sotsialnaya antropologiya... 2006:95). Tam da bu noktada sosyal ve nesnel bakış açısından yaklaşan post-modernistler, evrenselci pozitivist düşüncelerden uzaklaşmaya çalışırlar. Kültürü eşsiz bir varlık olarak ele almaya mütemayil olan post-modernistler için “yeni” olan, aslında “unutulmuş olan eskiye” dönüştür. Bu haliyle, belirli bir düzeyde hukuku “millî ruhla” ilişkilendiren tarihsel hukuk okulunun fikirlerine dönlür. Diğer tarafta “yeni yaklaşım” taraftarları, “Sosyal Yapılandırmacılık” (Berger, Luckman 1995) konumunda durarak, sosyal ve hukukî dünyayı analiz etmeyi, sosyal ve hukukî kurumların gizlenen sosyal oluşum mekanizmalarını incelemeyi önerirler. Bunlar insanı yasallaştırma ameliyesinin içeriğini (Sotsialnaya antropologiya... 2006: 5-6) teşkil etmekle, hukuk antropolojisinin “insanı bilimin merkezine” tekrar yerleştirilmesi gerektiği fikrindedirler (Sotsialnaya antropologiya... 2006:36). Aslında burada hukukun kaynağı olduğu iddia edilen bireysel bilincin araştırılmasından bahsetmekteyiz. Tarihsel okul temsilcileri, bireyin hukuk bilincinin doğduğunda kazandığını, “yeni yaklaşım” taraftarları ise bireysel bilincin kendisinin hukuki hakikatleri yorumladığını iddia ederler. Her iki taraf da hukuk kültürünün temel unsurunu dil olarak görürler. Hatırlanacağı üzere Alman romantizmin babası İ. Herder, “ulusal ruhun” asıl unsuru olan “ulusal hukukun” dilde var olduğunu düşünüyordu.

Bugün ise hukukun dil ile olan ilişkisini göstergebilim yaklaşımıyla incelenmesi teklif edilmektedir (Sotsialnaya antropologiya...2006:37). Göstergebilimsel yaklaşım, yazarlara göre yasal yükümlülüklerin insanların bilincine ve davranışlarına olan etki mekanizmasını incelemektedir. Hukuk sistemini oluşturan hukuk normları, söylemin gerçekleştirildiği yasal iletişim evresine aracılık etmektedir (Sotsialnaya antropologiya... 65-66).

“Yeni yaklaşım” temsilcileri “toplumsal ve hukuki düzenin sorumlusu olan sıradan insanların rutin ve gündelik işlerini, günlük hayatlarındaki durumlara yükledikleri anlamı öğrenmek için” saha çalışmalarıyla ilgili metotları kullanma eğilimindedirler (Gurfmkel, 1967: 37-38).

Genel olarak “kemikleşmiş” hukuk kavramları yerine, kendine özgü kavramları kullanmayı tercih eden bu yaklaşım tarzı, büyük ölçüde tarihsel hukuk okulunun amaç ve yöntemlerini kullanmaktadır. Bireysel bilincin derinlemesine araştırılmasına büyük önem veren bu yaklaşım, onların sadece işlevlerini değil, aynı zamanda nasıl üretildiklerini de anlamaya çalışır. Başlangıçta kültür üzerine yoğunlaşan bu araştırmalar, onun rasyoneelliğini reddeden, “hislerle”, daha çok mistik öğelerle doludur (Boçarov, 2011a: 170-184). Günlük bilinci araştırmaya odaklanan araştırmacılar kaçınılmaz olarak bilinçsiz unsurların ürettiği davranış normlarıyla karşılaşır. Bu durum, hem “yerlilerin” kendi davranışlarını açıklayamadıkları ve sadece “atalarımızın kanunları böyledir” diye cevap verdikleri geleneksel toplumlara, hem de teamül hukukunun vatandaşların davranışlarını düzenleme aşamasında önemli yeri olan “lokal adalet” temelinde oluşan modern toplumlara aittir. Onlar çoğu zaman rasyonel bir bilince sahip değillerdir. Örneğin, bilincimiz hâlâ hakikat-hukuk ve kanunu birbirinden ayırmış olmakla, rasyonel olarak tanımlanamamaktadır. Sık sık duyduğumuz “hakkım var” veya “O hakkıyla, o yerdedir” sözleri, aslında kanunun önemli olmadığı durumları ifade eder.

Sıradan bir adalet duygusunun saha çalışmasında incelenmesine, hukuku sadece devletle ilişkilendirenlerin karşı çıkmasına sebep olmayacağı açıktır. Öte yandan sosyal meselelerin anlaşılmasında farklı strateji uygulayan rakiplerin yaklaşımının mantıklı sebepleri de vardır. Geçen yüzyılın yasal icrasında görüldüğü üzere devlet mevzuatı toplumsal hayatın resmi düzenleyicisi olarak her yerde zafer kazanmış olmasına rağmen, daha yakın zamanlara kadar çoğu yerde (sömürgeler) halk sadece teamül hukukuna tâbi olduğu bir vakıdır. Tarihî kaynaklara bakıldığında benzeri durum Batı'da da yaşanmıştır. Geleneklerin kanuna evrilme mekanizmalarının incelenmesiyle ilişkili konular, özellikle Batı'da kanunların topluma daha fazla nüfuz etmesiyle, insan ilişkilerinin yeni alanlarını; yani ailede başlayarak bütün Avrupa birliğini kontrol ettiğini göstermektedir. Burada kastettiğimiz, Avrupa Birliği'nin uluslar üstü kanunlarıdır.

Bu yönden bakıldığında ortada paradoksal bir durum gözlenmekte; bir yanda kanunun rolünün arttığı, diğer yanda teamül hukukunun gündelik hayata yön vermesiyle ilgili iki zıt eğilimin güçlenmesiyle, modern toplumda kültürel çoğulculuk yükselmektedir. Mezkûr tezat, sadece gelişmekte olan ülkelerle ilgili olmayıp, Batı'nın da etnik, dini, gençlik, kriminal vd. gibi alt kültürlerle sorunu olmasıdır. Bu alt kültür taşıyıcılarının davranışları genellikle devlet mevzuatına karşı gelen geleneksel (dini) normlara bağlıdır. Bu sebeple hukuku sadece devlet mevzuatına indirgeyen bakış açısını tekrar gözden geçirme eğiliminin 20. yüzyılın sonunda ortaya çıkması tesadüfî değildir. Bu aslında Avrupa kültürünün kendi temel değerleri olan bireysel özgürlüğe devletin müdahalesine karşı tepkiden başka bir şey değildir. Sonuç olarak bu şekilde hukuk antropolojisinin gelişimine yeni bir yön verilmiş olur.

Dolayısıyla, hukuk antropolojisinin kültür üzerine yoğunlaşması, onun toplumla olan ilişkisinin kesildiği, teamül hukuk sisteminin özelliklerini, arkaik hukukun devlet mevzuatına

dönüşmesini araştırmaktan vazgeçildiği anlamına gelmez. Yani burada hukuk antropolojisinin hukuka ilişkin zıtlıkları belirleyen sosyal sorun olgusuna ilişkin bilinen bilimsel stratejiler arasındaki tezatları ortadan kaldıracak önemli metodolojik postulatlarının tekrar değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu da, farklı roller oynayan sosyal meselelerin bir bütün olduğu çerçevede, kültür ve toplumu bağımsız iki alan olarak değerlendirmekle elde edilebilir.

1. Bağımsız İki Alan Olan Kültür ve Toplum

Hukukun yorumlanmasındaki temel farklar, beşeri bilimlerin varolduğu zamandan itibaren araştırmacıların anlayışına göre yorumlamanın mutlaklaştırılmasıyla ilgilidir. Toplum ve kültür kavramları kullanılırken; birincisi genel özelliklere, ikincisi, bireysel özelliklere dayanır. Bugün aslında sosyal ve kültürel olanın birbiriyle uyuşmadığı “sosyo-kültürel” kavramı geniş anlamda kullanılmaktadır. Aslında bakıldığında günümüzde her iki kavram da yekdiğerinin yerine kullanılabilir hale gelmiştir. Bu konu N. M. Girenko’nun çalışmalarında kültürü bilginin üretimi ve paylaşılmasının biyolojik olanla, biyolojik olmayan yöntemler olarak tabiata karşı konumlanma bağlamında ele alınmaktadır. Bu durumda kültürün yerine toplum kavramı da kullanılabilir. Kısaca, kültür ve toplum eşit değerler olarak görülmektedir. Girenko, burada tabiatın karşısına toplumu koymakta, kültürü, belirli bir toplumsal varoluşun gerçekleştirilme biçimi olarak görmektedir (Girenko 2004:472-495).

Bundan hareket edildiği takdirde; “tabiat-kültür” ikilemi yerine “tabiat, toplum ve kültür üçlüsünü” görürüz. Toplum duyuşsal algısını, kültür biçiminde gösterir. Yani somut bir varlık olan toplum, düşünceleri ve onların yansımalarını soyut bir muhtevaya döker. Toplum muhtelif sebepler ve şartlarla bir araya gelmiş örgütlü bir yapı olarak anlaşılırken, kültür onun psiko-sembolik yönünü temsil eder. Ancak bu şekilde toplumların ve devletlerin

iktisadi, fikri, siyâsî ve idari kùltürleri hakkında konuşabiliriz. Toplum ve kùltür gerek içerik, gerekse biçim olarak birbirinden bağımsızdır. Toplum kendisini sosyo-ekonomik unsurlarla ifade ederken, kùltür; iklim, demografi ve gelenek unsurlarına istinat ederek, kendisini gösterir. İçerik olarak sosyal bağlamda birbirine en yakın olan toplumlarda bile kùltürel farklılıklar ortaya çıkar. Özellikle, bugün oldukça homojen olarak kabùl edilen Batı toplumlarında dahi sosyo-ekonomik bağlamda durum böyledir. Marx'ın belirttiğı gibi devletler arası sınırların ötesinde her zaman farklılık baş gösterir. Modern devlet, Prusya-Alman İmparatorluğunda İsviçre'de olduğundan farklıdır, İngiltere'de Birleşik Devletler'den tamamen farklıdır. "Ortaçağdan bağımsız olarak her ÷lkenin tarihsel gelişimi baz alındığında, az ya da çok değışen veya az çok gelişen bütün medeni ÷lkeler modern toplumlardır" (Marx, Soçineniya, c. 19, s.6).

Marx, içerik olarak farklı olmayan toplumların kendi aralarındaki siyâsî ve hukukî formların farklarına atıfta bulunur. Yine de biz burada Batı kùltürünü bu bölge toplumlarının özellikle yansıtan homojen bir varlık olarak ele alıyoruz. Sözkonusu "homojenlik" sosyal bireycilik, antik siyâsî ve hukukî gelenekler ve daha sonra Hristiyanlığın ortaya çıkışını belirleyen derin özel mülkiyet ilişkileridir. Bu haliyle Batı toplumu, hâlâ geleneksel kùltür üzerinden belirlenen kendine has özellikleri taşımaktadır. Kendine mahsus bu özellikler, geleneksel toplumun tabiat ile olan münâsebetiyle ortaya çıkmıştır. Bunlar insanların kendi sosyal varlığını anladığı ve toplumun dış dünyayla ilişkiye girdiğı ritüel, mitler, törenler vd. kendini ifade eder. Geleneksel kùltürün unsurları son derece dayanıklıdır ve modern olanlar da dâhil olmak üzere tarihi dinamiklerden kaynaklanan olaylara kendine özgü bir renk katarlar. Toplum, tarih içinde kùltürden daha hızlı değışmekte, kùltür; onu taşıyanların dünya görüşü ve ideolojik fikirlerinde var olmaktadır. Dünya görüşü ve ideolojik fikirler ise, üretim faaliyetlerine bağılı olan insan ilişkilerinden

daha yavaş değiştiğinden, bu ilişkilerin tamamen değişmesine rağmen sabit kalmaktadır. Nitekim L. A. Tikhomirov 20.yy'ın başlarında üretim alanındaki güçlü değişimlerin “modern İngiliz ve Fransız tipini psikolojik anlamda tamamen değiştirdiğini, fakat etnik olarak hiç değişime uğramadıklarını” belirtir (Tikhomirov 1992:304). Dolayısıyla, Batı Avrupa psikolojisinin temel özelliklerinden olan sosyal bireycilik, birçok eski monarşik gelenekler, siyâsî kültürel gelenekler, karnaval kültürüyle tezahür eder. Avrupalıların büyük çoğunluğunun bunu dekoratif bir “kalıntı” olarak gördüğünü düşünmek yanlış olmaz. Avrupalı birçok insanın zihninde bu “kalıntıların” dünya görüşleri, ideolojileri, dinî ve ahlâkî normlar arasında istikrarlı bir ilişki vardır. Bu istikrar, yıllarca yaşatılabilen an’aneler ve halk hafızasının muhafazakârlığına dayanır. Bazı durumlarda bu istikrar, “doğuş-tan gelen” bir şey veya zihniyet olarak da tanımlanabilir (Shils, 1962: 117-118). Ancak, belirtmek gerekir ki, bu zihniyet de çok yavaş ilerlemesine rağmen, değişime uğramaktadır.

Toplum ve kültür iki bağımsız öz olarak sadece merkez bölgelerde değil, periferilerde de baskın bir şekilde kendini gösterir. Batı’da toplum kendi kaynakları pahasına bir tekâmül gösterip, nihayetinde ekonomik, politik ve yasal yeni kültürel normlar üretirse de, periferide bu normalar sadece kendi toplumunu geliştirmek için kullanılır. Başka bir ifadeyle, Batı’da toplum kendine yetecek (siyâsî, hukukî vs.) kültür üretiyorsa, diğer dünyada kültür başka toplumsal bir içeriğe bürünmekte ve gelişimin esası olarak görülmektedir. İktibas edilen kültürün toplumsal değişimi sağlaması, onu kendine uydurması beklenir. Gerçekte ise iktibas edilen kültür, toplum tarafından yerel kültürle değiştirilmektedir. Bu sebeple iktibas edilen Batı hukuku, resmi statüye sahip olmasına rağmen, vatandaşların gerçek hayatına fazla nüfuz edemediğinden, hayat teamül hukuku üzerinden devam eder (Boçarov, 2016: 214-222)

2. Gelişimin Sosyal ve Kültürel Türleri ve Çeşitli Gelişim Türleri Açısından Hukuk

Toplum ve kültür arasında böyle bir ayırım yaptıktan sonra, onların etkileşim sonucu evrim aşamasını sosyo-kültürel bir olgu olarak ele almamız mümkündür. Bu esas üzerinden sosyal ve kültürel olarak iki tür gelişimle karşılaşırız. Bunlardan birincisinde, bireylerin ihtiyaçlarını karşılamak adına kaynaklara ulaşmak için bireyler arasındaki ilişkilerle, toplumun değişmesiyle ortaya çıkar. Buradan endüstriyel aşamaya geçerken, geleneksel korporatizm türlerinin çökmesi, insanların eşyaya karşı olan tutumlarının değişmesine yol açan sosyal bireyciliği ortaya çıkarır. Sonuç olarak bu durum insanlar arasındaki ilişkiyi tamamen değiştirmekte, ilişkilerdeki bütün faaliyet alanlarını kapsayan rekabet, baskın hâle gelmektedir. Toplum, varlık sebebi olan ekonomik, siyâsî ve hukukî formlarla kendine göre kültür üretmektedir. Kültürel gelişimde durum tamamen farklı olup, burada kültürün kendisi esastır. İktibas edilen ekonomik, siyâsî ve hukukî formlar, toplumu etkilemek ve onu kültürle uyumlu hale getirmek için kullanılır. Ancak bu etkileme, doğrudan değil, iletişime geçtiği toplumun geleneksel kültürü aracılığıyla gerçekleşir.

Toplum ve kültürün tarihi dinamikler üzerinden tanımlanması, hukuk antropolojisinin temel görevlerinden biridir. Hukuk antropolojisi toplum paradigması çerçevesinde hukukun evrensel evrimini mukayeseli tarihsel metoda dayanarak toplumsal bir kurum olarak görür. Sonuç olarak tek tip (mono) normların, ahlâk ve geleneklerin tarihi olarak nasıl devlet hukuku mekanizmasına dönüştüğünü ortaya çıkarır. Burada hukukî- sosyo- ve politogenesis arasında bir bağlantı vardır. Bu ise hukuk bilimi geleneğine göre incelenen pozitif hukuk açısından hukuk oluşumu araştırmalarında yeni perspektifler sunar. Bunun yanında kültürel paradigma çerçevesinde resmi mevzuat dışında, teamül hukukuna göre hareket eden, muhafazakâr hukukun var oluşun

istikrarlı yönleri inceler. Bu anlamda “ulusal ruh” veya “bilinç” kavramlarıyla şekillenen hukuk kültürü sözkonusudur. Hukuk kültürü her şeyden önce antropolojik ve sosyolojik yöntemlerle incelenmekte, “hukuk” kavramı, taşıyıcılarının bilincinde “yok olduğu” var sayılmaktadır. Burada hukuk, hem devlet mevzuatı, hem de örfi hukuk yasalarını belirleyen kültürel açıdan determinist adalet rolü üstlenir.

Toplum ve kültürün tarihi dinamiklerindeki farklılıklar, devlet mevzuatındaki değişiklikleri açıklar. Mevcut asenkron sayesinde Batılı devletlerde görülen sosyo-ekonomik ve politik-hukukî değişimlerin aksine, sosyo-kültürel alanda değişim, hemen hemen hiç olmamıştır. Batı’da hukukî geleneksel çeşitlilik bu bağlamda kendisini hâlâ muhafaza etmektedir. Bununla birlikte, Batı Avrupa devletlerinin resmi hukuk sistemlerinin birbirlerine yakın olması, AB’deki uluslar üstü bir hukuk sisteminin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

Kültürel gelişimde “periferik” sistemler, Batının hukuki formlarını iktibas ederek, hâkim kültürün uyumlu olmadığı bir toplum yaratmıştır. Üstelik Batının hukukî normlarının Batı toplumlarındaki etkiyi göstereceği beklenerek. Ne var ki, yabancı oldukları, hiyerarşi prensibi üzerine kurulu yabancı bir ortamdan iktibas edilen bu normlar etkisiz kalmıştır. Toplumda hiyerarşi demek, burada hâricî hukukî normlarının etkisiz olduğu, iktidar ilişkilerinin sosyal düzeni sağlayan sisteme tabi olması üzerine kurulu olması anlamına gelmektedir. Bu fikri P. İ. Novgorodtsev’de görmekteyiz. Novgorodtsev, konuyla ilgili Rus kültürü hakkında şöyle düşünür: “Dış kültürel formları önemsiz buluyor... hayatın düzensizliğe, anarşizme olan eğilimini hissederek, Rus düşüncesi iktidar fikrine bilinçli ve özel bir azimle yaklaşmaktadır, devlet ve düzen zincirlerinin önünde baş eğmektedir. İktidarın gücü karşısında özlemi... bizler daha tarihimizin başlangıcında görüyoruz” (Novgorodtsev 1995:376).

3. Periferi Toplumlarında Batı Hukuku

Periferi sistemlerde siyâsî ve hukukî uygulamalarda görülen ve Batı'dan ödünç alınan yasalar, ya dekoratif bir işlev görür ya da “merkezi gücün” sağlamlaştırılması yönünde farklı bir işlev üstlenir. Bu yasalar, periferideki iktidar güçleri tarafından, sosyal hayatın rekabet ortamını düzenlemek yerine, geleneksel yasal formları Batı hukuku ile kamufle ederek, onları siyâsî mücadelede kendi çıkarlarına göre kullanır. Meselâ, Sovyet Rusya'da mahkemelerin verdikleri kararlar, belli bir siyâsî grubun yenilgisini sembolize ediyordu. SSCB vatandaşları tarafından “halk düşmanları, Troçkistler, parti karşıtları” gibi davalar tam da böyle algılanmaktaydı. İlginçtir, iç siyâsî mücadelenin kızıştığı ve kitlesel politik baskının en yoğun olduğu 1930'lu yıllarda (aynı zamanda sınıf mücadelesinin büyümesi), Sovyet yönetimi halka sürekli olarak “sosyalist yasalara” kesinlikle uyma çağrısı yapıyordu. Keza, mahkemeler geç sosyalizm döneminde de benzeri kararlar almaya devam etmiştir. Örneğin, Brejnev'in damadı ve İçişleri Bakanının yardımcısı olan Çurbanov'un anlattıklarına göre, kendisinin tutuklanıp, mahkemeye sevk edilmesine ilişkin karar, SBKP Politbüro toplantısında eski rejimi “kınayan” Genel sekreter Y. Andropov'un takdiriyle alınmış, tabii olarak mahkeme hükmün sonucuna önceden karar vermişti. Siyâsî iktidarların adalet üzerinde belirleyici rolüne ilişkin yapılan araştırmalar bu tür uygulamalar Afrika ülkelerinde ve bu ülkelerin anayasalarında bile yeraldığı görülmektedir (Boçarov, 1992; 221-222, 271).

“Yeni” Rusya'da da (Sovyet sonrası) hukuk (resmî mevzuat) siyâsî mücadelede bir araç olarak kullanılmakta, sosyo-politik hiyerarşinin bütün birimlerinde yetkililer kendilerine muhalif olanlara karşı hukukî normları kullanmaktadırlar. Hiyerarşik itaatin örfî hukuk yanını ihlâl eden birisi, gerçek çatışma ile alâkası olmayan bir davranış için yazılı olan yasal normlarla yargılanmaya tâbi tutulur. İlginç bir şekilde hem iktidar, hem muhalefet yargılanıp, hüküm giyen kişinin suçunu ve cezanın kimden gel-

diğini de çok iyi bilir. İktidarın yazdığı “oyunun kurallarını” ihlâl eden, ama ekonomik suçlardan ceza alan “oligark” Hodorkosvkiy, bu konuda en çarpıcı örneklerden biridir. Benzeri bir başka örnek ise, Japonya’da bilgi teknolojisi alanında oldukça başarılı olan bir şirket başkanının yargılanması, rakip şirketlerle olan rekabette, geleneksel Japon kültürünün teamül hukuk kurallarını ihlâl etmesidir. Sözkonusu şirket başkanı, finansal suiistimalle ilgili bir suçtan hüküm giymiştir (Ivutin, 2007). Gerçekten gayri-resmî uygulamalar Rusya dahil hemen hemen bütün Doğu toplumları için geçerlidir. Mez-kûr bu “oyunda” ekonomik faaliyetler içinde yer alan bütün “oyuncular” buna dahildir. Bunun için suçlu, her zaman iktidar tarafından devlet mekanizmasında belirli bürokratların çıkarlarına karşı gelenler arasından “seçilir”. Çeşitli suçlamalarla karşı karşıya kalan kişilerin, bunu “siyasi iradenin” tezahürür olarak adlandırmaları tesadüfî değildir. Uluslararası hukukî çerçevede Rusya’ya karşı uygulanan yaptırımlarda görülen; önde gelen sporcuların doping kullanması ya da malî suçlara (P. Borodin’in ABD’de tutuklanması) karşı uygulanan yaptırımlar, toplum tarafından devlete karşı siyâsî faaliyet olarak değerlendirilmeleri de bu türden yaklaşımlardır.

Bu sebeple Batı’dan ödünç alınan hukukî normlar, o toplumda sadece gelişimi engellemekle kalmaz, aynı zamanda siyâsî ve hukukî alan içinde “arkaizme” yol açar. Nitekim bu gerçekler, 18.yy Rusyasında Batı hukukunun toplumsal hayata faâl bir şekilde dâhil edildiği dönemde en çarpıcı hâliyle görülmüş (Veličko, 1999:178) ve A. M. Veličko’ya göre “aydınlanmış Avrupalılaşma” düşüncesi Rusya’nın yerel demokratik kurumlarına son vermiştir. 1649’da kabûl edilen Sobornoye Ulojeniye’ye (serfliğin meşrulaştırılması yasaları) göre köylüler artık pomeşçiklerin (toprak sahipleri) yargılandığı mahkemelerde yargılanacaklardı. Lâkin 1713 yılında pomeşçiklere köylüleri kırbaçlama hakkı verilerek, Petro zamanında “pomeşçiklerin köylüler üzerinde karar verme hakları ve onların tek hâkimi olmaları resmi ola-

rak kabûl edilmişti” (Engelmann, 1900:15). Burada, “Avrupa- lılaştıkça” ülkede (Rusya) şiddet ve keyfiliğin artması özellikle vurgulanması gereken bir husustur. Örneğin Petro, 1723’de su- baylara olan sonsuz güvenle, maliye politikaların uygulanmasın- da orduyu kullanmaya karar verdiğinde; “subayların vergi top- lama fermanını imzalar”. Üç yıl devam eden bu uygulamanın ardından vergi verenler bu emri uzun yıllar unutmayacaklardır. Zira, vergiyi toplayan ordu bölükleri, vergiden daha fazla soy- guncudurlar. Yılın üçte biri kadar bir zamanda, her biri iki ay devam eden vergi toplama esnasında yılın altı ayı içinde köylüler silahlı vergi toplayanlar tarafından uygulanan ceza ve infazlarla, tam anlamıyla bir dehşet yaşayacaklardır. Kluçevskiy, bu zulüm karşısında; “Batı dönemi işgal altında bulunan Rusya’da, Tatar Baskaklar bunlardan daha kötü davranıyorlar mıydı emin değilim” (Kluçevskiy 1904: 128-129) diyecektir.

Batı tipi ekonomik kurumların uygulamalarının keyfi olarak işlemesi, askerî (arkaik) yönetim usûllerinin Rusya Çarlığına has “gelenekse demokrasi” filizlerinin yerini almasına neden ol- muştı: Bunun için “Devlete faydalı olmak ve sanayinin teşviki, yönetimi acımasız ve adaletsizliğe itiyor, binlerce insan bütün sülâlesiyle birlikte kürek mahkumları benzeri en ağır işlere ko- şulmak üzere belli kişilerin insafına terkediliyordu. Bu insanların dehşet verici kaderlerinin müsebbibi, devletin onlarla uzun süre ilgilenmemesi ve görevlerini belirlemeyip, bütün yetkiyi işletme sahiplerine vermesiydi (Engelman, 1900:98-99).

Batı’dan ödünç alınan yasaların ülke içinde tam tersi sonuç- lara yol açtığı modern Rusya’da açık bir şekilde görülmektedir. Batı hukukunun bu normları, “sosyalist demokrasi” gibi bir- takım arkaik eğilimleri de canlandırmıştır. Örneğin seçimler, sosyo-politik güçler arasındaki rekabeti yönetmeyip, toplumda hiyerarşik ilişkilerin sağlamlaştırılması için “yapılır”. Dolayısıyla seçim, toplumun mevcut yönetim çevresinde birleşme işlevini görmekten öteye geçemez. Sovyet döneminde alternatifinin ol-

maması sebebiyle halk, temsil organlarına (SSCB Yüksek Kurulu) oybirliği ile aday seçiyordu ki, seçimlerde bu oran resmi verilere göre yüzde yüzdü. Seçilen kurul, tabii olarak yürütme organının bütün kararlarını onaylıyordu. Bu durum (seçim olgusu) Batılı seçim şeklini benimsemiş, hiyerarşi prensibi üzerine kurulu Doğu'nun ve benzeri diğer toplumları için de geçerlidir.

Bugün Rusya'da yapılan herhangi bir seçimde, gerçek alternatifler yoktur. Ancak seçimleri kamuoyu önünde yapmanın resmi zorunluluğu, ortada birtakım "seçilemeyen" adayların bulunmasını zaruri kılmaktadır. Yapılan gözlemlerde, seçimlerde oy kullanan insanların kime oy verdiklerini gizleme gereğini hissetmeleri, "iktidarın" mevcut "başkana" karşı oy kullanan "sadık olmayanları" (muhalifleri) belirlemek için muhtelif tuzaklar olduğunu ortaya koymaktadır. Çünkü bir kimsenin, iktidardaki ekip tarafından aleyhte oy vermesi halinde "hain" ve "düşman" ilân edilmesi kaçınılmaz olmasa da, ihtimal dışı değildir. Nitekim, son başkanlık seçimlerinde de asıl adayın seçileceğinden şüphe eden neredeyse hiç kimseye rastlanmadığı gibi, seçimlere iştirak edenler de mevcut yönetime sadakatlerini göstermek için katılmışlardı.

Seçim müessesesi Doğu ülkelerinde toplumun sosyo-politik yapısının ana bileşenlerinden biri olan "takımlar" oluşturma fikrini doğurmuştur (Şepanskaya, 2006: 243-288). "Takımlar" idarî ve maddî kaynaklara olabildiğince yakın olan, "iktidar" çevresinde oluşan "benzer şekilde düşünen insanlar" topluluğudur. Takım içindeki katı hiyerarşi, mutlak lidere sadakatle şeklinde tezahür eder. Bu surette "iktidar çevresindeki takım" üyeleri kendilerine yakın akraba, dost ve kardeşlerden seçilir.

Modern Rusya'da yeni emek kanunu, bir emek kolektifi içinde yakın akrabaların birbirinin emri altında çalışma normunu kaldırmış olmasına rağmen, bugün bizim gerçekliğimizde yakın akrabalar veya "vasilerin" (örneğin akademik enstitülerde) yüksek devlet makamları dâhil birçok yerde görev aldıkları

görüldür. Batı'dan alınan kültürel gerçeklerin işe yaramamasını “kültürel mesafe” ile açıklamaya çalışırlar, yâni Batı; var olan kültürel geleneklere zıttır: “Yeniliğin kabul edilmesi için, onun çok “yeni” ve geleneklerle hiçbir şekilde ilişkili olmaması gerekir” (Sotsiyalna antropologiya..., 2006: 114). Bununla birlikte Rusya'da seçimler en azından Eski Rusya'nın demokratik gelenekleri gözönüne alındığında, Ruslar için “yeni” bir şey olarak görünmemektedir. Ortalama modern bir Rus, psikolojik açıdan kendi kişisel çıkarına göre seçim yapabilecek durumdadır. Aynı zamanda Batı'dan ödünç alınan bu kurum, diğer Batı örneğindeki yasalar gibi Rusya'da pratik hayatta pek “işe yaramamaktadır”. Bunun nedeni, “kültürel mesafe” değil, politik ve hukukî formları kabullenmeyen hiyerarşik organizasyonun prensipleridir. Bunun için ödünç alınan hukukî normlar, ya mevcut hiyerarşik düzen içerisinde kişilerin kendi işlevlerini yerine getirmek için kullanılır ya da tamamen reddedilir.

“Kültürel mesafe” fikri, Avrupanın hukukî normlarını kabul etmeyen Konfüçyüsçü (Tanrı fikrinin olmaması) kültürle açıklayan Fukuyama tarafından desteklenmektedir. Tanrı karşısında eşitlik, inançsız Avrupalıların bile evrensel yasalara “takıntılı olmasına” yol açması-ki, bu onların en büyük yargıç ve yüksek otorite olan kişisel bilime olan inanç kaynağıdır (Fukuyama).

Bu, Fukuyama'ya göre Konfüçyüsçülükte olmayan, köklerinin Hristiyanlığa dayandığı bireysellik, Batı hukukunun temelini teşkil eder. Nitekim, Rus kültüründe Tanrı inancının bin yıldan fazla olduğu dikkâte alındığında, buradaki Batılı kurumların çok azı hayatta kalabilmiştir. Bu durumda Batının hukuk kültürünü reddetme nedeni, aktarılmaya çalışılan toplumun içeriğine uygun olup, olmamasıyla ilgili olmasıdır.

Metodoloji Açısından

Hukuk Antropolojisinin Kavram ve Kategorileri

Toplum ve kültürün sınıflandırılmasına dayanan metodolojik ilkeler hukuk antropolojisinin kavramsal ve kategorik temellerini oluşturur. Her şeyden önce hukuk kavramı sosyo-kültürel bir olgu olarak toplum ve kültürle ilişkilendirilmektedir.

1. Hukuk ve Kültür

Kültür alanında hukuk, kendini öznel bir esasta gösterir. Taşıyıcıların duygusal ve entelektüel alanında tezahür eden kültür, adalet duygusundaki stereotipler, gelenekler, inançlar ve fikirlerde ifadesini bulurken, aynı zamanda bireysel ve kolektif çıkarların korelasyonu, mülkiyet ilişkileri, gücün meşruiyeti, güç kaynaklarının dağılımı ve sosyo-politik hareketlerin normlarında tezahür eder. Hukuk bu yönüyle özel, hukuku kabûllenmiş topluma hâkim adaletin kültürel başlangıcı olarak tanımlayabiliriz. Bununla beraber ahlâk ve kültür ilişkisi, toplumun “hukuk kültürü” kavramıyla ifade edilir.

Bu anlamda hukuk kültürü “millî ruh” ve “zihniyet” ile müşterehtir. Hukuk kültürü, toplumda hâkim olan fikirler olup, bunlar insan davranışlarında kendini gösterir. Muhteva açısından mevcut fikirler farklılıklar göstermekle birlikte, birçok ortak yönü barındırır. Bu durum sosyo-ekonomik gelişme seviyelerinde, bireyselleşme, ideolojiler ve ideolojik alanların rasyonalizasyonu gibi unsurlarla şekillenir. Diğer yandan bu fikirlerin gerçekleşmesi de benzersizdir. Bu konuda B. A. Kistyakovskiy; “Bütün halklar ve zamanlar için bireysel özgürlük, hukuk sistemi, anayasal devlet fikirleri aynı olamayacağını... Her ulusun zihnindeki hukuk fikrinin, kendi renk ve tonunu taşıdığını” belirtir (Kistyakovskiy, 1991:127).

Hukuk kültürü, toplumun hukuk bilinci ve davranışlarını belirleyen olgu olduğu gibi, kişisel beklentiler ve davranışlar için de kalıp yargılar meydana getirir. Resmî mevzuat, hukuk kül-

türüyle çatıştığı takdirde, kişisel seçim onlardan yana olmaz. Bu anlamda hukuk kültürü dünyada insanların normatif değerleri ve bakış açılarına odaklanarak, bu ve benzeri tercihlerin esası, farklı vatandaşlarda, gruplarda, kurumlarda ve genel olarak toplumlarda sürdürülebilir bilinç ve davranış kalıpları inşa eder.

Hukuk kültürü bazen de dış (objektif) ve iç (sübjektif) taraflara ayrılır. Objektif taraf, kültürel davranışta (hareketlilik veya hareketsizlik), sübjektif taraf ise yasal farkındalıkta kendini gösterir. Hukuk kültüründe onu oluşturan dil, gelenekler, normlar, değerler, fikirler ve anlamlarla altını çizebiliriz.

2. Hukuk ve Toplum

Hukuk, yasama ve yürütme organları tarafından oluşturulan hukukî normlar olarak hareket eder. Bunun esasını yazılı hukuk olarak tanımlarız. Tanıma uygun olarak toplumsal gelişiminin belirli evresinde devletle beraber ortaya çıkan yazılı hukuk, devlet olmaksızın var olmaz. Dolayısıyla, devlet mevzuatı (yazılı hukuk) kültürle değil, toplumla ilişkilidir. Eğer hukuk kültürü normları “sessizce” var olup, genel kabul gören düzen bozulana kadar bilince ererse, devlet mevzuatı bilincin rasyonel olarak yansıttığı bir fenomen haline gelir. Bu nedenle hukuk kültürü normları (teamül hukuku) şifahen var olurken, devlet mevzuatı “yazılı hale geldiğinde yürürlüğe girer”.

Devlet tarafından kabul edilen yasalar, hukuk kültürüyle uygun olduğu takdirde etkilidir. Bu tarz bir uyum, toplumun kendine uygun bir kültür yaratan Batı için karakteristik bir örnektir. Bu tip toplumlarda vatandaşlar hukuk organlarına saygı duyarlar. Kültürel gelişim tipindeki devletlerde ise bu tür uyum asgari düzeydedir, çünkü yasalar “kendi tabii şartlar altında doğmayıp” dışarıdan alındığından, onlara yabancı olan bir yere düşmektedirler. Belirtmek gerekir ki, “Aydınlanma” döneminde ortaya çıkan pozitivist ve rasyonel fikirlere dayanan bu tür paradigmlar çerçevesinde kültüre farklı bir bakış açısı getiril-

miştir. Bu bakış açısı, rasyonalite ve eğitimle belirlenir. Onların gelişim seviyesi, yüksek ya da düşüklük derecesine göre (gelişmiş veya gelişmemiş) kültürün seviyesini belirler. Kültürün seviyesi onun toplumsal gelişmede zirve olarak kabul edilen “medeniyet” ölçütünün şu veya bu kültür tipi (siyasi, hukuki, profesyonel) ile olan ilişkisinde ortaya çıkar. Bu sebeple yüksek bir hukuk kültüründen bahsedilirken, onun taşıyıcısı olan mevcut mevzuata hür iradeyle uyum sağlayan ve bilinçli bir şekilde normlara uyan kişiler anlaşılır. Bunun için gelişmemiş hukuk kültürüne sahip insanların tam tersi özelliklere sahip olması doğaldır. Bizim bakış açımıza göre bütün kültürler eşit, fakat farklı olmaları sebebiyle belirli bir toplumun hukuk kültürüne uymayan yasalar, vatandaşların genel olarak bu yasalara uymamasından değil, tam da bu yüzden çığnenir.

Toplum paradigması çerçevesinde ahlâk ve din hukukun dışında olup, bu normlar devletin zoruyla ortaya çıkmadığı gibi, devlet zorlamasıyla da sağlanamaz. Aynı şekilde, normlara uyma zorunluluğunu hukukî statünün asıl özelliği kabû ettiğimiz takdirde-ki, birçok hukukçu bu fikre katılmaktadır- o zaman toplumsal fikir veya kutsal otoritelerin desteklediği ahlâki ve dinî normların hayatta yasalardan daha etkili olduğu görülecektir. Onlar bu haliyle kültürel paradigma içinde hukukun zaruri bileşenleridir.

Adalet, bütün hukuk kültürlerinde en yüksek ahlâki değeri ifade eder. Bu değer, her kültürde kendi anlamını taşır. N. Alekseyev; “bütün zamanlar ve bütün şartlar için, aynı anlamı taşıyan adalet kavramını formüle etmenin imkansız” olduğunu söyler (Alekseyev, 1999:117). Kültürün ayrılmaz bir parçası olan adalet, kendi içinde belirgin irrasyonel özelliklere sahiptir. B. V. Markov’un belirttiği gibi “Anlaşılmaz, mistik” ... olan adalet, bütün beşeri tecrübeler ve değerlendirmelerde, buna insanın diğer insanlara ve tabiata yönelik olan davranışını da dahil” eder (Markov 1997:332). Gerçekten bu anlamda adalet, insanın

duygusal tarafında yer alarak bilinçle yansıtılmayıp, sosyalleşme esnasında insanlar tarafından farkında olmadan benimsenir. Toplum paradigmasındaki adalet fikri, devletin tanımladığı yasal adalet şekliyle kabûl edilir. Hukukçuların dilinden sıklıkla “Yasa her zaman ahlâktır” ifadesini duyarız. Gerçekten de eğer devlet (iktidar) meşru ise, o zaman kabûl ettikleri yasalar da halk tarafından adaletli (ahlâklı) olarak kabûl edilir ki, bunu daha çok Batı ülkelerinde görürüz. “Periferi” ülkelerde iktidar yasaları va’z ederken, onları yukarıdan verilen emir olarak değil, ahlâkî borç olarak görmeleri için vatandaşlarının hukuk kültürünü dikkate almak zorundadır. Aksi takdirde yasaların hukukî kültüre uymaması durumu, protesto eylemlerine, yani iktidarın yetkisini kaybetme tehlikesini içinde taşır.

Bu konuda tipik bir örnek; 1970’lerin ortalarında Tanzanya’da “yolsuzlukla mücadele” kapsamında yargıçların mahkemeye intikal eden muhtelif kişilerden hediye almaları yasaklanmıştı. Ne var ki, böyle bir yasak mahkemenin başarılı bir şekilde yürütülmesine engel oluyor, Afrika’nın geleneksel normlarıyla çatışıyordu. Bu başarının mistik garantisi, o hediyelere bağlı olduğundan, sözkonusu yasa reddedilmekle kalmayıp, aynı zamanda halk arasında da itirazlara neden olmuştu. Nihayetinde yasa iptal edilip, değiştirilerek, yargıçlara eğitimi destekleyen kitap, yazı malzemeleri vs. gibi hediyeler verilmesine izin verilmek zorunda kalınmıştı (Boçarov, 1992:222).

Belirtelim ki “medeni” ülkelerde yasal adalet, yasanın yönetmediği alanlarda da (yerel adalet bölgeleri) geçerlidir. Bu alanlar teamül hukuku ile yönetilmektedir.

3. Teamül Hukuku ve Toplum

Teamül hukuku kavramı, “ilkel” toplumlarda yasal düzenlemeleri ifade etmek için kullanılmış, zaman içerisinde toplum paradigması çerçevesinde devlet mevzuatına dönüşmüştür. Bu gelişim çizgisinin incelenmesine özel bir önem atfeden mukayeseli

tarihsel hukuk okulu için teamül hukuku, hukuk sayılmaz. Zira, pozitivist açıdan hukuk, devlet mevzuatıdır. Bu mantığa göre “devlet yaptırımı uygulanan gelenekler”, yani geleneklere dayanan devlet yasaları teamül hukuku olarak kabûl edilir. Toplum paradigması çerçevesinde bunlar, ya ilkel arkaik regülatörler ya da devlet tarafından yasallaştırılmış geleneklerdir. Modern toplumda teamül hukukuna yer yoktur, etnograflar da örfi hukukun “kalıntılarını”, “geri kalmış” halkların hayatında saptamışlardır.

Teamül hukukunun normları, doğal şekilde oluşan ilkel toplumlardaki ilişkileri düzenlerken, modern antropoloji ve sosyolojik araştırmalar modern toplumların hayatında birçok alanın teamül hukukunun ilkel kurallarıyla yönetildiğini ortaya koymuştur. Örneğin sanayi sonrası Japonya’da bireyin hukukî statüsünü belirleyen olgu, yaş ve cinsiyete göre değişen örfi hukuk kaidelerine istinat eder. Giri’nin etik kurallarına göre bu normlar, Batı’dan alınan yasalarla rekabete dayanır. Özellikle yaş meselesi, modern (Japon) kurumlarında (şirketler) belirleyici unsur olup, mirasın varisi resmî yasalara göre men edilmesine rağmen, ayrıcalıklardan büyük kardeşe aittir.

Teamül hukuk kuralları Batı ülkelerin hukuk kültüründe de mevcuttur. Bu, belli durumlarda hem elitlerin, hem de sıradan vatandaşların bilincinde ön plana çıkar. Bunun en iyi örneği ABD hükümeti ve halkının 11 Eylül 2001 hadiselerinden sonraki tutumunda görmek mümkündür: hatırlanacağı üzere ABD hükümeti saldırının sorumlusu olarak ilân ettiği Talibana karşı Afganistan’a “misilleme” yapma kararı aldığı anda, mahkeme henüz terör saldırısının Taliban tarafından gerçekleştirildiği hükmü vermemişti. Dünyanın “en medeni” devleti olan ABD, “intikam” ilkesinden hareketle, kendi güç eylemini gerçekleştirme yolunu tercih etmişti. Daha sonra durumu fark eden Amerikalılar, kendi siyâsî ve hukukî kültür standartlarına göre operasyonun ismini değiştirmek zorunda kalmışlardır. Sonuç olarak, “intikam” kelimesi “özgürlük” ile yer değiştirerek, Afga-

nistan'a yapılan operasyona "Sınırsız Özgürlük" adı vermişlerdir (Boçarov, 2003:55-63).

Hukukî ilişkilerin arkaik özellikleri Rusya'nın siyâsî-hukuk kültüründe de kendini gösterir. Örneğin hukukun yoğunlaşmasıyla ilintili yüksek otoritenin statüsü, Rusya tarihinin hemen her döneminde; yönetim şekli, hâkim ideoloji ve yasalardan bağımsız bir şekilde görülür. Bu nedenle tarihsel mukayeseli hukuk okulunun işaret ettiği gibi, geçmişin yasal normları ve katmanları günümüz hukuk düzeninin organik bir parçasıdır. Teamül hukuku, modern toplumların mikro seviyede istikrarlı toplumların hukuk ilişkilerini düzenler. Bu durum, en başta alt kültürlerle aittir (etnik, gençlik, adli vs.). Alt kültürler de, geleneksel hukukun yapı taşları ilginç bir şekilde kendisini yeniden üretir. Örneğin bir kolektif içerisinde teamül hukukunu ihlâl eden kişi kolektiften uzaklaştırılır. Geleneksel toplumlardaki dışlanmalar kural olarak genellikle ölümle sonuçlanırken, modern serserilerin de sonu kaçınılmaz olarak benzer şekilde son bulur. 1980'lerde Abhazy'a yaptığımız seyahatler esnasında bize; suçluların bölgeden kovulmalarını, hapis cezasından daha ağır bir ceza olarak gördükleri söylemişlerdir. Bu yaptırım, suçluyu her türlü koruma ve destekten mahrum bırakır.

Gençlik, asker ocağı veya suç grupları gibi alt kültürlerde de dışlanmış kişiler aynı kaderi paylaşırlar. Ordu alt kültüründe örneğin "acemi askerin", "askeri zorluklara" dayanamayıp kumandana dayak yediğinden bahsetmesi halinde; "ispiyonculuk" yaptığı için dışlanmakla karşı karşıya kalması kaçınılmazdır. Bu dışlanma "ömür boyu" olup, dışlanmış kişi sadece kendinden dönem olarak kıdemli askerlerin değil, yeni gelen askerlerin de baskısına maruz kalır (Boçarov 2000:150). Hapishane alt kültüründe ise "dışlanmışlık" durumunda, tutuklular tarafından dışlanma uygulamalarıyla, daha farklı mekanizmalar geçerlidir. (Hohryakov, 1991). Sonuç itibarıyla insanlık tarihinin şafağındaki ilkel toplumlarda ortaya çıkan örfi hukuk, modern toplum-

da da devam etmekte, örfi hukuk devlet mevzuatının dışında kalan alanları yönetmeye devam etmektedir. Nitekim, belirli durumlarda teamül hukuku, ABD gibi “medeni” bir ülke de bile ilişkilerin regülatörü olabilmekte, modern toplumsal kolektifler bir ölçüde geleneksel topluma has bu regülatörleri üretebilmektedir. Bu görüleceği üzere alt kültürler aittir.

Alt kültürler geleneksel toplum gibi doğal bir şekilde ortaya çıkmakta, kendini esas topluma karşı koyarak izole halde kendi kimliklerini muhafaza etmeye çalışırlar. Bu haliyle, genel olarak arkaik sistemler gibi onlar da kendilerini korumaya odaklanmışlardır. Bunların hepsi arkaik örfi hukuka has yapı özelliklerini taşıyan yönetim mekanizmalarını ortaya çıkarır. Hukuk antropolojisi açısından bu kadar önemli olan teamül hukuku kavramını aşağı yukarı şu şekilde tanımlamak mümkündür: teamül hukuku kavramı altında farklı saiklerle (etnik, yaş, akraba, profesyonel vs.) bir araya gelmiş istikrarlı insan kolektiflerinin faaliyetleri esnasında doğal bir şekilde oluşan davranış normları sistemidir. Ki, teamül hukuka uymamak, otoritenin veya kolektifin fiziki veya psikolojik zorlamasıyla ilişkilidir. Teamül hukuku geleneksel topluma hâkim olmakla beraber, yasal veya yasal olmaksızın sanayi (post endüstriyel) toplumlarında da hüküm sürmeye devam eder.

4. Teamül Hukuku ve Kültür

Teamül hukuku sadece toplumun değil, aynı zamanda kültürün esası olarak da hareket edebilir. Mezkûr hukuk sistemi genellikle kültürel (etnik) mahiyettedir. Tarihsele okulun temsilcileri belirli insan toplumuna has ve toplumsal değişikliklere rağmen kendi kimliğini koruyan “ulusal ruhun” hukukî yapısından bahsedebilmenin esasını kültürel mahiyetin sağladığını iddia ederler. Bunun için araştırmacılar teamül hukukunun yasalastırılması halinde, bunun “ulusal ruhun” hukukî özelliklerini yok edeceğini ve bu hukukun kodlanmasının kültürü olumsuz etkileceğinden karşı çıkmaktadırlar.

Etnik teamül hukuku. Günümüzde hukuk âlimleri etnik bir topluluk içerisinde gayr-ı resmi düzenleyicilerden ve tek bir etno-kültür kimliğini paylaşan bir halk kolektifinden bahsetmektedirler. Bu, hukukun normları ve prosedürleri belirli sembolik, semantik bilgi taşıyan dil araçlarıyla ifade edilir. Bu durumda teamül hukuku, “ulusal hazinenin bir parçası olan; etnik topluluğun vicdanı ve kalbi olarak anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu anlayış atalardan intikal eden bir miras ve geleneksel bir toplumun kendini ifade biçimi olarak kabûl edilir... Etnik, örfi hukuk mekanizmalarının nesnelleştirilmesi kültürün türüne ve doğasına bağlıdır. Nesnel olarak örfi hukuk didaktiktir. Sosyal pratikte şifahi olarak tezahür eder. Bu açıdan örfi hukuk toplumsal ilişki içindeki kişilerin “doğru” olan davranış biçimleri hakkında bilgi aldıkları sosyal bir dildir (Lomakina, 2005: 140).

Teamül hukukunun kültürel özelliklerine dikkat çekmek için bazen millî teamül hukuku ön plana çıkarılır. Onun temelinde devlete hâkim olan etnik topluluğun örfi hukuku yatmaktadır ki, diğer halkların örfi hukuku da burada önemli rol oynar. Örneğin, Rusya’da iktidar-yönetim ilişkilerinin düzenlenmesinde örfi hukukun Doğu’nun geleneksel kültürel hususiyetlerini içermekle, devlet nezdinde özel bir alanı kapsadığını belirtmeliyiz. Rusya’da teamül hukuku normları her seviyede etnik renklere bürünmüştür. Gerçekten bu tür durumlar rekabetçi değil, sosyal hiyerarşik bağlam taşımakta, fakat tezahürleri (farklı hiyerarşik katmanlardaki kişiler arasında ilişkiyi düzenleyen etiket) farklılık göstermektedir. Örneğin hemen hemen her kültürde yapılan anlaşmaların bir ritüel ile belirtilmesinde, en yaygın olan ritüellerden biri el sıkışmadır. Kuzey halklarıyla bir anlaşma yapmak, “ruhlara” kurban kesmeyi gerektirir. Keza bu ritüel günümüz madencilik şirketleri ve yerli yerleşimciler arasında da geçerlidir. Yerleşimciler kurban kesmenin onlar için “mühürle aynı şey olduğunu” söylemektedirler (Novikova, 1997:229-235). Modern Rusya iş dünyasında ise “anlaşmayı ıslatmak” tabiri kullanılır;

bu, anlaşmayı imzalayan tarafların içkiyle bir ritüel olarak kutlanmasıdır. Etnografik materyaller tetkik edildiğinde bu davranışların sadece geleneksel Rus kültürüne değil, aynı zamanda Rus ticaret hayatında da geçerli olduğu görülür. “Hukuk geleneği” için karakteristik olan bu davranış biçimi, bugün artık ulusal devlet statüsü kazanmış durumdadır. Günümüzde “Anlaşmanın ıslatılması” ritüeli, dinî inançlarını alkollü içki içilmesinin yasak olduğu etnik topluluklar için de geçerlidir.

Y. V. Bromley, teamül hukukunun esaslarını toplum ve kültür fenomeni olarak birbirinden ayırır. Bromley, modern toplumları araştıran etnograf ve antropologların “hukukun arkaik formunu tespit etmekle yetinmemeleri gerektiğini söyler. Örfi hukuk ile hayatlarını idame ettiren toplumlar, mevcut normlarını “kalıntı” seviyesine indirgemeyecekleri gibi, bu toplumlar hem geçmiş hem de günlük bilinçle yeni normlar yaratarak kültürün benzersizliğini devam ettirirler. Bu da tabii olarak etnografik bir çalışmayı gerektirir (Bromley, 1973:230). Böylece, “Sovyet etnografyasının bilinen yüzü” teamül hukukunu sadece toplum değil, aynı zamanda kültürel bir olgu olarak araştırılmasını teklif eder.

Kültür paradigması çerçevesinde etnik ve ulusal teamül hukukuna ek olarak alt-kültürlerin teamül hukukundan da bahsedebiliriz. Daha öne belirtildiği gibi alt kültürler arkaik toplumlara has regülatif yapılar ortaya çıkarırlar. Her bir alt-kültür meşruiyetini topluma hâkim olan dil, ritüel, semboller vs. gibi farklı semiyotik araçlarla oluşturulan ideoloji ve dünya görüşü ile sağlar. Örneğin “dışlanmış” bütün örfi hukuk kuralları, sabit bir değerdir ve her yerde savunmasızdır. Lâkin her kültür veya alt-kültür bu sosyal statüyü çeşitli yollarla yorumlar.

Gelenek, örfi hukukun tutum ve algılarını belirleyen temel kavramdır. Hukukî alanda bu kavram oldukça büyük bir yer işgal eder. Var olan bakış açıları geleneğe olan yaklaşımda bilim insanının seçtiği stratejinin önemli olduğunu gösterir. Nesnel

hukuk teorilerinde (Toplum paradigması)-pozitivist ve normatif kavramların olduğu- gelenek, kullanılma süresi (devamlılık) ve fazlalığına dayalı bir davranış normudur (Braginskiy, Vitryanskiy 1998:49). Gelenek “toplumda uzun süreli tekrarlarla alışkanlığa dönüşmüş bir davranış biçimidir” (Aleksyev, 2001:284). Böylece gelenekler toplumun ihtiyaçları nedeniyle sadece alışkanlığa dönmekle kalmaz, aynı zamanda gelecek nesillere periyodik olarak aktarılır. Kısaca, hareketlerde devamlı hayata geçirilen olgu, norma dönüşür.

Geleneğin zorunlu olma hâlini dikkate aldığımızda, insan davranışlarının en önemli düzenleyicisidir. Bunun zorunlu olması, geleneği hukukî norm yapar. Oluşum şekli, ekseriyetle insan davranışını belirleyen psiko-fizyolojik sebeplere dayanır: “İnsan, sürekli olarak etrafında olan, algıladığı ve yaptığı her şeyi sadece olgu olarak değil, değerlendirip, yargıladığı norm olarak algılar... Olgusal olan daha sonra rasyonelleştirilebilir, ama normatif anlam doğamızdan gelir. Zuhur eden normlar, zaman içerisinde toplum nezdinde yetkili, karar veren konuma geçer. Teamül hukuku meselesi de bununla çözülür (Jellinek, 1903:336-337). Gelenekler sadece sosyal psikolojide değil, aynı zamanda alışkanlık yoluyla elde edildiği için dıştan yönlendirmeye çok az maruz kalırlar.

19.yy sonu ile 20.yy’ın hukukçulardan olan L. İ. Petrajitskiy, hukukun psikolojik teorisi ile davranış normlarının hukukî niteliğini bireyin iç psikolojik durumuna bağlar. Petrajitskiy, hukukun özünün insanın tabiatında var olan özel bir “hukukî duygu” olduğuna inanır. Ona göre bu duygu, içsel psikolojik durumla ilgili olduğu kadar, davranış normlarımızla da ilgilidir. Petrajitskiy zorunlu ve nitelikli normların hukuk normları olduğunu düşünür. Bu nedenle zihnî eylemlerle, insanların inançlarıyla ilişkili karakteristik bir kombinasyon yaratır. Bu tanıma uygun olarak hem gelenek, hem de yasa ancak toplumun sezgisel normlarına uygun olduğu takdirde hukuk olur. Dolayısıyla,

yargıç bir hukukçu değil, bir kalp doktoru olmalıdır (Yujakov, 1902:550-551). Petrajitskiy'nin bakış açısı G. V. Maltsev tarafından da paylaşılır (Maltsev, 1999:16). F. T. Selyukov da örfi hukuk normlarında karşılıklı mutabakatla, bir kolektifin psikolojisinden kaynaklanan hukuki esaslara dikkât çeker (Selyukov, 1997:32-33). Geleneklerin hukuki niteliklerini belirleyen şartların genel geçer olması, kamu yararına olması, kamu güvenliğini sağlaması ve normları içermesidir (Lomakina, 2005: 95).

Devletin yaptırımına tâbi olan gelenekleri hukuk kabûl ederek, farklı bir bakış açısı ortaya koyan pozitivist hukukçulardır (Marksist-Leninist...1970:586). Örneğin mahkemelerin gelenekleri kullanmasını eleştiri getiren V. Rovniy, geleneklerin “çeşitli durumlarda değişebileceğine” vurgu yapar (Rovniy 2004:14-17). Bu değişim, özel durumların toplumsal dinamiklere göre kendini uyarlaması, etno-tarihsel kaynaklardan anlaşıldığı üzere sanayi öncesi toplumlarda etkileyici bir düzenleyici olmasıdır. Dahası, bireysel bilinçte değişim fark edilmeden gerçekleşmekte ve gelenek zorunlu bir standart olarak kalmaya devam etmektedir: “Gelenek, insan hafızasında değişmeden kalmaz, birey tarafından yaratılmasına rağmen “eskilerin kutsallığını” barındırmış olması sebebiyle saygıyla karşılanır. İnsanlar geleneğe başvurmak zorunda kaldıklarında, eylemlerini sadece hafızalarındaki gelenek ile değil, an'ın ihtiyaçlarını geleneğe uyarlayarak gerçekleştirirler. Gelenek her defasında sadece hafızada kalanlarla değil, zamanın talepleri, tarafların çıkarlarından yola çıkılarak yorumlanır (Gureviç 1972). Gelenek “devletlerin tecrübeleriyle ortaya çıktığı ve norm olarak var olduğu, varlığının kanıtının da aynı tecrübe olduğu” şekliyle uluslararası modern hukuku oluşturur (Danilenko 1988:9).

Yerel hukuk ilminde hukuk normlarını teamül hukukuna yönlendirmek, bir geleneği başka biriyle değiştirmek varsayımı yaygın bir kanaattir. Bir geleneğin yerine bir başkasının ikame edilmesiyle, gelenek yasaya dönüşür. Önceden de belirttiği

gibi SSCB Ceza Kanununda yer alan yâni kan davası, akraba evliliği, cinayet vb. gibi şeyler “geçmişin kalıntıları” sayılırken, aradan geçen yüz yıl sonra Sovyetler Birliği’nin dağılmasıyla bu geleneklerin Kafkasya’da yeniden hayata geçtiği görülecektir. Bunun için “gelişen” geleneğin hukuk normuna dönüşmesine, askeri yemin törenleri çarpıcı bir örnek teşkil eder. Tarihin en eski kurumu olan askerlik, ilk başlarda askerlerin liderlerine (imparator, hükümdar, prens) sadakatini ve düşmanlarla, yabancı fatihlerle kahramanca savaşmaya hazır olduklarını gösteriyordu. Gerçekten de SSCB’de bu gelenek yasa haline dönüşmüş, askerler ve askerlik hizmetiyle mesûl olan kişiler, Sovyet vatanına ve hükûmetine bağlılık yemini etmekle mükelleftiler (Madde N: 7, 1980).

Bu örnekler geleneklerin hukuk normlarına göre daha itaatkâr olduğu görüşünü şüpheli hale getirmektedir. Nasıl SSCB Ceza Kanununu “eskinin kalıntıları” kullanımdan kaldıramadıysa, aynı şekilde bir gelenek statüsü olan askeri yemin de kanuna “evrilmeden” önce aynı baskıcı güce sahipti. Çarlık dönemi askerlerinin, askeri yemine olan yaklaşımları çok iyi bilinmektedir. Bir subay için askeri yeminle ilgili “şerefın”, içinde bulundukları toplumsal düşünce biçimiyle ilgili psikolojik (ahlâkî, manevî) baskıyı sadece hatıralardan değil, 20. yüzyıl başlarında Rusya’da buna benzer pek çok edebi eserde de görmek mümkündür. Diğer yandan SSCB askeri yemininin, gelenekten yasaya dönüşmesiyle daha baskıcı bir hal almadığını göstermiş olmasıdır. Ne var ki, 1990’lı yıllarda orduda hizmet eden kişiler, Sovyet hükûmetine sadakatlerini belirten askeri yeminin değişmesiyle ilgili herhangi bir şekilde endişelerini dile getirmemişlerdir. Bu sebeple de konuyla ilgili döneme ait edebi ve sanat eserlerinde yer almaması olağandır. Daha da ilginç olanı, Sovyet ordusuna sadakat yemini eden aynı subaylar, yemin ettikleri devleti çöktürten “perestroyka”nın da içinde rol almışlardır. Kültür paradigması çerçevesinde gelenek, her zaman etniktir (benzersizdir).

Gelenekler onların özgünlüğünü; dil, folklor, ritüeller ve diğer sembolik hususiyetlerle ortaya çıkaran etnografyanın araştırma konusudur. Tek kelimeyle etnograflar belirli bir toplumun kültürü tarafından belirlenen geleneklerin anlamı ve semantiği ile ilgilenirler. “Dünyanın resmini” yeniden çizmek, modern sosyo-kültürel antropoloji için önceliklidir. Sonuç olarak hukuk antropologları için gelenek, sadece belli bir sosyal grup veya kolektifin bilincine bağlı olarak yasal bir statüye sahiptir (Rouland, 1999:279). Bu statü, belirli zihinsel bir zeminle ilişkili olarak, geçmişten gelen gelenekleri yerine getirmek, geleneksel kültürün taşıyıcılarına göre varlığın ve huzurun garantisidir. Modern etnik teamül hukukunu araştıran hukukçuların çok azı, zamanında tarihsel hukuk okulunun ortaya koyduğu “ulusal ruh” hakkında fikir yürütmüşlerdir (Savinyi, Puchta gibi). Örneğin, İ. B. Lomakina; “ulusal ruhtan gelen yasal gerekliliğin” gelenekle sıkıya bağlı olduğunu varsaymaktadır (Lomakina, 2005, 93-95).

Geleneksel kültürlerde gelenek, “yasal güç” elde edebilmek için bu ruhu yeniden üretmek zorundadır. Burada “sade/basit sözlerin” etkisiz olduğu geleneksel düşüncenin özelliğini yansıtan formun, içerik üzerindeki önceliği açıkça izlendiği gibi, bu durum anlamaya çalışan iki tarafın belirli davranış ve sözlerle temsil edilme durumunu ortaya koyar. G. Mainne’in belirttiği gibi “eski bilgilerin tamamı, insan zihninin o dönemlerde verilen bir sözün, bugün bizim önemseydiğimizden daha az önemsendiğini, hatta en kötü ihanetleri bile kınamayıp, bilâkis övüldüğünü gösterir... Geleneksel yasalar, kendilerini yaptırımlarla korumazlar. Burada önemli olan ciddi bir ritüel eşliğinde verilen sözlerdir. Kişiler, sözlü olarak anlaşır, kendi aralarında hukukî bir bağ kurarlar. Eski hukukun özü, kişilere eşlik eden kelimeler ve beden hareketlerine dayanır. Verilen sözler, en ufak bir formalite ya da sözün verildiği mekânla ilgili geleneğe aykırı olduğu takdirde, verilen sözün hukukî geçerliliği yoktur (Mainne, 1873: 246). M. Kovalevsky’e eski Alman geleneklerinde özel sembol-

ler eşliğinde “resmi sözleşmeler” yapıldığından bahsederken, bu sembollerden en ufak bir sapma olduğu takdirde, sözleşmeler geçersiz olduğunu ifade eder ki, bu aynı zamanda eski Roma hukukunun özelliklerinden de biridir (Kovalevsky, 1886a: 164).

Bu olgular modern Batı yasaları tarafından da korunmaktadır. Bunun için verilebilecek örneklerden biri; yeni seçilen bir ABD devlet başkanının, başkanlık için yemin töreninde yaşanan bir hadisedir. B. Obama yemin töreni esnasında yardımcısının yemin metnini okumasının ardından Obama, metinde birkaç kelimeyi değiştirmesinde görülmüştü. Ertesi gün dünya kitle iletişim araçlarının ABD devlet başkanının bu “pisliği” temizlemek için yemin konuşmasını yeniden kaydettiğini yazmıştı. Uzman hukukçulara göre yapılan bu “yanlış” Obama’nın devlet başkanlığının yasallaşmaması için mahkeme başvurusuyla bitebilirdi. Teamül hukuku ile görenek kavramları literatürde genellikle eş anlamlı olarak kullanılagelmiştir. Oysa, bunları gelenek ve geleneksel hukukla ilişkisine göre ayırt etmek gerekir. Geleneksel hukuk, hukuk literatüründe teamül hukuku ile eş anlamlı bir kavram olarak kullanılmakla birlikte, bunu görenek ve gelenek kavramları temelinde ayırt etmek gerekir. Her durumda görenek, “kültür paradigması”yla sıkı bir şekilde bağlı olup, bu da kavramın belirli kültürleri araştıran etnografların çalışmalarında yaygın kullanımında ortaya çıkmaktadır. Gelenek ise, belirli bir kültür içeriğinden kopan, toplumun geçmişle ilgili unsurlarını ortaya çıkaran soyut bir kavramdır. Bu haliyle V. D. Plakhov’un belirttiği üzere her iki mefhum aslında “özdeşlik” ve “farklılık” kadar birbirinden ayrı kavramlardır. Görenek, insan hislerine yönelik görünürlük ve netlikle kendini gösteren ve sıklıkla ritüellerle tanımlanan ampirik bir gelenektir (Plakhov, 1982: 17-18). Gelenek, farklı mekanizmalarla desteklenebilir ki, bunlardan biri görenektir. Gelenegin aktarılmasında en önemli mekanizmalardan biri eski davranış modellerine uymayı doğaüstü otorite ile aydınlatan dindir. Geleneksel hukuk dendiğinde,

belirli bir kültürel düzenlemeye sahip olan adetlerden bahsedilmesi buradan gelmektedir. Din ile sıkı ilişkisi olması sebebiyle, geleneksel hukukun içerisinde her toplumun kendi dinine göre Hindu, İslam veya Hristiyanlık öğeleri vardır.

Geleneksel Hukuk Sistemi. Bu terim hukukî faaliyetlerin tamamına istinat eden ve bütünlük arz eden bir sistemdir. Geniş anlamda bu sistemin içerisinde adetler ve geleneklerin tamamı görülür (Alekseyev, 1981: 105). Lomakina'ya göre hukuk sistemi kendi içinde biri geleneksel, diğeri devlet hukuk mevzuatı olmak üzere iki alt başlığa sahiptir. Her ikisinin kendi aralarında tarafsızlık, karşılıklı muhalefet ve birbirleriyle faal iletişim gibi ilişkileri yeralır (Lomakina, 2005: 19).

Geleneksel hukuk sistemi, hukuk antropolojisinin tam merkezinde yer almakla, bir tür “ideal fikir” olarak düşünülmektedir. Bu, “ideal tip” alışılagelmiş belirli tarihsel yasal türlerin mukayesesi esnasında olağan yasal kombinezonların yoğun ifadesini içerir. İkincisi; belirli ayin, ritüel ve törenler (paradigma Kültürü) etnografik nitelik taşıyorsa, normal hukuk sistemi bu türlerin evrensel özelliklerini ifade eder (paradigma Topluluğu). I. B. Lomakina konuyla ilgili olarak; “atalar iradesinin üstünlüğü, toplumsal eşitlik, davranış, aşiret dayanışması, aşiret adaletinin kolektif sorumluluğu, v.b.” gibi unsurlar, geleneksel hukuk sisteminin temel ilkeleri hakkında fikir serdedir (Lomakina 2005: 199-201).

Muhtemelen bu rekonstrüksiyonun sadece geleneksel kültürler temelinde yapıldığı gözönüne alındığında, pek çok şeyi anlayabilirsiniz. Anlaşılacağı üzere, genellikle teamül hukuk normları; atalar birliği ve atalar iradesi v.s. ile modern toplumda ortaya çıkmaya devam etmektedir. Bu tür oluşum algoritmaları büyük ölçüde aynıdır. Gerçekten de modern insanın geleneksel hukukî bilinç tabakası, meşruiyet için “kabile adaletinin” uygulanmasından “sorumlu” olan akrabaların “atalarına” değil, geçmişe yöneliktir. Örneğin bir taksi sürücüsünün belirli bir yerde

diğer sürücülerin hakkını yok sayarak müşteri beklemesini “burada eskiden beri çalışıyor olmasıyla” temellendirir. Elbette bu durum, “atalarının” otoritesini korumak değildir.

Hipotezimiz genellikle hukuk normlarının tek bir sosyo-kültürel algoritma temelinde ortaya çıktığını, bunun da geleneksel hukukî ilişkiler yönünden farklı şekilde kendini ifade etmesine rağmen, temel özelliklerinin benzerliğini belirlemektedir. Bu da geleneksel ve modern (rasyonel) zihniyet arasındaki derin farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Geleneksel hukuk sisteminin şekil alması, bize göre bileşenlerinin incelenmesini gerektirir: hukukî ilişkiler, normlar, hukuk bilinci (geleneksel hukuk bilinci). Ancak, bu bileşenlerden hangisinin öncelikli olduğunu belirlemek gerekir. Bunun için tarihsel olarak hukuk sisteminin ilk biçimi olan geleneksel hukuk sisteminin ortaya çıkış evrelerini yeniden yapılandırmak, ilk sosyal davranış normlarının ortaya çıkışını sağlayan işaretleri anlamak gerekir. Kısaca evrim aşamasında geleneksel hukuk sistemini ve bunun insan bilinci tarafından kavranmasını dikkate almak gerekir.

Burada, geleneksel hukuk sisteminin çeşitli bileşenlerinin karşılıklı bağımlılığını açıklarken, sosyal ilişki normlarının ortaya çıkışının nasıl belirlendiğini ve normların nasıl bu ilişkileri değiştirdiğini de tespit etmek gerekir. Gerçekten de geleneksel hukukî ilişkiler, yasal konsolidasyonu atlayarak oluşturulup, meşrulaştırılır. Örneğin büyük Batılı şirketler, medeni hukuk hükümlerini gözden geçirmeden, uygun yasal düzenlemeler elde ederler. Meselâ, “Fransa’da hukukî normların en azından ticarî ilişkilerde pratik bir değeri yoktur, çünkü bu normların çoğu modern ticaret uygulamasına daha iyi uyum sağlayabilmeleri nedeniyle geleneksel veya modern sözleşmelerle değiştirilmiştir” (Kulagin 1997: 212-213).

Nihayetinde hukukî ilişkilerin konusu, hayatın bütün hukukî yönlerine ilişkin kendi anlayışına sahip insanla ilgilidir. Bu sebeple geleneksel hukuk sistemini biçimlendirme çerçevesindeki

öncelikli görev, geleneksel zihniyetin tahliliyle ilgili olup, bu da genellikle doğrudan zihinde oluşur.

Geleneksel hukuk sistemi genellikle sadece evrim aşamasında değil, aynı zamanda yeniden üretim esnasında da incelemeyi gerektirir. Zira bu sistem, geniş bir üretim eğilimine sahiptir. Bu, arkaik ilişkileri düzenleyen teamül hukukuna ilâve olarak, yeni ilişkiler ortaya çıktıkça kanunla düzenlenmeyen yeni kuralların ortaya çıktığı anlamına gelir. Örneğin L. I. Petrajitsky, bu ilişkileri; “eski zaman”, yâni geçmişe dönük ve “yeni” yani gelecek vaat eden olarak ikiye ayırır. “Eski zaman”, modern sosyal hayatta muhafaza edilen arkaik ilişkilerin sonucudur. Gelecek vaat eden hukukî ilişkiler ise, birtakım sebeplerle devlet tarafından düzenlenemeyen yasal düzenlemelere maruz kalan yeni şartların ortaya çıkmasıyla oluşur (Petrajihitsky 2000: 195). Bunun için gelecek vaat eden geleneksel hukuka “hızlı geleneksel hukuk” der (Roses 1994: 127).

Hayat, genellikle düzenin bütün sıklığına rağmen gelişmeye devam eder. “Pratikte yeni ihtiyaçlar ortaya çıkıp sivrilmeye başladığında, düzen hayatın baskısına dayanamaz. Eski fikirlerdeki mazgallarda, gizli yollar, çatlaklar ve sızıntılar ortaya çıkmaya başlar. Pratikte mazgal ve “gizli yollarla” doğrudan veya gayri resmi bir şekilde mevcut hukuk sistemi içinde hukuki gelenekler yer alır (Topornin 2000: 35). Lomakina’ya göre burada “gayri resmi geleneksel hukuk ilişkileri daha yaygındır... Ancak, gerektiğinde bu geleneksel hukuki ilişkiler devlet mevzuatına dönüşebilir! Bu da yeni geleneksel hukukî ilişkilerin ortaya çıkmasını engellemez” (Lomakina 2005: 196).

Geleneksel zihniyet, genellikle hukuk sistemi öznelininin hukuk bilincini belirler. Başka bir deyişle bu, arkaik toplum temsilcilerinin düşünme biçimidir. Bu düşünme biçimine mitolojik de denir. Elbette doğaüstü; sosyal ve doğal, ölüm ve hayat, hayvan ve insan, nesne ve sembolü vb. arasında keskin bir sınır çizmez. Geleneksel zihniyet, rasyonel yansıma gelişmesine rağ-

men, insan psikolojisinde kaybolmaz. Konu ile ilgili L. S. Vygotsky şöyle yazar: “insan davranışının belirli bir kısmı, hâlâ arka bacakları üzerine kalkan ve konuşan bir hayvan davranışdır”. Bu nedenle Vygotsky araştırmacıları; “insan davranışının kültürel temeli hakkındaki önyargıları atmaya ve bizlerin hayvanî doğasını incelemeye” çağırır (Chalidze’den alıntı 1990: 60).

İrrasyonellik içinde yer alan bu “hayvanî doğa”, 20. yüzyıl boyunca tarihin gidişatını belirlemiştir. İki “medeni” ülke arasındaki iki dünya savaşı, birçok felsefeciye göre eski irrasyonel savaşçı ve ırkçı hislerin rasyonel, hümanist ideallerden üstün olduğuna dikkat çeker. Gerçekten de, “irrasyonel olanın, en burjuva ve müreffeh kültürlerdeki rasyonelden daha güçlü olduğunu göstermiştir... “Husûsî, bencil, âilevî, câhil bir hayat merakının yerini, halk ve devletin itibarı duygularıyla millî, târihî, dünyevî bir hayat merakı almıştır”.

Genel olarak uygulamanın gösterdiği gibi zekânın rasyonalizasyonu ve insanlığı benzeri görülmemiş bilimsel ve teknolojik ilerlemeye götüren doğa ve toplum hakkında pozitif bilimsel bilgi birikimi, pratikte bu içgüdülerin tezahürlerini etkilemez. Dahası, bunun tersine bir düzen gözlemlenir. Meselâ, özellikle eğitimin yaygınlaşıp, yükselmiş olması saldırganlık şiddet ve zulmün azalmasına değil, aksine artmasına neden olmuştur. Siyasi rejimlerin kendi halklarına karşı eşi görülmemiş şiddet ve baskı uygulayan liderlerin pek çoğu, prestijli Batı üniversitelerinden mezun olan kişilerden oluşmaktadır (Ho Chi Minh, Paul Pog, Isng Sari, Amin, vb.). Keza, modern zamanın sadece “uluslararası teröristleri” değil, genelde selefleri de iyi bir eğitim almış kimselerdir.

Evrimleşme aşamasında insan ruhunun rasyonalizasyonu, onun “eski” özelliklerinin kaybolduğu anlamına gelmez. Mito-lojik (geleneksel) düşüncenin özellikleri, modern insanın psikolojisinde kıyıda köşede kalmaya devam eder. Belirli durumlarda geleneksel düşünce tarzı insan bilincini ele geçirebilir, böylesi

hâllerde sosyo-politik oluşumun erken dönemlerine has siyâsi ve hukukî uygulamalar hâkim olur. Bunun tipik örneği, faşist Almanya'dır. Tarihsel materyalizmin kurucuları da dahil olmak üzere dünyaya birçok parlak filozof kazandıran bir toplum (Alman), oldukça kısa bir süre içinde “yabancıları” hukuk alanının dışına iten ve fizikî olarak onları ortadan kaldıran kutsal güce sahip “arkaik” bir organizmaya dönüşmekte zorluk çekmemiştir. E. Cassirer bu bağlamda; “Mit her zaman bizimledir, sadece karanlıkta saklanarak zamanının gelmesini bekler. Bu zaman, sosyal hayatı ayakta tutan diğer güçlerin herhangi bir sebeple güçlerini yitirip, şeytani, mitolojik unsurları engelleyemediği zaman” ortaya çıktığını belirtir (Cassirer 1946: 60).

Benzeri aşamalar SSCB'nin bütün zamanı boyunca, özellikle Stalin dönemi için oldukça belirgin bir özellik gösterir. Örneğin Sovyetlerde “halk düşmanları”nın toplumdaki işlevlerine bakıldığında, geleneksel toplumdaki büyücülere benzerler. Bilindiği gibi doğada ve toplumda yaşanan bütün felâketler büyücülere atfedilirdi. Geleneksel zihniyette bunun başka bir yeri yoktu. Bu sebeple büyücüler, Orta Çağdaki “cadılar” “halk kitlelerinin” onayı ile öldürülüyorlardı. İtiraf, suçlarının en büyük delili idi. Bu nedenle Engizisyon tarafından şüphelilerin suçlarını itiraf etmeleri amacıyla sofistike işkenceler uygulanıyordu. Söz konusu dönemin SSCB'nde de benzer şeyler görürüz (Boçarov 2007c; 218-242).

Dönüşüm evresinde olan geleneksel zihnin faaliyete geçmesi, parçalanma esnasında yeniden ortaya çıkar. Nitekim, Rus vatandaşları “Perestroyka” ile berabe, ulusal ölçekte irrasyonalizm patlamasına şahit oldular. Bu da nüfus arasında büyücülük, sihir, vb. şeylere olan inancın artışında kendini gösterdi. Günümüzde bu tür şeyler azalsa da, G. Grabovo örneğinde görüleceği üzere “ölüleri diriltme” ile ün kazanan kimseler yine de yok değildir. G. Grabovo, tutuklanmasından kısa bir süre önce Rusya cumhurbaşkanlığına aday olma niyetini ifade etmişti.

L. S. Vygotsky, modern kültürel insanın davranışının ancak tarihinin tahlil edilmesiyle anlaşılabilceği kanaatindedir. Bu davranış biçimi, sosyogenезin erken döneminde hayat tarzı ve düşüncelerini belirleyen arkaik katmanlar barındırır: “Belirli şartlarda basmakalıp olarak ortaya çıkan bu tür davranış biçimleri, kültürel gelişimin ilkel aşamalarında ortaya çıkan ve insan davranışında tarihsel kalıntı ve canlı olarak kalan sertleşip taşlaşmış veya kristalize olmuş psikolojik formlar gibidir”. Vygotsky bu tip “küçük detaylarda, şeyler dünyasından kalıntıları... önemli psikolojik verileri görebilme gerektiğini düşünür” (Vygotsky, 1983, 58).

Günümüz bilim adamları gelişmiş ülkelerin nüfusunun büyük çoğunluğunda hâkim olan irrasyonel düşüncenin giderek yükselmekte olduğundan daha fazla bahsetmektedirler. Burada özellikle genç kuşaklar arasındaki “medya düşüncesi” kastedilmektedir. Bu tür düşünmenin rasyonel-mantıkî tahlile değil, görsel bir imaja veya “resme” dayandığı varsayılmaktadır. Bunun nedeni, elektronik medyada video teknolojisinin görülmemiş bir şekilde gelişmiş olmasıdır. Gelişimin bu şekilde ilerlemesi, bizi “ilkel” zihne doğru geriye götürebilir. Örneğin antropologlar, sadece üçe kadar saymayı bilen “yerliler”in önlerindeki sürünün çıplak görüntüsünden, sürüdeki hayvanlardan herhangi birinin eksik olup olmadığını anlayıp, eksik olanı hemen aramaya başladıklarını gözlemlemişlerdir. Bu durumda bilinç, görsel standart ve sürünün görüntüsünü karşılaştırır ki, bu da gerçek bir olgunun bütünlüğüne şahitlik eder. Bugün biz bilimsel teknolojik gelişimle beraber, yeni neslin basit dört işlemi bile yapamadıklarına şahit oluyoruz. Genç bir insanın (örneğin, satış danışmanı) basit bir matematik hesabı için, hesap makinesi kullandığını sık sık görüyoruz. İrrasyonel düşünme biçimindeki yükseliş, örneğin siyâsî partilerin seçmenlere kendilerini rasyonel bir “programla” değil de, pop yıldızları, mankenler, güzellik yarışması birincileriyle tanıttıkları herkesçe bilinen şeylerdir. Keza, seçim

öncesi siyâsî toplantılar da magazin dünyası kurallarına göre yapılmaktadır.

Sanayi (ve sanayi sonrası) devletlerin hukuk kültürlerinde “teamül hukuku” rolünün artmasının bu evrelerle ilişkili olduğu söylenebilir. Bu nedenle, geleneksel zihniyetle, geleneksel hukukun ortaya çıkışı arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir. Bu ilişkinin çözümlenmesi sadece hukuk bilincinin oluşumuyla ilişkili aşamada sosyal çalışmaların ilk evrelerini değil, aynı zamanda modern zamanları da anlamamıza yardımcı olur. Günümüz hukukçuları bu kültürlerin önemli bir bileşeni olan “hukuk bilinçsizliği”nden daha çok söz etmekte. Örneğin R.S. Bayniyazov; “derin bir bilinç katmanı şeklinde ortaya çıkan, belirli düzeyde bilinçdışı hukuki düzeyin hukukî bilinçaltıyla birleşerek” hukuki zihniyeti oluşturduğunu ileri sürer (Bayniyazov 2000: 31-40).

V. N. Sinyukov; “Rus hukuk düşüncesinin” özelliklerini tartışırken, onları ferdî “egemenliğin” eksikliğini, yâni Rus toplumunun zayıf toplumsal bireyselleşmesiyle ilişkilendirir. Onun bu bakış açısı, bu tür düşünceyi hukukî olmaktan ziyâde, ahlâkî kılar: “Topluma karşı ferdî egemenlik eksikliği, Rus hukuk bilincinin özelliğidir ve Batı hukuk ilkeleriyle kıyaslandığında Rus olgusunun orijinal unsurlarının yokluğu fikrine yol açmaktadır. Rus hukukunun bu özelliği, uluslarüstülük, teknik ve dogmatik unsurlardan özerklik olarak tanımlanabilir (Sinyukov 1994: 215-216).

V. N. Sinyukov’un hukuk düşüncesinin toplumun ne kadar bireyseldi olduğuyla ilişkilendirmesi; bireyin ne kadar değerli olduğu düşüncesi konusunda hemfikir olabiliriz. Batı’da bu, kişinin davranışlarını belirleyen haricî bir işaret olarak ahlâkın bireyselleşmesine yol açmıştı. Gerçekten de Rusların hukuk kültüründe geçen yüzyılın etnografik materyallerine bakıldığında, düzenleyici olarak yazılı hukukun etkili olmadığı görülür. Bugün de çok etkili olduğu söylenemez. Prensip olarak sadece Rusların

değil, Rus olmayanların da davranışları esas olarak “davranışların manevî mekanizmaları” tarafından teamül hukukunun kurallarına tâbidir. Dolayısıyla Sinyukov’un hukukun “rasyonalitesini” Rus kültürünün spesifik bir özelliği olarak tanımlaması yanlıştır, çünkü rasyonalite aşamalı düşünme biçimini ifade eder. Özellikle, bu husus hemen hemen bütün Batı dışı hukuk kültürlerinde kolayca tanımlanabilir.

O. G. Usenko, geleneksel zihniyet ile kültürel taşıyıcıların ekonomik faaliyetleri birbirine bağlar: “Kapalı bir hayat tarzıyla, geçimlik tarım ekonomisi soyut düşüncenin oluşumunu sağlayamaz. Bu şartlar altında yaşayan insanlar, soyut düşünceye yabancıdır. Burada önemli olan... sözel mantıkî ilişkiler değil, göz önündeki durumun hatırlanmasıdır... Bu şartlarda yeni bilgiler reddedilmemek için, tanıdık “eski” olan bir bilgi olarak algılanır. Böylelikle öğrenmek, yerini tanımaya bırakır ” (Usenko 1999; 55). Yazar burada L. S. Vygotsky ve A. R. Luria’nın “kompleks düşünmenin” geleneksel topluma has olduğu sonucunu tekrarlar. Burada düşünce, tanıdık durumlar (kompleksler) üzerinden çalışmakta ve her bir yenilik varolan tecrübe yâni “eski duruma” göre değerlendirilmektedir (Vygotsky, Luria, 1930).

Burada geleneksel zihniyeti etnik olanla ilişkilendirmek yanlış olur-ki, bu durumla sık sık karşılaşırız. Geleneksel zihniyet, şu veya bu kültüre aidiyetine bakılmaksızın, sosyogenезin ilk aşamalarında hâkim bir konumdadır ve daha çok Batılı olmayan toplumlarda görülmekle birlikte, işaret edildiği gibi endüstriyel (post endüstriyel) toplum üyelerinin psikolojisinde de görülür. Bu sebeple Batıdan alınan hukuk sistemi “işe yaramaz”. Geleneksel zihniyet, teamül hukukunun temelidir. Özellikle her zaman kültürel olarak belirlenen, yani kültüre özgü dil, folklor, sembol ve ritüellerle oluşturulan teamül hukukunun kural ve prosedürlerini üretir.

Geleneksel hukukî zihniyet, geleneksel hukukun olduğu çerçevede düşünce faaliyetinin genel özelliklerini yansı-

tan bir kavramdır. Başka bir ifadeyle geleneksel hukuk, geleneksel hukuki zihniyet tarafından üretilir. Geleneksel zihniyetin bu türü, bilincin irrasyonel katmanlarında doğar. Kolektifte gelişen geleneksel hukuki davranış normlarını, efsanevi otoriteler (atalar, ruhlar, tanrılar, karizmatik liderler) veya kutsal bir geçmiş tarafından yazılan kutsal bir gereklilik olarak yorumlar. Sosyo-psikolojik kontrolün temeli, toplumun düşünceleri veya yetkililer tarafından yaptırımların olumsuz tepki korkusudur.

Bugün geleneksel hukukî zihniyet özellikle dini alt kültürlerde, örneğin mevcut mevzuatlarda tarikatların karizmatik mürşit otoriteleri tarafından onaylanan totaliter mezheplerde daha açık bir şekilde görülür. Meselâ, suç alt kültürlerindeki yerel “mevzuat” da geçmiş nesillerin otoritesi tarafından kutsanır. Geleneksel hukukî zihniyet, etniktir. Nitekim, saha araştırma sonuçları modern Rus toplumunun toprak mülkiyet haklarını devrim öncesi döneme ait Rus köylülerine has motifleri tekrar ortaya çıkarıp, savunduklarını ortaya koymuştur (Boçarov, Ryabikin 2005: 149-170). Bu nedenle hukukçular, bir toplumda tarihsel olarak geliştirilen fikirlerin özel olarak bütünleşen “hukuk ilmi ve pratiğinin çeşitli düşünce yapıları” içeren “yasal düşünme tarzı” hakkında fikir yürütmektedirler. Buradaki fikirler, duygular (hukuki ve antropolojik portre) ulusal, politik ve hukukî gelişimin gerçekleri aracılığıyla kırıılır. Aslında hukukî düşünce yöntemi kendi siyâsî ve hukukî dünyasının temellerini anlaşılır kılar ve hukukî yansımaların sınırını belirler (Mordovts 2003: 38-48).

Gerçekten de geleneksel hukuk sistemi kendine özgü evrensel kuralların farklı kültürel görünümleri barındırır. Örneğin, Osetyalılar, Nyamveziler (Afrika) veya Çukçiler (Sibiry) için, suç alt kültürü veya futbol taraftarlarının “dışlanmışlık” durumunun kavranması çok farklıdır. V. M. Rozin haklı olarak, geleneksel hukukî zihniyeti tahlil ederken, “düşüncenin evrimini” ve kültürel bağlamı dikkate almak gerektiği”ne vurgu yapar (Rozin 2000:112). Rozin, teamül hukuk kurallarının, bir yandan mo-

dern insan psikolojisinde muhafaza edilen geleneksel zihniyet tarafından üretildiğine, diğer yandan belirli bir kültürel (etnik) şekle (ifadeye) sahip olduğunu ileri sürer.

Hukukî düşünce tarzı (geleneksel hukuk zihniyeti) tarihsel değişikliklere tabi olmayıp, buna karşılık “sabit” olduğuna dair diğer bir bakış açısı da vardır. Hukukî düşünme tarzı çoğu zaman özgüllüğünü korur ve hukukta meydana gelen her şeyin anlayışını sürekli yeniden üreten medeniyet mekanizması yok oluncaya kadar pratik olarak “el değmemiş” hâliyle nesilden nesle aktarılır (Mordovts 2003:38-48). Bu mantık şekli, beşerî düşüncenin gelişmesinin çeşitli aşamalarında tekrarlanır. İlk olarak bu fikir tarihi hukuk okulu kurucuları tarafından tarih boyunca insanlara eşlik eden “ulusal ruh” ile formüle edilmiştir. Daha sonra F. Boas, bilimsel ve teknik bileşeni saymamakla birlikte, kültürel ilerleme fikrini reddeder. Bu fikirler “Kültür”ün değil, sadece “Toplumsal” geliştiğine inanan postmodernistler için de geçerlidir.

Bize göre burada sadece kültür ve topluma has olan tarihi dinamiğin farklı gelişim hızından bahsedilebilir ki, bunun sonucu belirli toplumların hukuk kültürü kendi kimliğini korumuş olur. Bu anlamda hukuk kültürünün hiç değişmediği söylenemez. Bu, özellikle entelijansiya veya siyâsî elitler gibi en çok modernleşmeye maruz kalan sosyal katmanlar ve gruplar için geçerlidir. Lâkin buradan da anlaşılabacağı üzere geleneksel hukuk kültürü belirli toplumsal katman ve grupların davranışlarını belirlemektedir. Bu bağlamda Rusya ile ilgili materyaller, resmi olarak Batı hukukunun üstünlüğünün savunulduğu çeşitli dönemlerde devlet yöneticilerinin bizzat kendi imzaladıkları kanunları ihlâl etme hâllerinde kendini göstermiştir (Boçarov 2004;173-199). Yerel hukuk kültürüne aşıl原因 yabancı mevzuatların, abartılı durumlara yol açtığı bilinmektedir. Örneğin, 5 Kasım 2001’de, Rusya merkezi televizyon kanallarından birinde (gazeteci-sunucu N. Nikolaev) “Özel Araştırma” adıyla bir

program yayımlanmıştı. Programa konu olan husus, yasal olarak tutuklanamayan bazı suçluların, “Belaya strela” (Beyaz ok) adlı bir polis örgütü tarafından faili meçhul olacak şekilde öldürülmeleri idi. Programda, özellikle suç dünyasının ünlü isimlerinden Smolensk Petrosyan’ın ortaklarının öldürülmesinden bahsediliyordu. Programa cinayetle ilgili olarak soruşturmayı yürüten, ancak soruşturmanın ardında görevden alınıp, alt kademe bir göreve tayin edilen savcı da iştirak etmişti. Savcının, suçluların cezasız kalması durumunda böyle bir örgütün gerekli olup olmadığı sorusuna, emniyet kuvvetlerinin çoğunluğu evet cevabı vermişlerdi. Bunların arasında duruşma öncesi gözaltına alınan ve orada yaklaşık iki yıl görev yapan bir polis memuru da vardı. Polis memuru, böyle bir organizasyonda yer aldığını ve böyle bir organizasyonun varlığını kesinlikle inkâr ediyordu, ama aynı polis, böylesi bir örgütün oluşturulmasını destekliyordu. Dolaşısıyla böyle bir durumda biz, kendimizi devrim öncesi (1917) Rusya’nın hukuk kültüründe büyük bir yer işgal eden “linç” ile değil, devletin ceza kurumlarının “teamül hukuku” üzerinden hareket eden bir devletin transformasyonu (bu tür transformasyonla ilgili havada uçuşan fikirler vardır) ile karşı karşıya buluruz. Geleneksel zihniyet, en başta “halk bilinciyle” temsil edilir, bu bilincin araştırılması hukuk antropolojisinin en önemli konularından biridir. Nitekim V. Rozin’in belirttiği gibi geleneksel hukuk fikri, çoğunlukla araştırmacılar tarafından göz ardı edilmekte yahut üzerinde çok az durulmaktadır (Rozin 2000: 112).

Yasal çoğulculuk, hukuk antropolojisi açısından anahtar bir kavram olup, herhangi bir modern toplumu tanımlayan kültürel çoğulculuk kavramına dayanır. Kültürler arasındaki farklılıkların temel kaynaklarından biri, küresel evrim aşamasının eş zamansızlığıdır. Buna göre geleneksel ve modern olmak üzere iki ana kültür grubundan bahsetmek gerekir. Bunlardan ilki; dünya “periferisine” yerleşmiş “geleneksel toplum”, diğeri Batı tarafından temsil edilen “sanayi toplumu”dur. Geleneksel kültürler, ge-

leneksel zihniyet ve yukarıda işaret edildiği gibi gerçeğin akıl dışı yorumuna dayanan toplum temsilcileriyle ifade edilir! Modern (modernist) olanlar, rasyoneldir. Bu nedenle kültürel çoğulculuk, Batı kültürel biçimlerinin ödünç alınmasıyla, tarihsel safhada gelişen “periferi” devletlerde açık şekilde temsil bulur. Geleneksel toplum için uygun olan yerel kültürlerle etkileşime giren bu formlar kültürel çoğulculuk yaratır. Sanayi (ve sanayi sonrası) toplumlarının kültürel çoğulculuğu, sosyokültürel sistemin çeşitli unsurlarının eşzamansız dinamiklerine dayanır. Örneğin, köylülük her yerde geleneksel kültürün unsurlarını muhafaza eder ve köylü emeği her zaman doğal (iklime bağlı) unsurlar tarafından belirlenir. Bu sebeple bireysel bilinç, burada daha uzun süre sosyogenezin ilk aşamalarında şekillenen ve emeğinin karşılığında yaşadığı yüksek belirsizliği yansıtan geleneksel dünya görüşüne bağlı kalır. Dolayısıyla, insan faaliyetlerinin irrasyonel tezahürlerini-en gelişmiş bir ülke bile olsa – köylerde görülmesi tesadüf değildir: işaretler, büyüye inanç, büyücülük, vb. Ne var ki, şehir şartlarında bile bu çeşit tezahürler, sosyal katmanlar arasında gündelik hayatta farklı fikirler tarafından yönlendirilir. Böylece marjinal tabakaların fikirleri, entelijansiyanın üst hiyerarşik tabakalarla, seçkinlerin temsilcileri arasında daha az rasyonelleşmiştir. Modern bir sanayi kentindeki kültürel çoğulculuğun, “kendi dünya görüşünü” değerlerini, dilini ve sembollerini üreten alt kültürel oluşumların (etnik, gençlik, profesyonel, suçlu, vb.) büyümesinin sonucu olarak geliştiğini belirtmek gerekir. Bunun yanında bu tür oluşumlar geleneksel toplumlara has arkaik görünümüleri tekrar ortaya çıkarır. Bu gerçek birçok araştırmacı tarafından ortaya konmuştur.

Görünüşe göre bu olgunun nedenleri asıl topluma göre merkez dışında kalan alt kültürlerin “izolasyonu”yla açıklanabilir. Onlar, kendilerini bu toplumun karşısına koyarak, özelliklerin basit bir şekilde tekrar üretilmesine odaklanıp, bununla geçmiş tecrübeyi tekrarlayarak, hayatta kalmaya çalışan

“geleneksel topluma” benzeyemeye çalışırlar. 19. ve 20. yüzyıllarda antropologlar tarafından kaydedilen Asya, Afrika ve Latin Amerika’daki benzer toplumlar da, “dünya merkezinden” (Batı) izole durumda ve faaliyet formları basit üretim odaklıydı.

Genellikle toplumun durağanlığı zorunlu olarak toplumun gelişme aşamasından bağımsız, üyelerinin fikirlerinin gelenekleştirilmesindeki artışla ilişkili görünmektedir. Bu, irrasyonel siyâsî ve hukukî uygulamaların zafer kazandığı “durgunluk dönemi” Rusyasında (SSCB) bariz bir şekilde görülür. Sonuç olarak Rusya’da “arkaik modeli” tekrarlayan bir hukuk sistemi gelişmekteydi. Özellikle hükümet geleneksel toplumda olduğu gibi tahkim işlevi görüyordu. Örneğin, eski kuşak “Sovyet Dönemi’nin sonlarında rüşvetle suçlanan SBKP Politbürosu üyesi E. E. Ligaçov’u “itibar ve şerefine müdafaa için” mahkemeye değil de, Komünist Parti Merkezi Komitesine göndermişti.

Modern toplumda temsil edilen kültürlerin her birinin eşitlik, özgürlük ve adalet gibi kendine özgü hukuk kuralları vardır. Hukukî çoğulculuk konusu, Batı hukukunda 1971’de “Hukukî Çoğulculuk” adlı eserin yayınlanmasıyla tartışmaya açılır. E. Erlich’in “Organik hukuk” ile, devlet hukuku arasında yaptığı ayırımdan sonra, pozitif hukuk ile “mevcut yasa” dikkate alınmaya başlanacaktır. Bu kavramın temel unsurları avukatlar, antropologlar, siyaset bilimciler gibi birçok bilim adamının dikkatini çekmesiyle, hukukî çoğulculuğun “postmodern hukuk görüşü için anahtar bir kavram olarak görülmesi teklif” edilir (Merry 1992: 357-358). Hukukî çoğulculukla ilgili olarak bunun yanında başka yaklaşımlar da olmakla birlikte, kavram daha çok; “iki veya daha fazla hukuk sisteminin bir alanda ve bir arada var olması” olarak tanımlanmaktadır (Merry 1988: 31, 20, 28; Bobrovnikov 2000: 128-140).

Bazen iki tür hukukî çoğulculuğun olduğu durumlara da rastlanır. Bunlardan biri; “karşılaştırmalı”, “gelişmemiş” ya da “devlet hukukunun” hâkim olduğu çoğulculuk olup, bu; ege-

men hukukî sitemin- kilise hukuku benzeri- geleneksel hukuk türünü içerdiği ya da açıkça kabul ettiği hukuki bir düzeni ifade eder. Yâni, devlet hukuku başka bir hukukun varlığını tanır ve onu resmî hukuk sistemine dahil eder. İkincisi ise; her biri kendi meşruiyet ve hukukî gerçeklik kaynağına sahip iki veya daha fazla yasal sistemin bir arada bulunduğu “gelişmiş”, “tanımlayıcı” hukukî çoğulculuğu ifade eder (Benda-Beckmann 1999:12).

Hukukî çoğulculukla ilgili çalışmalar başlangıçta eski sömürgelerdeki teamül hukuku ve devlet hukuku arasındaki ilişkilerle sınırlıyken, daha sonra bağımsızlığa kavuşup, gelişme yoluna giren bu sömürgelerin çoğu, teamül hukukunun varlığını tanıyan eski sömürgecilik hukukunu benimseyerek, sömürgeci devletlerin politikalarını sürdürmeyi tercih ettiler. Günümüzde gelişmekte olan ülkelerin çoğunda, teamül hukukunun tanınması pratik olarak tartışmaya açılarak, teamül hukukuna dayanan ulusal bir hukuk sistemi oluşturma yolunda oldukları gözlemlenmektedir (Benda-Beckmann, 1999:11). Bu ve benzeri çabalar, aynı zamanda bu devletlerdeki teamül hukukunun çoğu zaman devlet mevzuatına karşı çıkan “örfi hukuk” şeklinde varlığını sürdürdüğünü göstermektedir. Benzeri bir durumu Rusya’da, özellikle Kuzey Kafkasya cumhuriyetlerinde görmek mümkündür.

Günümüzde hukuki çoğulculuk, sanayi (ve sanayi sonrası) toplumlar bağlamında incelemeye alınmış; hukukî çoğulculuktan bahsederken, buna kilise hukuku, etnik topluluklar, mafya örgütleri, yerel topluluklar ve çeşitli organizasyonlar da yönetimin farklı formları buna dahil edilmiştir (Merry 1988: 869-896). Bu yoldan olmak üzere, yerli halkların hakları dahil olmak üzere, uluslararası hukukun geliştirilmesi hukuki çoğulculuğun araştırılmasına yeni bir ivme kazandırmıştır (Moraless 1994). Örneğin Kanada, ABD, Latin Amerika, Avustralya ve Yeni Zelanda’da 90’lı yıllardan itibaren hukukî çoğulculuk kavramı, insan hakları sorunu çerçevesinde, özellikle “kendi

kaderini tayin hakkı” ve yerli halkların kültürel haklarının korunması konusunda aktif olarak gündeme getirilmiştir. Nüfusunun çoğunluğunun müslüman olduğu ülkelerde müslümanların laik hukuku, şer’i hukuk ile değiştirmek için uğraştıkları bilinmektedir. Bu tür eğilimler tabii olarak belirgin bir siyâsî yönelime sahiptir. Bu durumu özellikle açık bir şekilde Rusya’ya bağlı Çeçenistan’da görmekteyiz.

Hukukî çoğulculuk sorunu çerçevesinde önemli bir sorunun da burada altını çizmek gerekir: pozitif hukuk, resmî devlet hukuk mevzuatının bir ayrıcalığı mıdır, yoksa diğer hukukî sistemlerde hukuk kelimesinin tam karşılığı olabilir mi? Avrupa’da bu sahanın otoritelerinden biri olan K. Von Beckmann bunu şöyle cevaplamaktadır: “Hukukî çoğulculuk kavramı, şu gerçeği vurgulamak için uygun bir araçtır: resmî devlet hukuk sistemi ile diğer hukukî sistemler arasında devlet adamlarının varsaydığından çok daha fazla ortak nokta vardır. Dahası, araştırmacı için “hukukî çoğulculuğu ve yerel hukuku ciddiye almak, mevcut her bir hukukî kuralın tasdik edilmesi anlamına gelmez. Böyle bir analitik yaklaşımın kullanılması, herhangi bir şekilde ister devlet hukuku, ister yerel hukuk olsun olumlu veya olumsuz bir değerlendirme yapmayı gerektirmez. Hukukî çoğulculuğun ciddiye alınması, hukukî çoğulculuğun varlığını, insan davranışlarını ve kanunların pratikteki uygulanışlarına tesir ettiğini kabûllemek anlamına gelir. Hukukî çoğulculuk, neler olduğunu daha iyi anlamamıza ve şu soruyu cevaplamamıza izin verir: neden hukukun işleyişi genellikle beklenen sonuçları vermemektedir” (Benda-Beckmann 1999:13, 19).

Günümüz dünyasında hukukî çoğulculuk kavramının teorik ve pratik yönlerinin geliştirilmesi, özellikle toplumun etnik çeşitliliğinin son derece yüksek olduğu Rusya için geçerlidir. Bu nedenle Rus toplumunun hukuk kültür ve demokratikleşme taleplerinde birçok hukukî alt kültür, etnik bilinç ile devlet statüsü almaya çalışan alt kültürleri barındırmaktadır. Örneğin İnguşet-

ya'da, R. Aushev'in başkanlığı sırasında yerel yönetim organları çok eşliliğe izin veren bir yasa çıkarmış ve kan davası hakkını yasal düzeyde tanıma konusu ciddi olarak tartışmaya açılmıştı. Bunun için bazı Rus akademisyenler, Rusya'da çoğunlukla Müslümanların yaşadığı bölgelerin mevzuatına teamül hukuku ve İslâm hukuk unsurlarının dahil edilmesini ileri sürmüşlerdir. Bu yaklaşım tarzının kategorik muhalifleri için doğal olarak, Rusya'nın bu bölgelerinde görülen bu tür hukukî talepler, genellikle siyâsî bir amaç taşıyor olmasıdır. Bunun yanında, Sovyet döneminde sadece Rusya örneklerinde değil, aynı zamanda Bağımsız Devletler Topluluğu (BDT) ülkelerinin siyâsî ve hukukî uygulamalarında görüleceği gibi, birleşik devlet hukukunun hakimiyet davranışlarında resmî devlet kanunlarına rağmen, teamül hukukuna dayanan halkın hukukî kültürlenmesinin büyük rol oynadığı unutulmamalıdır.

6. Bölüm

Teamül Hukuk Sistemi

Teamül Hukukunun Sistemi ve Öz-Örgütlenme

Geleneksel ve sanayi (post endüstriyel) toplumlarını temsil eden farklı kültürel özelliklerle, teamül hukukunun karşılaştırmalı analizi, yapısal olarak aynı özellikleri taşıdığını ortaya koymuştur. Bu durum, modern sistemlerde arkaik sosyal-düzenleyici örgütlenme biçimlerinin tezahürleri bilim adamlarının dikkatini çekmiştir. Özellikle arkaik düzenlemeler totaliter rejimlerde daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır (Gassier 1946). Arkaik yapılarla bariz olan bu benzerlikler (hapishane dünyasında olduğu gibi) alt kültür yapılarında da görülmektedir. Kaderin bir şekilde hapishaneye yolunu düşürdüğü antropologlar, o zamana kadar ilkel toplumu karakterize eden ve ilmi literatürden bildikleri pek çok egzotik durumla karşılaşmaları üzerine oldukça sarsılmışlardır (Samoylov 1990). Bilindiği gibi ilkel toplumlarda kendilerine özgü, ergenlerin olgunluğa geçişi, bu geçişte sert deneyimlerle, benzeri diğer geçiş törenleri (unvan, sınıf, yaş) yapıldı. Bizim suçlarımız arasında buna “kayıt” denir. Tabu ilkel topluma özgüdür... Benzer durumu gruplar arasında “en rezil” işlerin belirlenmesinde de görmekteyiz. Sanki dövmeyi ilkel toplumdan almışız gibi vs.” (Samoylov 1990).

Bu tür gözlemler, eşsiz etnografik (kültürel) yapıya sahip her türlü örf ve adet hukukunun üzerinde durduğu teamül hukukunun yeniden inşasına temel teşkil edebilir. Bu, örfi hukuk için “ideal tip” veya değişmezdir. Biz bunu ilkelerde, onun yazılı kayda geçmeyen “sessiz” özelliğini, bu normların aktörlerin bilincinde sadece ihlâl edildiğinde tezâhür ettiğinde görebiliriz. Bunlar, kendilerini genellikle atasözleri, deyimler, gelenekler, mitler ve ritüeller gibi folklor şeklinde ifade ederler. Bu özellikler

örfi hukuku, hem geleneksel (ilkel) toplumda, hem de modern (endüstriyel, post endüstriyel) toplumda karakterize eder. Teamül hukukunun “kanunları”, normların kendiliğinden ortaya çıkışını değil, aynı zamanda sosyal kontrolün düzenini de sağlar. Bu haliyle örfi hukuk, insan toplulukların her döneminde ona mahsus gayri resmi davranışlar bütünüdür. Bu davranışlar sistemin bütünlüğünü korumayı, düzensizliği önlemeyi, düzeni güçlendirmeyi, değişen iç ve dış şartlara göre fonksiyonel ilişkilerin yapısını iyileştirmeyi amaçlayan öz-örgütlenme aşamasında ortaya çıkmış olarak görünür. Öz-örgütlenme evreleri her seviyedeki sosyal sisteme ait özellik taşır. Dahası, sosyogenezin erken aşamalarında, sistemin hayatta kalması için kriterleri yerine getirmek zorunda kalındığında, daha ileri aşamalarda kararlılık ve verimliliğini arttırmakla ilişkili sistem içi evreleri optimize etmeye hizmet etmekle mükelleftir. Bu nedenle, öz-örgütlenme, toplumun veya dış çevrenin etkisi altındaki alt bölümlerinin sürdürülebilirliği ve sürekli değişen iç düzenin sağlanması için beşeri faaliyetlerinin düzenlenmesiyle ilişkili doğal bir aşama olarak tanımlanabilir.

Teamül hukuku ilk baştan itibaren insan faaliyetlerini düzenleyerek, toplumu maddenin özel bir hareket biçimi olarak hayatta kalmasını sağlarken, aynı zamanda tarih içinde toplumun hareketinin sonraki bütün aşamalarında istikrar işlevini yerine getirir. Bir başka bir ifadeyle, evrimin herhangi bir aşamasındaki toplumda, toplumsal öz-örgütlenme evresine dayanan evrensel bir algoritma temelinde oluşur. Ancak burada soru; teamül hukuk evrelerinin insan zihnine nasıl yansıdığıdır. Bu ilişkiyi ortaya çıkarmak, hukukun üstünlüğünün istikrarını ve nedenini, sadece geleneksel bir toplumdaki ilişkileri düzenlemede değil, aynı zamanda yazılı mevzuatla başarılı bir şekilde rekabet ettikleri modern bir toplumda etkinliklerini de ortaya koyar.

Saha araştırma verilerinin gösterdiği gibi özellikle Doğu ülkelerinde örfi hukuk zihniyeti, bu ülkelerdeki nüfusun çoğunluğu-

nun, eğitimli tabaka (aydınlar) dahil olmak üzere halkın hukuk kültürünü birçok şeyde belirlemiş olmasıdır. Sonuç olarak, sosyal bağlamda ilişkileri düzenlemek için tasarlanan yeni teamül hukukunun kuralları ortaya çıkar. Bunlar, genel olarak “gölge kanunu” olarak adlandırılır ve geleneksel toplumda olduğu gibi sadece bir düzenleyici değil, aynı zamanda resmi (devlet) hukuk kurallarıyla birlikte var olurlar.

Günümüz hukuk ilminin “gölge kanununu” inceleme meselesi; “Gölge kanunun” görüldüğü gibi sadece ceza hukuku ve kriminolojinin değil, aynı zamanda genel bir hukuk teorisinin konusu olduğudur. Örneğin kayıt dışı hukuk sorunu, çok uzun süre önce ortaya konmasına rağmen, hukukçular tarafından hâlâ düzgün bir şekilde değerlendirilip, tahlil edilmediğini belirtmemiz gerekir” (Baranov 2002: 13-20).

Teamül hukuk sisteminin evrenselliğini bağımsız bir hukuki olgu olarak ortaya çıkış nedenleri ve insan davranışlarını düzenlemek için içsel mekanizmalarını açıklamaya çalışacağız. Bu, örfi hukukun istikrarının nereden kaynaklandığını, devletin resmi hukukuna karşı durmasını anlamamıza da yardımcı olacaktır.

Hukukun Kökeninde Davranış Normlarının Teşekkülü

Teamül hukuku sisteminin esasını anlamak için, sosyogenезin erken aşamalarında ilk sosyal kuralların ortaya çıkış mekanizmalarına bakmak gerekir. Bu sorun, normlar, hukukî bilinç ve hukukî ilişkiler gibi onu meydana getiren diğer unsurlarla ilişkili hukuk ilmi için olduğu kadar, hukuk normu kavramının anlaşılması için de önemlidir. Zira bu, sadece belirli bir insan davranış biçimini yapılandırmakla kalmaz, ona belirli bir zorunluluk vererek, sosyal kontrolü sağlar. Bu kuralların varlığı sosyal düzenin özüdür. Lengüistik çalışmaların gösterdiği gibi, pro-Slav (Slavlar örneği) seviyede bile, hukukun kavramsal anlamı, tam olarak düzenle ilişkilidir (Ivanov, Toporov 1978: 221-235). Gerçekten

de hukuk kuralları, toplumsal düzenin çekirdeği olan “hukuk” ve “güç” olgusu için temel bir kavramdır.

Günümüz hukuk ilminde kabûl edilen teamül hukuku uygulamalarında devlet kontrolü ile kısıtlamalar açısından bakıldığında, geleneksel toplum (ilkel) otomatik olarak “kanunsuzluk dönemi” veya “kaosla” tanımlanır. Oysa, etnografik materyaller ışığında son derece sıkı bir şekilde uygulanan sosyal normlar dikkate alındığında, teamül hukukuna tâbi geleneksel toplumlarda, toplumsal kural ihlallerinin son derece nadir olduğu görülmektedir. 20. yüzyılın ilk yarılarında Zulular (Güney Afrika) arasında uzun süre yaşayan misyoner A. Bryant, böyle bir toplumun temsilcisinin davranışını şöyle tanımlar: “Herhangi bir gözlemci, vahşi Zulunun davranışındaki kibarlığı ve hassasiyeti derhal fark edecektir: nezaket, saygı, asalet ve dürüstlük etrafındaki kişilerle olan davranış ve eylemlerinde ortaya çıkar. Görgü kuralları o kadar iyi ki, bizim küstah medeniyetimizin bir temsilcisi tarafından bile aşılamaz. “Zulular, bir eve nasıl girip çıkılacağını, erkek ve kadınlara nasıl davranılacağını, buluşma sonrası nasıl vedalaşılacağı, evde ve evin dışında nasıl davranılacağını, ateşin başında nasıl yer alınacağını gerektiği şekilde bilirler. Masa başında ciddi kuralları vardır ve onlara uyarlar: yemek nasıl yenir, kaşık yemeğe nasıl konur, bira kadehi nasıl tutulur, yemek öncesi ve sonrası eller nasıl yıkanır vs. Sürü otlatmaya belirli kurallara göre gidilir, yolda tek sıra halinde yürünür. Yani her şey bir düzene bağlıdır ve herkes o düzene uyar” (Bryant 1953:154). Aynı durum sanayi öncesi toplumlar için de geçerlidir. A. Y. Gureviç’e göre feodal toplumda ahalinin çok küçük bir kesimi yani üst sınıf (aristokrasi) yazılı hukukunun parçası, geri kalan kesim ise oldukça katı ve kesin bir şekilde örfi hukuka tâbi idi (Gureviç 1981).

1. Olumlu Davranış Normları

İlk sosyal normların ortaya çıkış meselesi, sadece varsayıma dayalı bir özellik taşır. Biz burada sözde “ilkel” insanlar üzerinde

çok sayıda etnografik veri kullanarak, bu evreyi yeniden yapılandırmaya çalışacağız. İnsanın kökeni üzerine yazılan ilmi literatürde, insanların bilinçli faaliyetleri sonucu ilk sosyal kuralların ortaya çıktığı sık sık dile getirilir. Örneğin evrensel bir kültüre dönüşen ekzogaminin ortaya çıkışını, yani insanların biyolojik gerilemesine neden olan kan karışımından kaçınılmasından söz edilir. Gerçekten de bu tür yasaklar geleneksel toplumda sıkı bir şekilde uygulanır. B. Malinovsky'nin; genç bir adamın yasak olan bir partnerle nasıl cinsel ilişkiye girdiği ve yasak ilişkiyi kimsenin bilmemesine rağmen, intihar ettiğiyle ilgili örnek iyi bilinmektedir.

İlk normların ortaya çıkışıyla ilgili benzer bir örneği kabul edecek olursak, hukukun yapısındaki önceliğin rasyonel seçilmiş davranışa uyarak başarılı evrim geçiren insan türünün hukuk bilincine sahip olduğunu kabul etmek zorunda kalırız. Lâkin ilkel birey için bunu düşünen bir “filozof” olması mümkün değildi. Etnografik materyaller, sosyal davranış normlarının uygulanmasının bilinçsiz olarak gerçekleştiğini iddia eder. Araştırmacılar, bir bireyin neden bu şekilde davrandığını merak edip, bunu karşı tarafa sorduklarında; “bu atalarımız tarafından bize miras kaldı” veya “bu atalarımızın kanunudur” şeklinde cevap verirler. Örneğin İngiliz sosyo-kültürel antropoloji okulu klasiklerinden biri Afrikalılar için şöyle der: “Afrikalılar, sosyal davranışlarını belirleyen güçler hakkında kafa yormazlar. Kendilerini yöneten çıkarları, kolektif faaliyetlerini organize eden kurumları ve içinde bulundukları grupların yapısını düşünmezler. Onlar için sosyal sistem ve onu oluşturan figürler, eleştiri veya revizyona tâbi olmayan kutsal gerekliliklerdir” (Fortes, Evans - Pritchard 1940: 17).

Psikoloji ve psiko-dilbilim verileri, insanların davranış normlarını bireysel psikolojide “bilincin” en önemli ölçüsü olan iç konuşmanın olmaması sebebiyle, bilinçli bir şekilde reddettiğini göstermektedir (Luria 1963:105). Amerikan kültürel antro-

poloji klasiklerinden F. Boas da ilk davranış normlarının ortaya çıkışının bilinçsiz olarak gerçekleştiği fikrinin taraftarı olarak; “Çoğu gelenek herhangi bir bilinçli faaliyet olmadan ortaya çıktığını” belirtir (Boas 1926: 121).

Büyük ihtimalle kurallar erken toplumun hayatta kalma ölçüleri çerçevesinde rastgele seçilen davranışsal eylemlerle ortaya çıkmıştır. Tanınmış etnolog ve antropolog K. Lorenz’e göre, “kültürlerin sosyal normları ve gelenekleri muhtemelen genetik değil, sosyo-psikolojik temelde ve eski doğal seleksiyondan oluştuğu izlenimini vermektedir” (Lorenz, 1969: 48).

Rastgele ortaya çıkan davranış (eylem) yüksek ihtimalle taklit yoluyla sosyal kurala dönüşmüştür. Belli bir ihtiyacın karşılanmasına yol açan böyle bir eylem, kaçınılmaz olarak aktörler arasında birincil insan kolektifinin geri kalan üyelerine “sirayet eden” ve bu davranışı örnek almayı teşvik eden olumlu duygular uyandırmış olmalıdır (Anyuhin, 1949:80). Bir davranış biçiminin gerçekleştirilmesi ile ilgili olumlu duygu, gelecekte de aynı durumda bu davranışı sergilenmesini kesinleştirmiştir (Lorentz, 1969: 48).

Avustralya yerlileri ile ilgili ilk davranış normlarının kökeni hakkındaki bu hipotezi destekleyen ilginç bilgiler mevcuttur. Burada çevre köylerde seyahat eden insanlar, “dünyada” meydana gelen önemli olaylar karşısında yerlilerin, söz konusu olayın şerefine “dans geceleri” düzenlediklerinden bahsederler. Seyirciler, bu tür törenlerde özellikle “mizahi ya da lirik tarzda sunulan gündelik hayatın belli olaylarını yansıtan yeni şarkılar, danslar, yeni konulara dair dramatik eserleri” değerlendirmişlerdir. Bu “dans akşamlarında” tecrübelerini paylaştıkları diğer insanları başarıya götüren davranışları özümsemişlerdir. Bir sanatçı, diğeriyle birlikte coşkun bir nehri nasıl geçmeye çalıştığından bahsetmiştir: “Şarkı söylerken şarkıcı da vücut hareketleri ve jestlerle ona eşlik ediyordu ki, bunlar Howitt’e göre sözlerinden çok daha etkili idi. Akıntıya karşı kayığı nehre nasıl ittiklerini,

suyun kayığa nasıl dolduğunu, elleriyle suyu atmaya çalışıp kıyaya doğru yüzmeye çalıştıklarını anlatıyorlardı. Kabile üyeleri şarkı sözlerini anlamasalar da, bu şarkının başarısını engelle-miyordu” (Howitt, 1904; aktaran Artemova, 1987: 135-136). Böylelikle hayat tecrübesi (başarılı davranış) insanların aktör ile birebir temasıyla değil, yetenekli insanların başarılı davranışları dans ritmi ile aktarması ve etrafındakilere “bulaştırmasıyla” benimseniyordu.

Bu tür toplumlarda taklit, çocukların normları benimsediği, neredeyse her türlü sözlü talimatlara başvurmayan yaşlıların eylemlerini gözlemleyen ana “pedagogik” prensiptir (Rartrey 1933: 461).

Davranış normlarının bilinçsiz oluşumu ve benimsenmesi kendini kontrol etmenin psikolojik mekanizmaları aracılığıyla uygulama üzerinde kontrol sağlamaktadır. Bu öncelikle alışkanlığın psikofizyolojik mekanizmasına aittir. Fizyolog İ.P. Pavlov, bunların ihlal edilmesinin, alışılmış davranıştan uzaklaşmak demek olduğunu, bunun da insan vücudu için olumsuz sonuçlar doğuracağını aktarır (Pavlov 1951: 244). Bu şekilde ortaya çıkan sosyal normlar, birinci dereceden kolektifin psikolojinde yer edinir ve herhangi bir bireyin bu davranıştan sapması durumunda olumsuz bir tepkiye neden olur (Boas, 1926: 120). Örneğin Afrika toplumlarını inceleyen İngiliz antropolog M. Wilson; “suçlu bir davranışa” karşılık, erkeklerin koro halinde “vızıltı” sesi çıkarmalarını, normu ihlal eden korkutma gayesine dayandığından bahseder. Bu durum sadece sıradan kabile üyeleri arasında değil, geleneksel liderler arasında da yaygındır (Wilson 1971:85).

Vatandaşlarımız (Rusya), “toplumsal düşüncenin” sosyal kontrol alanındaki gücünü komünizm zamanında oldukça derinden hissetmişlerdi. Bu mekanizma, kuralları “ihlal eden kişinin” kolektif (piyoner; çocuk, komsomol; genç komünist parti örgütü) toplantıya çağırılma yöntemiyle, her sınıfın iktidarı için

geçerliydi. Bir bireyin hayatının ilk yıllarında (Ekim ihtilâlinden sonra), ritüel metinleri (yemin töreni v.s.) ve sembolik davranışlar (şeref madalyası verilmesi) gibi bireysel geleneklerde görünen kolektife entegre olma şeklini gözönüne aldığımızda, kolektifin insan psikolojisini üzerinde ne denli etkili olduğu anlaşılabilir. Örneğin, bizzat kendimin bir komsomol organizasyona alınmam konusunda oldukça endişelendiğimi ve aynı toplantıda arkadaşlarımın “kritik” konuşmalarını hatırlıyorum-ki, aslında bizler kendimizi bir şekilde kolektife karşı “okul holiganlarına” ait görüyorduk. Sözde bu karar bizi çok fazla etkilemiyordu. Bu arada aynı kolektif etkiye sadece ergenler değil, yetişkinler de maruz kalıyordu. Keza, Sovyet edebiyatından dışlanan pek çok ilim adamı, yazar ve devlet adamının aynı şekilde partinin verdiği karar sonucu kısmen yahut tamamen komünist partiden uzaklaştırıldıkları ağır psikolojik durumları görebiliriz.

Dolayısıyla kamuoyu, toplumsallığın ilk aşamalarında normlara uyulmasını sağlayan muazzam bir zorlayıcı yaptırım gücüne sahiptir. Bunun nedeni bireyin toplumla olan sıkı entegrasyonudur. Birey, bir bütün olarak toplumun potası içinde eriyordu. Aynı durum kolektif anlayışın egemen olduğu totaliter rejimlere sahip modern toplumlarla, teamül hukukunun sosyal hayatın düzenlenmesinde birinci dereceden rol alan Doğu’nun geleneksel toplumları için de geçerlidir.

2. Olumsuz Davranış Normları: Tabu

Sosyal hayat ve hukukun eşzamanlı olarak ortaya çıktığı fikri en açık şekilde tabuların ortaya çıkışında görülür. Tabu, olumsuz bir davranış normu olarak gerçekleştirilemeyen fiilleri içerir (Abramyan 1979). Bazıları “tabuları” hukukun tarihsel gelişiminde özel bir aşama olarak görme eğilimindedir (Semyonov 1997). Kuşkusuz, toplum kültüründe kurallar-yasakların ortaya çıkışı, genel olarak bilincin, aynı zamanda ortaya çıkan hukuk bilincinin de oluşumunda önemli bir dönüm noktası

teşkil eder. Görünen o ki, “düşüncenin doğuşu”, izin verilen (kanunî) ve yasak olan (kanun dışı) davranışlar arasındaki seçimle ilişkilidir. Tabu ise, arkaik bilinç ile kaynağı tanımlanmayan olumsuz yaptırımla (ceza) ilişkilendirilir. Bu konuda Freud şöyle der: “Mesele, ilkel halkların tâbi oldukları bir dizi kısıtlama ile ilgili olup, kimi zaman şunun, kimi zaman bunun yasaklanmasının sebebi belli olmadığı gibi, onların da bunun üzerine düşünmek akıllarına gelmemesidir. Onlar buna kayıtsız şartsız tâbi olarak, ihlâli halinde sert bir cezaya maruz kalacaklarını düşünürler” (Freud 1924: 7). Bu durum, tabunun insan bilinci olmadan ortaya çıktığını gösterir. Buradan hareketle ilim adamları tabunun ortaya çıkışını ilkel insanın rasyonel davranışına bağlarlar. Ana mesele, ilim adamları nezdinde yasak eylemin bir zamanlar var olduğu gerçeğinden yola çıkmalarıdır. İlim adamlarına göre insanlar evrimin bir döneminde bazı davranışların zararının farkına vararak, toplum yararı için onları yasaklamışlardır. Burada önemli olan ilim adamlarının yasak davranışların bir zaman var olduğunu düşünmeleridir. Örneğin cinsel yasakların nasıl ortaya çıktığına bakalım (ekzogami). Başlangıç noktası cinsel karışıklığın yâni sosyegenezin ilk zamanlarında cinsel ilişkilerin düzenlenmemiş olmasıydı. Bu bakış açısı özellikle L. Morgan ve onun ardından F. Engels tarafından desteklenmiştir. Onlara göre tek eşliliğe geçiş, erkeklerin ölümlerinden sonra mal varlığının biyolojik torunları tarafından miras alınmasını istemelerinden, yâni özel mülkiyetin gelişmesine dayanır. İ. Y. Semenov’da cinsel karışıklık kavramına bağlı kalarak, cinsel aktivitenin bir zamanlar kadınlar için erkekler arasında tartışmaya neden olan etkili çalışmaya engel olması sebebiyle rasyonel amaçlarla yasaklandığını ileri sürer (Semenov 1986: 75-82). S. Freud psikanalizde yakın akrabaya karşı bilinçsizce duyulan cinsel isteği (Odipus kompleksi) saptayarak bunu eskiden akrabalar arasında var olan ilişkinin delili varsayar. Ne var ki, çok sayıda modern etnografik kaynak ve etoloji bu hipotezi tekzip etmek-

tedir. Dolayısıyla, yasak bir fiilin bir zamanlar serbest olduğu gerçekçi değildir. Özellikle Freud'un laboratuvarında kaydettiği "ensest kompleksi", büyük ihtimâlle yasakla, telkin fenomeni olmalıdır. Buna biraz daha ayrıntılı olarak bakalım.

Cinsellik ve evlilikle ilgili yasakların, pozitif normların görül-meyen yüzü olarak ortaya çıktığı düşünülmektedir. Levy-Strauss'a göre, ekzogami (cinsel yasakların evlilik normu), farklı ilkel (komşu) insan kolektifine ait çiftler arasındaki ilişki esnasında ortaya çıkmış, bu da hayatta kalmalarını sağlamıştır. Bu pozitif normun muhtemelen psikolojik bir altyapısı da olmalıdır. Ben burada Westermarck'ın yakın temasta olan farklı heteroseksüel bireylerin cinsel isteklerinin azaldığına ilişkin ünlü tezinin buna en iyi örnek olduğu kanaatindeyim. Bu yüzden erkekler kendilerine "çevreden" partner seçmişlerdir (Klein 1999).

Ancak, toplumda belli bir istikrar sağlamayı hedefleyen evlilik işlevi önemini yitirmemiştir. Hâтта, özellikle iktidardaki hanedanlıklar arasında yapılan evliliklerin ittifak olarak görüldüğü feodal döneme ait sınıflı toplumlardaki evlilikler, toplumsal yapının istikrarını desteklemiştir. Genel olarak evlilikler ilk başlarda insanlık tarihinin doğuşunda sadece "çıkar için" yapılyordu ki, bu "çıkar" rasyonel kategoride yer almayabilirdi. Hayat faaliyetlerinde ortaya çıkan pozitif normlar, yasaklarla beraber, onun ihlâlini de beraberinde getirmiştir. Bu yasaklar daha sonra bağımsız statü kazanacaktır. F. Boas'a göre yasağın ayrı bir kültürel norm (tabu) olarak bilinmesi, genç nesillerin sosyalleşme evresinde ortaya çıkan, bu da büyüklerin gereken davranış olarak gençlere dayatmaya başladıkları zamandır. "İlkel toplumların geleneğe olan bağlılığın ihlâlinin çok fazla olmayacağı düşündürmekle birlikte, toplumsal hayatta bu bağlılığın gençliğin eğitim ve terbiyesinde sürdürme eğilimi vardır. Çevrede yaygın olan bu davranışlardan habersiz olan bir çocuk, bunu bilinçsiz şekilde taklit yoluyla öğrenir. Ayrıca, gelenek ne kadar duygusal olursa, gençliğe bunları öğrenme arzusu o kadar güçlü olacaktır" (Boas 1926: 123).

Belirli davranış biçimlerinin uygulanmasına ilişkin yasaklar, bu davranışların bir zamanlar uygulandığı anlamına gelmemekle birlikte, yasak bağımsız bir norm olarak algılanmaya başladığında, ihlâl etmek için bir istek ortaya çıkar (yasak meyve her zaman tatlıdır!). Psikolojide bu tür davranış yasakla telkin; “yani davranışı sergilemek için teşviktir” (Kulikov 1978; 34). Freud’un sürekli olarak vurguladığı akrabaya karşı duyulan cinsel istek (oğulun anneye, kızın babaya) veya ensest kompleksi böyle açıklanabilir. Ancak, bu tür davranışlar hiç var olmamış da olabilir. Bu “kompleks”, insan psikolojisinin bilinç dışı katmanlarında yasağın kendisinin teşvik edici etkisidir, daha önceden var olan bir davranışla ilişkili değildir.

Öyle ya da böyle insan kültürünün dokusuna giren ilk hukuk normu olan tabu, hukuk bilinci olgusunun gelişiminde en önemli evreyi oluşturur. Bunun duygusal baskı veya korku hissi ile desteklenmesi önemlidir. Dahası, bu korku bilinçaltında yatmakta olup, rasyonel olarak tanımlanmamıştır. İnsan psikolojisinde yasak, psiko-fizyolojik mekanizmanın (tabu) etkisiyle oluşur. Saha araştırmaları esnasında kişilerin bilinçli veya bilinçsiz olarak herhangi bir tabuyu ihlâl etmelerini gözlemleyen antropologlar, bunu sadece bir dehşet olarak değil, “kutsal dehşet” veya “kutsal korku” olarak tespit etmişlerdir. Yerliler, tehlikenin nereden geldiğini bilmemelerine rağmen, tabuyu ihlâl etmeleri halinde acımasız bir şekilde cezalandırılacaklarından emindirler (Freud 1924: 32; Bryant 1953: 145).

Belirtmek gerekir ki, bu karışık duygular içinde “kutsal” gibi pozitif şeyler barındırır. Freud bu konuda; “Tabunun iki zıt anlamı vardır: biri kutsal, kutsanmış, diğeri korkunç, tehlikeli, yasak” olduğunu belirtir (Freud 1924:36). Kısacası tabu ile ilgili duygusal endişe; korku ile ifade edilen negatif (olumsuz) ve sevgi, saygı ile ifade edilen pozitif (olumlu) iki esas histen ibarettir. İ. Pavlov’da da bu fizyolojik anlatımı görmektedir (Pavlov 1951:198). Dolayısıyla psiko-fizyolojide hukuk bilinci olgusunun

ortaya çıkışında önemli rol oynayan cezaî müeyyideler sadece negatif değil, aynı zamanda pozitif duygular da barındırır.

3. İlk İdeolojilerin Kaynağı Olarak Korku

Tabu, çoğunlukla, “ilkel” insan hayatının bütün yönlerini bir Afrika kabilesinde yaşayan misyonerin “Yasak!” kelimesiyle yönetildiği gibi yönetiyordu (Briant 1953:351). Genel olarak, birinci dereceden normların etkili bir şekilde gözlenmesi, büyük ölçüde içsel (bireysel) psiko-regülasyon ile gerçekleşmekte ve korku hissi önceliklidir. Bununla ilgili olarak “birçok hukukçu bu duyguya ciddi bir hukukî anlam yüklerler... Hukukî hayatın içinde hukuk kavramının unsurlarını barındıran zorunlu yönü, korku durumu veya hissine dayanan psikolojik sebebe dayanmasa anlamını yitirirdi” (Maltsev 2006: 172).

Sosyal kontrolün önemli bir amili olan kamuoyunun gücü de korkuya dayanır. Araştırmacılar, “yerlilerin” çevredeki normları ihlâl ettikleri takdirde sürekli tepki verdiklerini, özellikle Avrupalıların yerli kültürde tabu olan nesnelere dokunduklarında yaşadıkları “dehşet” anlatırlar (Culwick 1935:110). Arkaik anlayışa göre tabuyu ihlâl eden kişi, bütün toplumu tehlikeye attığından, kişi suçlu olması hasebiyle etkisiz hale getirilmelidir.

Nitekim devrim öncesi Rusyasında köylüler, herkesin tabuya uyup uymadığını kontrol ederler, ihlâl edenleri ise ağır bir yargı beklerdi: “Toplum, geleneklere uyulmasını kontrol ediyordu, örneğin bayramlarda çalışma yasağı, kadınların erkek tarlaya gitmeden önce dokumaya başlamaları, sürü için yer yapılırken, yemek yeme yasağı (çünkü bir ayı sürüyü kırıp geçirebilir) vd.” (Chalidze 1990: 43). İlk sosyal normların oluşumuna eşlik eden benzer psiko-duygusal arkaplan, bazı ideolojik fikirlerin fantastik görüntüler şeklinde ortaya çıkmasına kaynak teşkil eder. Modern psikologların belirttikleri gibi, süper güçlerle (süper kişilikler) donatılmış bir imaj yaratmaya yönelik düşüncenin yaratıcılığını belirleyen duygu budur (Şirozia 973: 494). Benzer

bir duygusal düşünce durumu, “bilinçaltının tezahür biçimi olarak insan bilincine yansıyan gerçeklik unsurlarının olağanüstü bir kombinasyonu olan fantezi imgelerine yönelen “süper bilinç” olarak da karakterize edilebilir (Maltsev 2006: 142). L. S. Vygotsky fanteziyi “duygunun ikinci ifade şekli” olarak kabûl eder (Vygotsky 1968: 264). Nitekim, hukuk alanında sık sık başvurulan fanteziler hakkında çalışan Petrazhitsky; gerçekten de etnografik materyallerden, fantezilerin davranış normlarını ihlâl ettiği için cezalandırılan ruhlar, tanrılar, doğal unsurlar, hayvanlar vs. gibi çeşitli “süper güçlere sahip varlıklar” doğurduğunu belirtir (Petrazhitsky 1907: 141).

Teamül Hukuk Bilinci

1. Ata Kültü - İlk Hukukî İdeoloji

İlk sosyal normların bilinçsiz olarak ortaya çıkışından söz edildiğinde, konunun evrimsel yönünü kastediyoruz. Düşünen bir varlık olarak insanın, işlevsel boyutta bu normların bilinci etkilememesi mümkün değildir. Birincil kolektifte düzen (davranış normları) oluşumuna eşlik eden psiko-duygusal arkaplân, onu etkileme yeteneğine sahip olan canlıların fantastik görüntülerini oluşturur. Görüntülerin yaratıldığı malzemeler şüphesiz gerçek hayattan alınmıştır. Süper güçlere; doğa unsurları, hayvanlar ve farklı nesneler atfedilir. Çeşitli halklara ait toplanan etnografik malzemeler, hukukî normların ihlâlinin yaptırım kaynağının atalar kültü olduğunu varsaymaktadır.

Atalar kültü her yerde, her şekilde ortaya çıkar. Anlamı, toplum içinde ölen yaşlıların kutsallaştırılarak, onlara yüksek sosyal bir statü atfedilmesidir. Bu şekilde yaşayan neslin kaderini etkilemek için sınırsız imkân elde ederler. Genç nesil sadece atalarının davranış normlarına kutsanmışçasına uydukları takdirde kendilerini güvende hissedebilirler. Onların kurduğu düzenden sapma, tabii olarak cezaî yaptırımı gerektirir. Böylelikle atalar kültü ideolojisi toplumun kendini üretimine, yani hayatta kalmasına

odaklanır. İdeolojik bir kavram olarak atalar kültü ana hatlarıyla bu olmakla birlikte, bu daha ziyade antropologların kurgusuna dayandığını da belirtmek gerekir. Ancak geleneksel kültür taşıyıcılarının bilincinde bu kavram sadece davranış modeline uyulması gereken bulanık bir fikir olarak yansımaktadır. Bazen aynı yerde saha araştırması yapan ilim adamları, kimin ata sayılması gerektiği konusunda farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Örneğin, bazıları “yerlilerin” sadece ölüleri ata olarak gördüklerini söylerken, bazıları da yaşlı insanların ata olduklarını ifade etmişlerdir (Boçarov 1992: 80-83). Lâkin, bu durumda ölümlerle hayat arasında kesin bir sınır çizmeyen arkaik düşünce için burada hiçbir tezat söz konusu değildir. Zira, gerek Avrupalılar, gerekse geleneksel kültür temsilcileri olan modern akademisyenler, sadece ölüleri ata olarak görme eğilimindedirler (muhtemelen Avrupalı düşünce paradigmasının etkisiyle). Araştırmacıların erken dönem ideolojik düşünce (dinler) olarak belirttikleri totemizm veya animizm gibi “kadim inançların” kökenlerinin de atalar kültüne dayandığını düşündüren sebepler vardır. Bryant, Kuzey Amerika yerlilerinin totemizminin atalar kültüyle olan ilişkisinden söz eder (Bryant 1953: 275). Diğer bir araştırmacı V. R. Arsenyev, Afrika’da “Bambara kabilesinin timsahları ataları sayıp, onlarla olan duygusal ilişkilerinden” bahseder. Bütün bunlar, hayvan ve insan âlemi arasında aşılmaz bir sınır olmayan, arkaik düşünce paradigmasına uymaktadır: “Primitif olan için, istisnai üçüncü bir kuralı geçersizdir. Yâni onun için “insan” bileşimine dahil olmadığı için, bir insan papağan da olmaz; ama, o aynı zamanda hem insan, hem de papağan, yani her iki “bileşen” olabilir... Bu tür düşünce şekli ve mantığı belirli ilişkilere dayanmakla, bu ilişkilerden bir nesneden birkaç tane olabilir (Vygotsky, Luria 1930: 99). Gerçekten de herhangi bir halkın folklorunda, bir kişi kolayca bir hayvana veya bitkiye dönüşür veya bunun tersi de olabilir. Burada masaldaki tabuyu ihlâl edip, “suyu içerek” sonucunda keçiyi, daha sonra insana dönüşen İvanuşka’yı ha-

tırlayalım. Dahası modern insanda, insan ve hayvanın düşüncesi arasında çizilen sınır, o kadar aşılmaz değildir. Zira, insan sevdiği hayvana (kediye veya köpeği) insan adı vererek, “oğlum” veya “kızım” diye hitap ettiği, onu böylelikle akrabalık ilişkisine dahil ettiği hemen herkesçe bilinen şeylerdendir. Kuzey halkları arasında yaygın olan animizm, atalar kültürünün özelliklerine de sahiptir. Burada “ruhlar”, “yaşlı erkekler ve yaşlı kadınlar” olarak adlandırılır (Zemplepolzovaniye... 1997:91).

Böylece atalar kültürü çerçevesinde ölen akrabalar, genç neslin kaderini etkilemek için doğa üstü güçlere sahip olurlar. Genç nesiller, atalarından miras kalan hayat biçimini sürdürdükleri takdirde, atalar hayatlarını kolaylaştıracak, tersi olduğunda ise onları cezalandıracaktır.

Fantastik görüntülerde anlaşılması gereken asıl şey, gerçek sosyal ilişkilerde, büyüklerin egemen olduğu yaş prensibidir. Büyükler, yasağın (tabu) yarattığı yaptırımların kaynağıdır. Gerçekten de reşit olmayanların davranışları (yeme, cinsellik, mekânsal davranışlar, vb.) yaşlılar nezdinde tabulaştırılmıştır. Liderlere (yaşlılara) verilen ayrıcalıkların, diğerlerinin yapması yasaklanmıştır. Yani büyükler, bir nevi tabu olarak kabûl edilir, bu da korku ve saygı gibi belirli duyguları ortaya çıkarır (Boçarov 2006: 172-224). Sonuç olarak, pratik bilgi ve hayat tecrübesiyle ilgili doğal öncelikler, arkaik düşünce tarafından özel bir (doğaüstü) güç olarak görülür. Hayat ve ölüm arasında belirli bir çizginin olmaması, yaşayanlarla ölenler arasında ölen büyüklere, yani atalara özel güçler atfedilir (Boçarov 1992: 83-86). Yaşla birlikte insanın doğaüstü (büyülü) yeteneklerinin de arttığına inanılır. Ölüm, sosyal-yaş hiyerarşisinde daha ileri bir inkişaf olarak görülerek, bireylerin (ataların) gücünü arttırdığı düşünülür; atalar takipçilerine nasıl yaşamaları gerektiğini “dikte etmeye” devam ederler. Atalar iradesini sosyal-akraba topluluğunda en yaşlı olan kişi veya ataların otoritesine dayanarak topluma hükmeden liderler dile getirirler. Ataların gazabına uğramamak

ve onlarla iyi ilişki içinde olmak gerektiğinde, yine toplumsal önderler tarafından yönetilen birtakım ritüeller mezarlıklarda ifa edilir. Bu türden en yaygın ritüeller, ataların “beslenmesine” (genellikle kurban şeklinde) yönelik anma törenleridir. Bu kültürel öğeleri günümüzde ölenin mezarına yiyecek ve içecek getiren akrabaların davranışlarında açıkça görebiliriz. Elbette bu törenler ataların öteki dünyada rahat yaşayabilmeleri için yapılır. Bu tür törenlerde Osetyalılar, “Bu yiyecek ve içecekler, siz cennete varana kadar tükenmesin” dileğinde bulunurlar. Ataların aç kaldığını söylemek hakaret kabûl edilir. Mezar, ölümden sonraki yıl boyunca yiyecek ve içeceklerle ikmal edilir. Bu tür ritüellere bakıldığında, ölümler ve yaşayanlar arasında kesin bir sınırın olmadığını anlamak zor değildir. Örneğin Osetyalılar cenazeyi defnedip, eve geldiklerinde hemen yemek verilmesi, kendileri yemek yerken atalarını doyurduklarını düşünmeleriyle ilgili bir inançtır. Keza, dul kalan bir kadının saçlarını kesip, ölenin tabutuna koyması da eskiden kocası öldürülen eşleri sembolize eder (Kovalevsky 1886a: 81-86). Günümüzde pek çok görgü tanığından öğrendiğimize göre, BDT (Rusya) içinde Asya ve Kafkas halklarının, ölen kişinin öbür dünyada rahat yaşaması için mezarlarına çeşitli nesneler koyduklarını biliyoruz (televizyonlar, buzdolapları, vs.).

Geleneksel toplumun hukuk bilinci atalar kültü ile iç içedir. Kafkasya halklarında bu durum ocakla birleşmiştir. Bugün “ocağın her zaman tütsün” dilekleri, kutlamaların olmazsa olmazıdır. Osetyalılar, yemin ederken yemeğin piştiği ocağın zincirine dokunmak zorunda olmaları, ataların yalan söyleyeni cezalandırılacağı inancıyla ilgilidir. Yine takipten kaçan bir suçlunun, bulunduğu evin ocağının zincirini boğazına dolamaması, onun güvende sayılması anlamına gelir. Zira, böylelikle bulunduğu evin atalarının koruması altında olduğuna inanılır (Kovalevsky 1886’a:79). Atalar, önemli bir hukuki delil sayılacak her türlü yemine şahit olarak çağırılırlar. Örneğin mağdur olan biri, suçlu

kişiye (şüpheli) yaklaşıp, ona mağdurun seçtiği belirli bir merhumun adını söyleyerek elini uzattığında, şüpheli kişinin de “sana merhumun hakikat elini uzatıyorum” diyerek elini uzatması gerekir (Kovalevsky 188ba: 89). Eğer suçlu (şüpheli) bunu yaparsa, gerçekten de suçsuz, aksi takdirde suçlu sayılarak, adı geçen ölen kişi onu cezalandıracak demektir.

Atalarının mezarları da kutsallar içinde yer alır. Şüphesiz bu, modern insanın teamül hukuku bilincinde görülen mekân aidiyeti ve kavrayışıyla ilişkilidir. Bizler bunu bir etnosun veya devletin belirli bölgede eskiden orada atalarının yaşadığı iddiası üzerinde hak iddialarında sık sık rastlarız. Dahası, böyle bir hak iddiasına ilişkin geleneksel argümanlar ileri sürülür: “Atalarımız burada yatıyor” veya “burası atalarımızın kutsal toprakları” gibi. Bunun için bilimsel, örneğin arkeolojik araştırmalara da başvurulur.

Abhazy’da 1980’de yapılan arkeolojik bir kazı esnasında Abhaz yetkililer, Gürcü yönetiminden şikayetçi olmuşlardı. İddialara göre Gürcü yönetimi, Abhazları beşeri bilimlere özellikle de tarih fakültelerine alınmalarını engelliyorlar, bu sebeple Abhazlar eğitimlerini Rus üniversitelerinde almak zorunda kalıyorlardı. Abhaz aydınları, Gürcü yönetiminin bu davranışını yapılacak arkeolojik araştırmalarda Abhazların bölgede Gürcülerden daha önce yaşamış olmalarına dair kalıntıların bulunacağı endişesiyle açıklıyorlardı. Abhazlara göre bu durum, onların bölgedeki hakimiyetlerini meşrulaştırma anlamı taşıyordu. İlginçtir ki, SSCB dağıldıktan sonra, Abhazlar arasında Gürcistan’a karşı “ulusal bağımsızlık” mücadelesinin başında beşeri bilimlere mensup ilim adamları geçmiştir.

Bu nedenle geçmişte fatihler, fethettikleri halkları, atalarının korumasından mahrum bırakmak için onların mezarlarını yerle bir etmeleri, yenilen tarafın direnişten vazgeçmesine dolayısıyla, mağlupların artık kendilerini savunmasız hissetmeleri anlamına geliyordu (Dmitriyev 2001:178-190). Afrika’daki Av-

rupalı sömürgeciler bu tür eylemlere başvurarak, işgal ettikleri bölgelerdeki liderlerin mezarlarını, “yerlilerin” mücadele şevkini kırmak için tahrip etmişlerdi. Aksi takdirde Afrikalılar, anma törenlerinde atalarından güç alarak, karşı koymaya devam edeceklerdi. Yerliler, kısıtlı silahlara sahip olmalarına rağmen atalarından aldıkları güçle, yenilmezliklerinden emin olarak cesurca savaşa giriyorlardı. Bu nedenle sömürgeciler, bir müddet sonra sömürgeye karşı direnişin lider kahramanların cenazelerinin anavatan topraklarında gömülmesini yasaklayacaklardı. Hatta varsa kalıntıları çıkarılarak, başka şehirlere taşınacaktı. Ancak, ulusal kurtuluş mücadelesi sırasında atalarının desteğine ihtiyaç duyan Afrikalılar, ortaya çıkan siyâsî partiler vasıtasıyla kalıntıların tekrar doğduğu topraklara getirilmesini talep edeceklerdir (Boçarov 1992: 156,198,252-253).

Stalin yıllarında bazı halkların tehcirle vatanlarından sürgün edilmeleri de aynı sebebe dayanır. Kafkas kökenli halkların liderleri, bölgedeki etnik grupların ideolojik fikirlerine herkes aşındı. Burada atalar kültü açık bir şekilde görünmekteydi. Bilindiği gibi atalar, torunlarına geleneklerine sıkı sıkıya bağlı oldukları sürece “yardım” edebilirlerdi. Stalin yönetimi için “ataların” kutsal mezarlıklardan çıkarılıp, atılması, onları yönetilebilecekleri anlamına geliyordu. Bu durumda onlar, yeni şartlarda atalarının korumasından mahrum olmakla Sovyet yönetimine karşı gelemeyeceklerdi.

Mülkiyet hakkı da, atalar kültü ile yakından ilgilidir. Bugün elimizde olan verilere göre SSCB’nin Kafkasya cumhuriyetlerindeki bölgelerde mülkiyet hakkı Stalin’in ölümünden hemen sonra 1950’li yıllarının ortalarında tekrar canlanmıştı. A. B. Krılov, Abhazy’da saha araştırması yaptığı 90’lı yılların sonlarında bir muhabirin söylediklerini şöyle aktarır: “Represyaya maruz kalan kişilerin çocukları kolhoz işletmesi olan ortak toprakları hiçbir şey ödmeden hemen geri aldılar”. Bu yüzden toprak sorunları hâlâ canlılığını korumaktadır, çünkü “köylüler atalarının

topraklarını bilmekteler ve sorunları kendileri çözmektedirler”. Köylülere bunu sorduğunuzda; varislerin kendi topraklarını geri alma hakları olduğunu belirtmişlerdir. Abhazy’da yedi kutsal türbeden birinin Dydrypsh dağında bulunan din adamı Zaur Çiçba şöyle demiştir: “Prenslük topraklarını devrimden sonra kolhoz aldı, ama Dydrypsh gerçekte kimin hakkı olduğunu biliyor. Eğer Açıba toprağını geri isterse, orada yaşayan insanlar o toprağı sahibinden ya satın almak ya da geri vermek zorundadır” (Kırlov 2000:66,71).

Birçok Doğu ülkesinde bu türden özel mülkiyet hakkı vardır. Ataların gömüldüğü toprakların satışı kutsal olana hakaret sayılır. Bu toprakların satılması hakkında Rusya Federasyonu’nun mevzuatına belli bir kanunun dahil edilmesi, sert siyasi tepkilere neden olmuştu. O dönem Rusya siyâsî tartışmalarına bakıldığında, muhaliflerin aynı kültürel tarihi arşive dayanarak toprağın satılmasını “vatanın satılması” ile eşanlamli gördüklerini ortaya koymuşlardır (Boçarov, Ryabikin, 2005: 149-170).

Liderlerin, atalarının mezarlarında kendi güçlerini meşrulaştırmak için ritüeller gerçekleştirmeleri de atalar kültü ile iktidar ve miras hakkıyla ilişkilidir. Hükümdarlar, kutsal soyun temsilcileri olarak “atalarının iktidarını devralıyorlardı”. Ortaçağ tarihi iktidarını meşrulaştırmak için kutsal atalara olan bağıını göstermek zorunda olan, pek çok sahte gaspçıların örnekle riyle doludur. Tek kelimeyle, torunlarda tecessüm eden kesintisiz bir hayat zinciri fikri, önce konumun, sonra mülkiyetin miras ilkesine dayanır. Varis, atayla ilişkili, hayatta olmalarını sağlayan, yaşça en büyük ve ataya yaşı en yakın olandır. Bu fikirler Avrupailar tarafından, sömürgelerde hukuk metinlerine dahil edilmiştir. Örneğın Hinduların miras sorununu çözmeye çalışan sömürge hakimleri, “ölen kimsenin varisinden aldığı kurbanların kesin miktarını ölçüyorlardı” (Maime1884:42).

Eski Yunanlılar arasında da miras meseleleri ata kültüyle yakından ilgilidir. Eski Roma’da atalar, ortak tanrılardan üstündü.

Ataları anmak, gereken geleneklerin yapılması varislerin birinci görevidir. Kadim kanunnamelerde atalara kurban bağışlamanın kuralları detaylarıyla yazılmıştır. Hindular cenaze törenleri için büyük harcamalar yapmakta, bu masraflardan kaçınmak, ölen kimsenin sağlıklı olanlara çeşitli hastalıklar ve acılar göndererek intikam alacağı ve öfkesini üzerine çekme anlamına gelmekteydi. Bazen bu gelenekler ailenin batmasına yol açtığı da olurdu (Maine 1884: 42-46). Bir Çinli, “babası ve dedesinin öbür dünyadaki hayatının iyi olması için devlet memurluğu sınavında birinci olmaya çalışırdı” (Kovalevsky 1886:47). Bu nedenle erkek çocuğun doğması ve aileye mutluluk getirmesi, atalar kültürünün erkek kültüne dayanması ve erkek çocuğun babaya “öbür dünyada” huzur sağlamasıyla ilgilidir: mezarında ritüelleri gerçekleştirecek biri vardır.

Atalar kültürü günümüzde en başta Doğu dünyası başta olmak üzere, geniş nüfus kitlelerinin hem sosyo-ekonomik yapıda hem de psikolojide gelenek unsurlarını koruyan hukuk bilincini belirlemektedir. Bu fikirler özellikle Afrika kıtasındaki modern politikacılar tarafından kullanılmaktadır. Örneğin Zimbabve’de 1980’li yıllarda yapılan cumhurbaşkanlığı seçimlerinde köylülerle konuşan R. G. Mugabe şunları söylüyordu: “Muzorev bir zamanlar pek çok uçak göndermesine rağmen, bu çocuklar (partizanlar. V.B.) hayatta kalabildiler. Onların atalarının ruhları var olmadığını söylemeye kim cüret edebilir ki? Bu ülke atalara ait... Muzorev’den rüşvet alıp oy verirsiniz, atalarınız sizden intikam alacaktır!” (Boçarov 1992: 253).

Bugün herhangi bir politik kültürü şu veya bu şekilde belirleyen tarihin kutsallaştırılması, tam olarak ata kültürüne dayanır. Bu nedenle siyâsî rejimlerin değişmesiyle hikayelerin nasıl önemli ölçüde değiştiğine şahit oluruz. Bu aynı zamanda, önceki hükümetin otoritesini simgeleyen “kutsal mezarlar” yok edildiğinde ve yeni iktidarı kutsaması için “hak etmeyenlerin” törenle onların yerine gömüldüğünde karşımıza çıkmaktadır. Bu, devrimin

siyasi kültürün ayrılmaz bir parçası olduğu ülkelerde özellikle çok belirgindir. Her iktidar değişikliği eski atalarla “hesaplaşmaya” girer; şehirlerin ve sokakların yeniden adlandırılması, “eski” anıtların yıkılması ve yenilerinin yapılması vs. Bu durum sadece Rusya’da değil, birçok Doğu memleketinde “öngörülemez geçmiş” olan ülkeler için geçerlidir (Boçarov 2006a: 225-238).

Buryat Şamanlar Derneği üyesi N. S. Urbanasva’nın “Buryat ulusal fikri”ni Orta Asya geleneğine dayanarak savunması buna çarpıcı bir örnek teşkil eder. Buryat millî kimliği yazara göre onlara zarar veren Rus kültürüne karşı olumsuz bir tutum üzerine kurulduğundan, siyâsî durum çok kolay göze çarpmaktadır. İddia edildiği gibi Buryatları doğaya geri döndüren ilk kişi Cengiz Han’dır. Aslında bu kavramın politik anlamı oldukça açıktır: kendi ulusal kimliğine geri dönüş ya da yeni bir “ulusal fikrin” oluşması Ruslardan ayrılmakla mümkündür. Buryatlar bunun için tarihi verileri yorumlamadaki “belirsizlikleri” oldukça rasyonel bir şekilde açıklamaktadırlar: “Her yeniden yapılanma (tarihin. V. B.) hayat hakkına sahiptir, çünkü anlamı modern insanın, özellikle yazarın kendisinin, kendisini büyük zaman ve evrensel değerler ölçeğinde tanımlamasına yardımcı olmaktadır, sadece boşlukları (tarih yazımı) doldurmak değildir” (Straganov 1997). Bu nedenle BDT ülkelerinde bugün “Rusya karşıtı Sovyet tarihi” yazılmakta, bu da Rusya Federasyonu liderliğini “Sahte Tarihe Karşı Mücadele” üzerine yeni bir birim kurulmasına yol açmıştır (Kararname, 2009). Gerçi bugün, sosyo-ekonomik alandaki radikal dönüşümlerin siyâsî seçkinler tarafından tamamen farklı bir hayat tarzını “destekledikleri” ve “büyük atalar”ı göz ardı etmeden gerçekleştirdiklerine dair örnekler vardır. Bu durum öncelikle Çin için geçerlidir. Burada, bildiğimiz gibi sosyo-ekonomik yönün (sosyalizmden kapitalizme geçiş) köklü değişimine rağmen ne Mao kültü, ne de onun “ölümsüz” fikirleri ortadan kaldırılmıştır. Kuşkusuz bu, bütün nesillerin devletin mevcut büyüklüğüne ait olduklarını hissettik-

leri Çin toplumunun konsolidasyonunu sağlamaktadır. Genel olarak insanlık tarihinin başlangıcında ortaya çıkan atalar kültü, toplumun muhkem hâle gelmesinde önemli bir unsur olan ve olmaya devam eden “evrensel bir değerdir”. Özellikle dağılma dönemine giren devletlerin siyâsî kültürlerinde “kadim atalara” olan ilgi tesadüfî değildir. Bu, Rus devlet tarihinde açık bir şekilde görülür. Nitekim, Ekim ihtilâlinden sonra Rus “tarih iptal eden” Bolşevikler, nihayetinde “dünya proletaryasının liderini” tanımlayarak, kendi “ata kültürünü” yaratmışlar, bu yoldan olmak üzere yerleşik sosyal yapı, “ölümsüz Lenin’in öğretileriyle” aydınlatılmış, Lenin’in cesedinin mumyalanarak korunma şekli, sadece bedenini değil, aynı zamanda “yenilmezlik” fikirlerinin de yok olmayacağını göstermekteydi.

Kökeni “büyük ata”ya dayanan devletin daha sonraki bütün yöneticileri, iktidarlarını meşrulaştıran manevî halefleri olmuştur: Stalin zamanında, Lenin ve Stalin (iki liderin teorisi olarak adlandırılan) arasındaki gerçek ilişkinin tarihi gözden geçirildiğinde, “bütün halkların lideri” Lenin’in ruhunu miras alan mütefiki Stalin olduğu görülecektir. Bu o yılların iyi bilinen “Lenin, bugün Stalin’dir” formülünde tezahür etmiştir. Daha sonra iktidara gelen kişiler, bir öncekinin otoritesini yıkıp, mutlak bir Lenin’e dönüşerek, her biri “büyük Lenin’in sadık halefleri” olacaktır. Liderin mezarı, komünist törenlerin yapıldığı Kızıl Meydan tören yerinin merkezi olarak kalarak, ata (Lenin) ile olan ilişkilerin sembolü haline getirilmiştir.

Üst seviye yöneticilerin şifahi davranışları da bu ilişkiyi canlı tutmaya dikkat yöneliktir. Örneğin, SBKP toplantılarında sadece iktidardaki kişi Lenin’in sözlerinden örnekler verirken, diğerleri sadece genel sekretere atıfta bulunmakla yetinmek zorundaydılar. Sözün gelişi L. Brejnev’de bu ilişki, parti kimliklerinin yenilenmesi esnasında sembolik bir şekilde Genel Sekreter (Brejnev) 2 numaralı üyelik kartını alırken, 1 numarayı Lenin’e bırakmıştı. Ancak, atalara “geri dönüş” Sovyet sistemi için kritik

bir dönem olan Büyük Vatanseverlik Savaşı (2. Dünya savaşı) sırasında gerçekleşir. Daha önce “yasadışı ilân edilen” eski atalar-krallar ve komutanlara itibarları iade edilir. “Korkunç İvan, I. Petro, Alexander Nevsky”nin filmlerinin beyaz perdede görünmesiyle, devrim öncesi dönem adeta yeniden canlanır.

Asıl kutsal atanın devrilişine son “demokratik devrim” (Sovyetlerin yıkılışı) sırasında şahit oluruz. Tarihin bir başka revizyonu devrim öncesi atalar panteonunun canlanmasına yol açtığında, Sovyet devriminin idam ettiği son Çar’ın (2. Aleksandr) kalıntıları ritüellere uygun olarak yeniden defnedildi. Ortodoks Kilisesi, söz konusu kalıntıların gerçekliği hakkında şüphe taşımalarına ve bir rahibin törende bulunmamasına rağmen, Rusya devlet başkanının Çar’ın defin töreninde mezar başında olması dikkat çekiciydi. Mevcut siyâsî iktidarın meşruluğu için geçmişe ihtiyaç duyma, bir defa daha törenin anlamını doğrulamış oluyordu. Nitekim, bir yandan monarşi tarafından devrim öncesinin politik semboller geri getirilirken, bir yandan da atalar kültüne göre varislerin varlığını etkileyen eski kutsal defin ritüelleri de devam ediyordu. İlginçtir ki, liberal hareketin liderlerinden B. Nemtsov da aynı bağlamda yaptığı konuşmada, Lenin Akademisi D. S. Likhachev’e atıfta bulunarak; Lenin’in cesedi gömülene kadar, Rusya vatandaşlarını hiçbir iyi şeyin beklemeyeceğini belirtmiş olmasıydı (Boçarov 2006a: 225-238). Kutsal atalar”ın değişmesi, bir defa daha Rus toplumunda parçalanmaya yol açtı. Bu parçalanma her şeyden önce kuşaklararası ilişkilere yansımış, yaşlılar yine 1917’den sonra olduğu gibi “tarihin dışında” kalmışlardı. Hâтта, bundan mütevellit 1990’larda “yaşlılara” mahsus “Emekliler Partisi” adıyla siyâsî bir parti bile ortaya çıkmıştı (Boçarov 2006: 360-376).

2. Büyülü İdeoloji

Toplumsal evrimin ilk aşamalarında insanların hukuk bilincini büyük ölçüde psikolojiden ayrılmayan büyülü ideolojik fi-

kirler belirlemiş olmalıydı. L. S. Vygotsky'nin belirttiği gibi bu tür fikirler “kompleks” düşünce ile ortaya çıkıyordu. İdeoloji, “kompleks” görünen dünyayı algılamaya bağlıdır. Ego, bireyin herhangi bir durumda kaydettiği nesnelerin ortak özelliklere sahip olması, neden sonuç ilişkisi içinde olması anlamına geliyordu. Benzer bir dünya algısı bir Rus atasözünde; “Elma, dbine düşer” şeklinde ifade edilir. Bu atasözü bir kimsenin; akraba, arkadaş ve yaşadığı yerle ilgili kullanılmakta, bir “kompleks” oluşturmakta ve hepsi bu düşünce ile özdeş özelliklere sahip olur. Örneğin, bir insan ve kıyafeti de bir “komplekstir”. İnsanın kıyafetine bakarak bir fikir oluşması ve insanı değiştirmek için onun kıyafetini değiştirmenin veya tam tersi fikirle ilgili eminlik buradan gelmektedir. Geleneksel toplumlarla ilgili etnografik malzemelerde, kişiye karşı olan tavrın bu şekilde belirlendiğine dair bol miktarda örneklerle rastlamak mümkündür: “Herhangi bir kişi iyi bir ata sahip olarak bir köye geldiğinde, önemli bir adam olarak algılanacak, kimse onun kim olduğunu sormayacak ve herkes onu yönetimden biri olarak kabûl edecektir” (Arhangel'sk, Spiegel, 1926). Rus folklorunda sebep sonuç ilişkisinin rasyonel oluşumuna ilişkin zıt bir psikolojik özelliğe sahip buna benzer pek çok atasözü vardır: “ Bir insan kıyafetine göre karşılanır, fikrine göre uğurlanır” gibi. Yine etnografik verilere göre arkaik bilinç, bir kişiyi etkilemek için, örneğin ona zarar vermek için, kıyafetle birtakım eylemler gerçekleştirmenin bir yolu olduğunu göstermektedir (Gracheva 1983: 53).

“Kompleksin” bir bileşeni olarak kıyafetle ilgili bir örnek vereceğim: Rusya Bilimler Akademisinin bir çalışanı, benimle bir iş toplantısında coşkulu bir şekilde başka bir mesai arkadaşımızın davranışından rahatsız olduğunu anlatıyordu. Konuşmada hızını alamayan arkadaş, birden masadan bir nesne alarak, rahatsız olduğu kişinin askıdaki paltosuna fırlattı (bu anda o kişi odada değildi). Yani bu öfke anında rasyonel katman geri çekilmiş ve “kompleks” düşünce ön plana çıkarak, o kişinin davranışını

belirlemiştir. Tabii ki sakinleştikten bir süre sonra rasyonel bir şekilde durumu değerlendiren bu kişi, muhtemelen paltonun iş arkadaşımızın davranışıyla bir alâkası olmadığı sonucuna varmış olmalıdır. Fakat geleneksel toplumun insanı abstrakt düşüncenin az gelişmiş olmasından dolayı bu imkâna sahip değildir. Böylelikle “ilkel” insan çevresindeki dünyayı algımlarken, her şeyi bir “kompleks” içinde görerek nesneler arasında neden sonuç ilişkisini duyuşsal izlenimler temelinde belirler. L. S. Vygotsky’ye göre “doğrudan izlenimle ortaya çıkan sübjektif olanın ilişkisi, objektif üzerindeki üstünlüğü buradan gelmektedir”. Buradan objektif olan genel bağıllık ortaya çıkmaktadır” (Vygotsky 1983: 256). Tam da bu düşünce biçimine “büyülü düşünce” denmektedir, çünkü büyü gibi kültürel evrenseli o ortaya çıkarmıştır. “Büyü, şeylerin üzerindeki güç için düşünceler üzerinde iktidarı ele alır: doğal yasaların yerini psikolojik olanlarla değiştirir, ilkel insan için düşüncelerde yakın olan hayatta da yakın olur” (Vygotsky, Luria 1930: 116). Aktörün kendisi de çevresindeki dünyayı belli bir şekilde algılayan bu “komplekse” dahildir. Sonuç olarak o, içinde yer alan bütün nesneleri etkileyebileceğine inanır; nesneler de onu etkileme gücüne sahiptir. Modern söylemde bu evrensel ilişki genellikle “enerji” olarak tanımlanır. Nitekim aktörü etkileyen nesne veya insan hakkında sık sık negatif veya pozitif bir “enerjisi” olduğu tabirini duyabiliriz.

Bu düşünce tarzından hareketle, bütün halklar için antropologlar tarafından “büyülü güç” hakkında birtakım fikirler ortaya çıkmıştır. Örneğin Amerikan Kızılderilileri, bütün canlı ve cansız nesneleri sürekli ve ortak hayatla dolu, kendi içlerinde hissettikleri iradeli güce benzer bir olgu olarak kabûl ederler. Her şeyde mevcut olan bu gizemli güce “wakanda” adını veren Kızılderililer, bu yolla bütün nesnelerin insanla irtibatlı olduğu kanaatinde iderler. Hayatın sürekliliği fikri, görünür görünmez, ölü veya canlı nesnelerin parçalarıyla, tam olan nesneler arasındaki ilişkilerde görülür. Polinezya’da, bu gücün adı “manna”, Doğru

Afrika'da "mulungu"dur (Boçarov 1992; 81-82). Kafkasyadaki etnik gruplar üzerine saha araştırması yapan etnograf-hukukçu M. Kovalevsky şöyle bir tespitte bulunur: “İnsanlar, hayvanlar, azizler, bilgeler ve tanrıların kendileri aslında birbirlerinden farklı değildir. Aynı hayat ya da ruh hepsinden birbirine geçer, bu görüntü biteviye devam eder” (Kovalevsky 1886a: 22).

3. Suç Olarak Büyü

Her şeyin birbiriyle, özellikle de öznenin çevresinde eşyalarla olan psikolojik ilişki, geleneksel toplum temsilcilerinin çevresini, insanları bu ilişkiyle etkilemesine izin verir. Aslında bunu herkes yapabilirse de, bazılarının daha istisnai yeteneklere sahip olduğu düşünülür. Onlar daha farklı bir güce (enerji) sahiplerdir (Boçarov 2006:172-224). Bu insanlar güçlerini toplumun faydası veya zararına kullanabilirler. Toplumun zararına kullananlar büyücülerdir. Bu sebeple hemen hemen bütün halkların teamül hukuku, büyücülerini acımasızca takip ettikleri bilinmektedir. Antik Roma'da, “tarihinin geç döneminde bile her türlü büyü, ciddi suç olarak kabul edilerek, ölümle cezalandırılıyordu. 12 Levha Kanunlarında “yabancı meyveleri lanetleme”, “ekinleri donduran” veya “yabancınnın hasadını kendine almanın” cezalandırılacağı yazar” (Sinitsyna 1978: 84-86). Bilindiği gibi Ortaçağ Avrupa'sında cadılara karşı savaş oldukça yaygın bir gelenektir.

Doğu Devletleri Örneğinde

Büyücülük ve Hukuk (Tropikal Afrika Örneği)

Büyücülükle ilgili Tanganika geleneksel hukuk maddeleri içinde; “bir kadının, kocasının izni olmadan büyücüyle görüşüp, büyü yaptığı ispatlandığı takdirde, kocanın boşanma talebinde bulunmaya hakkı” olduğu yer alır. Kadını kocasının izni olmadan kullanan veya büyücülük iksirleri veren büyücü ise, para cezasına çarptırılır” (Sinitsyna 1978: 87). Büyücülük günümüz Afrika ülkeleri arasında da oldukça yaygındır. Büyücülerin in-

sanın içine korku salıp, sıkıntıların sebebini Afrikalılar büyü ile ilişkilendirirler. Zaman zaman büyü ile savaşmak için sosyal hareketlerin meydana geldiği olur. Örneğin, 20. yüzyılın 70'li yılların sonlarında, Tanzanya'da Kamçape adıyla ortaya çıkan harekette; insanlar gruplar halinde köyleri büyücülerden “temizlemeye” giriştiklerinde, büyücüler (ordalia cezası) çok güçlü zehir içirerek ifşa etmişler, yaklaşık 100 köy büyücülerden “temizlendiğinde” 9 kişi hastaneye kaldırılmıştır. Büyücü olduğu iddia edilen insanların bazıları cinayete kurban gitmiş, özellikle büyücülük şüphesiyle itham edilen ve köyden ayrılmayı reddeden yedi yaşlı kadın ise öldürülmüştür (Pelt 1981:60-69). Bu ülkelerde, kamu görevlileri de büyücülükle mücadelede katılmıştır. Büyü yaptığından şüphelenilen bir kişi köyü terk etmeyi reddettiğinde, görevli memurun ikna etmesi sonucu, o kişi suçunu itiraf ettikten sonra köyü terk etmiştir (Pelt 1981:73).

Afrika'da büyücülük sadece köylüler arasında değil, aynı zamanda eğitimli insanlar, hatta siyâsi elitler arasında da mahkemeye başvurma gerekçesidir. Çad'da 20. yüzyılın sonunda Cumhurbaşkanı Tombalbaye'nin emriyle “siyâsi büyücülük” yapmakla suçlanan 30 kişi tutuklanıp, “Kara koyun” mahkemesi tarafından yargılanarak, komploya katılan bir kadın ölüm cezasına çarptırılmıştır. Duruşma esnasında bir kadın ve Çad'ın gelecekteki hükümdarının da (General Mallum) aralarında bulunduğu suç ortaklarının önceden kör ettikleri kara bir koyunu diri diri gömdükleri ortaya çıkmıştır. Mahkeme, yargılama sonucu büyücülük ritüelinin ülke başkanına öldürmeye yönelik suikast tertip edildiğine karar vermiştir (Jeime ... 1975).

Benzeri şekilde Tanzanya'da hükümet karşıtı bir komplo, Çad'da yaşananlarla benzerlik göstermektedir. Mahkeme, komplocuların kendilerini mermilerden korumaları için büyü yaptıklarını ortaya çıkarmıştır. Komplocular, büyü yaptıklarını kabul etmekle birlikte, bunun bir faydası olmadığını belirtmişlerdir, çünkü komplocular dolandırıcı çıkmıştır. Bunun

ardından komploculardan biri büyü yapıldıktan iki gün sonra polis tarafından öldürülmüştür. Komploculardan biri duruşma sırasında başkan Nyersre'nin yaklaşmakta olan komployu kendisinin büyücü olan annesinden öğrendiğini söylemiştir. Bu bilginin Afrikalıların büyücülere karşı tutumu göz önüne alındığında, cumhurbaşkanının halkın gözünde itibarsızlaştırması gerekiyordu (Boçarov 1992: 251-252).

Rus Hukuk Kültüründe Büyücülük

Devrim öncesi Rusya'sında büyücülükle ilgili inançlar oldukça yaygındı. S. Yesenin bu konuda; "Kötü güçler bizi her yerde korkutuyordu" diye yazar. Örneğin vaftiz edilmemiş bir bebeğin yağından yapılmış bir mumun büyü olduğu için inanç gereği; eğer geceleri böyle bir mumla bir eve girilirse, ev ahalisinin hepsi derin bir uykuya gömülecektir. Aynı şekilde iyileştirici yönüyle bir Rus atasözüne göre ölü eli de: "İnsanlar sanki ölü eli değmiş gibi uyuyorlardı" biçiminde geçer. Bu nedenle büyücülük genellikle yasadışı işler için başvurulmuş bir eylemdi. Örneğin, Rus köylüleri eğer bir hırsız Beşaret'ten⁶ (Meryem Ana Yortusu) bir gün önce hırsızlık yaparsa, bütün sene boyunca yakalanmaksızın hırsızlık yapabileceğine inanıyorlardı. Bunun için meslekten hırsızlar "Beşaret gecesi"nde hırsızlık yapmaya çalışırlardı. Ancak bu, değerli eşya çalmak değil, sadece ustaca hırsızlık yapmaya yönelikti. Köylüler ise bu gece kendilerini yıllık cezalardan korumaya çalışır, komşularından gizlice aldıkları eşyayı, ertesi sabah iade ederlerdi (Chalidze 1990: 17).

Büyücülerini tehlikeli suçlular olarak gören eski Rus toplumunda onlardan korktukları gibi, yakalananları sert bir şekilde cezalandırılırdı. Büyücülükle ilgili suçları sadece köylerde değil, şehirlerde de yaygın olup, yakalanan büyücüler genellikle linç edilirdi. Örneğin, 25 Eylül 1895 tarihinde Petersburg'da "saba-

⁶ Beşaret dini terminolojide Cebrail 'in Meryem'e İsa'nın doğumunu önceden haber verme hadisesine atıfta bulunulan bir isimdir. (ç.n.)

hın erken saatlerde Vasiliy Alekseyev adında küçük bir çocuk kalabalık içinde beklerken, yakınında bulunan Natalya Novikova adında köylü bir kadın histeri veya epilepsi krizi geçirir. Natalya Novikova daha sonra, çocuğa yaklaşır ona bir elma verir. Çocuk elmayı ısırmasıyla birlikte histeri krizine girer. Polis „Alekseyev’in çığlıkları üzerine çocuğu şehir hastanesine götürür. Fakat olaya şahit olan kalabalığı sakinleştirmek mümkün değildir. Kalabalık, elmanın büyüldüğünü ve Novikova’nın sıradan bir köylü değil, çocuğu büyüleyen bir cadı olduğunu iddia ederek, onu öldüresiye döverler”.

Resmi mahkemeler de büyücülüğü dikkate alırlar. Örneğin, 1886’da Talyan volost mahkemesi tarafından (Kiev eyaletinin Umaysk bölgesi), B. köylüsü ile X. köylüsü arasındaki görülen bir davada, X kişinin karşı tarafın mahkemeyi kazanmak için büyü yaptırdığını iddia ederek, B. kişinin üzerinin aranmasını ister. Arama sonucu B’nin şapkasından birkaç bez parçası, düğüm atılmış iplik ve bir iksir bulunması üzerine, bu büyü olarak kabul edilir. Mahkeme daha davaya bakmadan B’ye yirmi falaka cezası verir. Bir başka zamanda kadınların kavgasıyla ilgili bir davada köy mahkemesi kadınlardan birinin hâkim masasının yanına haşhaş döktüğünü ve bunun büyüldüğünü söyleyerek, kadını üç yüz ruble cezaya çarptırır (Chalidze 1900: 30-32).

Sovyet zamanlarında da mahkemeleri büyüyle etkileyerek, cezalardan kurtulma çareleri Kuzey halklarının arasında görülür. Etnograf G. N. Graçeva, Nganasanlar arasında geleneksel anlayış yönünden yaşlı bir adamın anlattığı hikâyeyi şöyle anlatır; “Bu yaşlı adam gençliğinde resmi güçlerin ağır bir şekilde cezalandıracağı bir suç işleyip, cezadan kurtulmanın yollarını ararken, donmuş bir nehrin kenarında bir çalıya yaklaşarak ondan yardım ister. Çalıdan bir parça kopararak onu göğsüne bastırıp, ısıtır, besler ve onunla konuşarak, ondan yardım ister. Adam, bundan sonra çok küçük bir cezaıyla kurtulmasını o çalıya olan iyi davranışı ve onun nganasan dünyasındaki gücün göstergesi olarak

kabûl eder. Bundan sonra o çalı parçasına kıyafet dikilir, özel yerlerde korunarak, ondan yardım istenir” (Graçeva 1983:47). Modern Rus metropollerinde de büyücülük ile ilgili inançlar oldukça yaygındır. Medya sektöründe birçok farklı hizmet sunan sihirbaz ve büyücü ilânları yer almaktadır. Ancak büyülü ideoloji patlaması Rusya’da 90’lardaki toplumsal çözülme esnasında, toplumsal bilince has eski değerlerin yeniden önem kazanmasıyla yaşanacaktır. Bu dönemde belli bir ölçüde, teamül hukuku bilincinin de yeniden canlandığına şahit oluruz. Yine o yılların kendi saha araştırmalarımın bir örnek vereceğim: Bir zamanlar bir arkadaşımın tanınmış ressam arkadaşı beni ziyarete gelmişti. Uzun süredir ortalarda görünmeyen ortak arkadaşımızın ressamdan hapishanede olduğunu öğrendim. Ressama, arkadaşımızın neden hapishanede olduğunu sorduğumda, kendisinin “Cadı öldürdüğünü” söyledi. Şüpheli gülüşüne karşılık ressam arkadaş ciddi bir edayla; “Evet, kesinlikle bir cadıydı ...” cevabı verdi.

Rus toplumunda bu tür algıların etkisinin gücünü akrabalarına Beslan’ın⁷ kurbanlarını yeniden diriltmeye söz veren G. Grabovoy’un hikayesinde görürüz. Ayrıca, cezai kovuşturmadan kısa bir süre önce Grabovoy, Rusya Federasyonu başkanlığına aday olma niyetini açıkça belirtmişti. En ilginç olanı ise binlerce Grabovoy taraftarının “kara cahil köylülerden” değil, yükseköğrenim ve hatta akademik dereceleri olan şehirlilerden oluşmasıydı.

4. Büyülü İdeoloji ve Mülkiyet Hakkı

Bu düşüncenin mantığına uygun olarak mülkiyet hakkı, toplumsal bilinçte şu veya diğer kişi ile uzlaşan bütün nesneleri kapsar. Bireyin bu konuda yetkili olması için evlenmiş veya

7 Kuzey Osetya Cumhuriyetinde Beslan kasabasında Çeçenler tarafından bir okula yapılan kanlı baskındır. 1-3 Eylül 2004 yılı arasındaki Beslan’a yapılan baskında 1100 kişi rehin alınmış, ortaya çıkan kriz sonrası çatışmalarda 186 çocuk olmak üzere, 334 kişi ölmüştür. Baskını gerçekleştiren Çeçen kuvvetler komutanı Şamil Basayev, söz konusu eylemi İkinci Çeçen savaşını sonlandırmak için gerçekleştirdiğini bildirmiştir (ç.n.)

nişanlanmış olması gerekir. Bu sayede o kişi sadece mülk değil, köle ve yetkili olmayan aile bireylerinin de sahibidir. Bunun için genellikle nesnelere sahibine aidiyeti belirten isimler verilir. Arkaik özelliği koruyan modern kültürlerde de aynı şekilde bir nesnenin daha sonra başka kişilere verilse bile, sahibinin adını taşıyan birçok örneğe rastlarız (Graçeva 1983:53). Büyülü bakış açısına sahip olan kişi, elindeki nesnenin “davranışından” sorumludur. Örneğin Roma hukukunda, bir kişinin evinin çatısından bir şey düşerek, yoldan geçen bir kişinin ölümüne sebep olması hâlinde, o evin sahibi para cezasına çarptırılır (Sotsialnaya... 2006: 164).

Keza kadınların kocaları veya babalarının adıyla çağrılmaları, kadınlar da sahibi olan erkeklerin devamcısı olarak görülüyor olması, L. S. Vygotsky'ye göre onunla birlikte bir “komplekse” dönüşür. Bu sebeple birçok kültürde kadınlar, sahipleri öldüğünde onunla birlikte gömülmek için öldürülüyorlardı. M. Kovalevsky, bu geleneği 19. yüzyılda Kafkasya’da gördüğünü belirtir. Daha sonraları kadınlar, sahipleri öldüğünde saçlarını kesip mezara koymaya başlamışlardır. Diğer taraftan erkekler, mahkemelerde kadınları temsil ederken, kadınlarından dolayı sahipleri cezalandırılıyordu.

Modern Afrika kültürlerinde görüleceği üzere hayvanlar da insan isimleri taşırlar. Etnografik malzemelerden anladığımız kadarıyla hayvanlara, akrabalara davranıldığı gibi davranılıyordu (Almagour 1977: 119-143). Rus kültüründe benzeri şekilde psikolojik duygusal bir “belge” Şolohov tarafından “Uyandırılmış Toprak” eserinde köylü Maydannikov’un SSCB zamanında kolhoza vermesi gereken inekle ilgili duygusal tepkisinde görürüz. Bu bize kadim Roma kanunlarını hatırlatır; örneğin eskiden toprak sahibinde “toprağı süren öküz” köle yerine geçiyor, değer olarak da eşiyile eşdeğerde olduğu gibi, yine öküzün sahibi hayvanın hareketlerinden sorumlu tutuluyordu. Aynı şekilde sığırlarının “davranışından” sahibi sorumluydu. Mesela, Oset teamül

hukukunda: “Hayvanlardan biri otlarken, arazide yerinden oynatıp yuvarlanarak, geçmekte olan birinin yaralanmasına sebep olur veya orada otlayan başka bir koyun ve sığır sürüsüne zarar verirse, bundan mal sahibi sorumludur. Bu durum taammüden adam öldürme olarak algılanıyor, karşılığında ya intikam alınıyor ya da kan parası talep ediliyordu” (Kovalevsky 1866: 106).

Mülke karşı büyü ve suçlar. Büyülü ideoloji ve özellikle büyücülükle ilgili inançlar mülkiyete karşı suç fikrini oluşturur. Örneğin sanayi öncesi toplumlar hayata tarzını belirleyen köylü topluluğu üyelerinden birinin ekonomik olarak yükselmesine menfi olarak bakılır. Onun bu yükselişinin, topluluğun geri kalanına ekonomik zarar verdiği düşünülür; çünkü, birinin kendi çabasıyla yükselmesi, başkasının hesabına olmuş gibi sayılır. Bu, topluluk psikolojisinin ortak özelliğidir. Bu nedenle Rus köylerinde mudilere “başkasının malını yedikleri” varsayılarak, kötü davranılırdı. Aynı durum, varlıklı “gulag” köylüleri için de geçerliydi; onları “dünyayı yiyenler” yâni toplumu yok eden asalaklar olarak adlandırıyorlardı. Dolayısıyla, devrim esnasında Bolşeviklerin bu “sınıfı” yok etmeleri zor olmamıştır. Benzeri bir durum Afrika’da iyi hasat toplayan bir çiftçinin, büyücülükle suçlanmamak için köylülere ziyafet vermesi gerekiyordu. Aksi takdirde onu ölüm cezasına kadar giden farklı sıkıntılar bekleyebilirdi.

Etnografik verilere göre Rusya’da köylüler “müreffeh köylülere karşı yumuşak davranan” yerli yönetimlerden nefret ediyorlardı (Nıt ... 1993: 54). Bu, teamül hukukuna göre kendi emeği ile kazandığı “zenginliği” bile “kötü güçlerle” ilişkilendirmekle ilgiliydi. Bu durum Rus folklorunda; “Güneşi ve bereketi” çalan “düşman kötü güç ve kötü büyücüler”, “şeytanın olan sayısız zenginlik”, “altın, gümüş ve değerli taşlar için ruhunu şeytana satan umutsuz günahkârlar” şeklinde görmekteyiz (Afanasyev 1983: 236). Eski Rusya’da servet, aslında suç olarak kabûl edilmekteydi. Zengin insanların genellikle büyücülükle suçlandık-

ları ve servetlerinin elinden alındığına dair örnekler vardır (Afanasyev 1983:430). Bu konuda birkaç atasözü de vardır: “Doğru emekle, taş odalar yapamazsın”, “Kendi emeğinle tok olursun, ama zengin olamazsın”.

Bu sebeple devrim esnasında “burjuva” kavramı halk bilincinde bir tür “kötü ruhların” temsilcisi olmuştur. V. I. Kolonitsky’nin materyallerinde “burjuvanın genel olarak kötü insanlar, “mülk sahipleri ve sadece müreffeh insanlar” olarak adlandırılıp, “kendi emekleriyle kazanılmış olmasına rağmen, servetlerinin küçümsendiği, bazı yüksek idealler adına kutsallaştırılmadığı” görülür (Kolonitsky 1994: 21). Bu nedenle Rusya’da devrim, aslında Marksizm’in önerdiği gibi özel mülkiyetin yasal bir kurum olarak kaldırılmasına değil, “burjuvazinin” fiziki olarak yok edilmesine yönelik olmuştur. Şimdilerde bu gerçekler komünistler için suç olarak görülse de, kabul etmek gerekir ki, durumun böyle ilerlemesi teamül hukukuna göre büyücülerin yok edilmesi gereken “halk düşmanı” sayıldığı yere uygundur.

Büyücülüğün kendisinin (servetin) hukuk dışı kaynaktan olması, bugün hâlâ yaygın bir inanıştır. Geçen yüzyılın 90’lı yıllarının sonlarında Novgorod bölgesindeki köylerden birinde kaydettiğim bir örnekte; Valdaya şehrinden bir çiftçi, yakınlarda bir köye taşınarak çiftçilik, arıcılık ve hayvancılıkla uğraşmaya başlamıştı. Diğer köylülere nazaran (10 kişi, geri kalanlar ise yaz için Moskova ve Petersburg’dan gelen yazlıkçılar) iyi yaşamaktaydı. Bu kişi üç dört sene sonra köydeki evini ve mallarını satarak Valday’a geri döndü. Köyü terk etmeden önce onunla yaptığımız sohbette, adamın köyü terk etme sebeplerinden birinin köyün eski yerlileri olan komşularıyla, “kendine hayatı zindan eden, arılarını kaçıran” adamın eski köy Sovyet temsilcisi M. M. olduğunu anlattı. Bu tür şüpheleri daha önce yerli komşumdan da duymuştum, o da M. M. büyülerinden ve 30-40 sene önce ondan nasıl zarar gördüğünü bahsetmişti. Gerçi bu sefer M. M.’nin davranışı topluma zararlı değil, tam tersine “yerlilerin

fikrine göre” pozitif değerlendirilmişti. Bu yıllarda medyada sık sık komşuların başarılı çiftçilere yönelik olumsuz tavırları, mala mülke zarar verme (kundaklama, kavga vs.) ve yerli kolhoz yönetiminin her türlü bürokratik yollarla çiftçilere en kötü toprağı verme gibi kötü davranış haberleri yer almaktaydı. Ben burada “büyü” bileşeninin belirli derecede rol oynadığını varsayma taraftarıyım.

Bugün başarılı bir çiftçi elbette bir “büyücü” olarak değil, sadece “kötü vb.” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda bizim için bir başka ilginç durum da; “Yazlıkçılardan” biri, komşusunun kendi arsasında yetiştirdiğı mahsulüyle övünmesine tepki göstererek; sen bunu nasıl yetiştiriyorsun, ben de senden daha az çalışmıyorum... Sen muhtemelen bir şeyler fısıldıyorsun?” biçiminde tepki göstermiş olmasıydı. Bu aslında şaka olarak söylenmiş olmasına rağmen, bence şehirli adamın bilinç altına bu inancın var olduğunu gösteren önemli bir “psikolojik belge” niteliğinde olduğudur.

5. Suçlu Eşya ve Hayvanlar Üzerinde Mahkeme

Etrafımızdaki dünyaya nüfuz ettiği varsayılan büyülu düşünceler, özne ile donatılmış tüzel kişiliklerde ve olgularda (bizim açımızdan cansız) kendisini gösterir. Bu nedenle büyülu düşünceler, insanlarla birlikte topluma ve bireylere verilen zarardan da sorumludur. Zira, antik dünyada cansız nesnelerin çeşitli olaylardan dolayı yargılandığını görürüz (Tagantsev 2003). Eski yazılı hukuku tahlil eden M. Kovalevsky, Kral Alfred’in kanunlarına ilişkin metinlerden birinde, bir ağacın kesimi esnasında ağacın birinin üstüne düşerek ölümüne sebep olması sonucu, ağaç hakkında cezaî hüküm verildiğini bildirir. Aynı şekilde cansız nesnelerle ilgili kanunlar Atina’daki 12 Levha Kanunları’nda da yer alır. Rus tarihinde de bir nesnenin ciddi bir vukuat sonucu suçlu bulunduğuna dair örnekler vardır. Örneğin prens Dmitriy’nin öldürülmesinden sonra, tahrik etmekle suçlanan bir kilise

çanının “dili” ve “kulakları” koparılarak parçalanmış ve Ugliç’ten Tobolsk’a gönderilmiştir (Radzinsky 1999:104).

Yahudi, Yunan, Roma ve Alman kanunlarında da hayvanların yargılanmasına ilişkin kanunlar bulunur: “Eğer bir öküz bir erkeği veya kadını öldürürse, öküz sopayla ölümüne dövülür, eti yenmez, sahibi de suçsuz sayılır” (İncil. Çıkış). Hayvan, zarar görene verilmelidir, aksi takdirde sahibi suçlu sayılır: İskandinav gerçekleri, Anglosakson kanunları (Kovalevsky 1886: 102-103).

Hayvanların yargılanması Ortaçağ Avrupasında çok bilinen bir uygulamadır. Suçlu ilân edilen hayvanlar, kuşlar ve böcekler mahkemeye çıkarılarak, insanları öldürme veya cana zarar verme gibi suçlarla cezaya çarptırıldıklarına şahit oluruz. V. Artemov’un bir makalesinden alınan bu tür bir olay buna ilginç bir örnek teşkil eder. “Farklı hayvanlar suçlanıyordu: domuzlar, keçiler, boğalar, inekler, katırlar, atlar, kediler, köpekler ve horozlar. Gerekirse, sanık hayvanlar tutuklanıp, suçlular için ortak bir hapishanede tutuluyorlardı. Duruşmada hem tanıklar, hem de sanık hayvan mahkemeye çıkarılarak sorgulanıyordu. Suçlu bulunan hayvanlar ölüm cezasına çarptırılıyor, ayakları, kulakları veya bedeninin diğer uzuvları kesiliyordu. Mahkemeler sıklıkla faydalı ve pahalı ev hayvanlarının ölüm cezasını satmaya veya dövmeye tebdil ediyor, kafasını görülecek bir yere ibret olması için koyduruyordu.

13. ve 17. yüzyıllarda bu türden gerçekleştirilen birçok hayvan yargılama vakasına rastlanır. Örneğin, 1268’de Paris’te bir bebeği yediği iddia edilen bir domuz, yargılanıp yakılmıştır. 1386’da yine suçu sabit görülen bir domuz, bacakları ve başı kesildikten sonra şehir meydanında insan kıyafetleriyle asılmıştır. 1313’de, Fransa’da ahırdan kaçan ve karşılaştığı bir kişiyi boynuzlarıyla yaralayan bir boğaya dava açılmış, dava sonucunda boğa, suçu işlediği yerde asılarak idam edilmiştir. 1457’de Savigny’de bir mahkeme, beş yaşındaki bir çocuğun ölümüne

neden olan bir domuzla, altı yavrusu suçlu bulunarak dava açılmış ve gerekli formalitelerden sonra domuz arka ayaklarından asılmaya mahkûm edilirken, yavruları beraat etmiştir. Benzer durum 1400'lerde St. Joseph manastırında yaşanmış, altı aylık bir bebeğin ölümüne sebebiyet vermekle suçlanan domuz, yine asılarak infaz edilmiştir.

Mahkemelerin bazen de hayvanın beraat etmesine karar verdikleri durumlar da olur. Örneğin mahkeme, hayvanın ahlâkını yazılı olarak belgeleyen yerel bir rahibin şefaatiyle ahlâksız davranışlarla suçlanan bir eşeğin suçsuzluğuna karar vermiştir.

Pis hayvan ve böceklere karşı butür uygulamalara, fareler, sıçanlar, tırtıllar, yılanlar, sülükler vd. de dahildir. Bunun için Cenevre gölü kıyısında sürüngenlere karşı açılan davalarda; toprağı, nehri veya gölü zararlı yaratıkların istilâsından korumaktan bahsedilir. Davalı, toprağa ve suya zarar verilen kişi oluyor, dava esastan inceleniyor, taraflar sanık hayvanların ülkeden uzaklaştırılmasını lehte ve aleyhte tartışıp, dava gerekli formalitelere uygun olarak gerçekleştiriliyor. Davacı tarafından dava açılması, davalı hayvanlara veya böceklere bir avukat atanması, mahkemedeki durumun bildirilmesi kararı alınıyordu. Karar hemen uygulanmayıp, davalı hayvanlara belirli bir mühlet veriliyor. Sonuçta, hayvanlara araziye zarar vermemeleri şartıyla belirli bir arazi tahsis edilip, bütün bunlar bir anlaşma şeklinde düzenleniyordu. Bu tavizlerin ayrıntılarını düzenleyen birçok şart ve sözleşme hükümleri, insanların o zaman hayvanları nasıl ciddiye aldıklarını göstermektedir. Nitekim bu konuda istilâcı sineklere, tırtıllara, tarla farelerine, beyaz kurtlara ve diğer hayvanlara karşı açılan davalara ilişkin pek çok belge bulunmaktadır. Hükme uyulmadığı takdirde, haşaratlar lanetlenip, aforoz ediliyordu.

Bazı avukatların bu tür davalara ilişkin usûl ve adli uygulama talimatlarının ayrıntılı el kitaplarının hazırlanması gerektiğinden hareketle, hayvanlarla alâkalı ne kadar sık dava açıldığı an-

laşılmaktadır. Bu tür bir kitaplardan biri, 1568'de Chambéry'de hayvanlara karşı açılan davalarda tecrübeli bir avukat olan ünlü Gaspard Bally (Artyomov 2008) tarafından yayımlanmıştır. Modern zamanlarda da, birçok ülkenin hayvanları yargılandıklarına şahit oluruz. Örneğin 1963'te Trablus'ta 75 posta güvercininin ölüm cezasına çarptırılmaları, kaçakçıların bu kuşları Libya sınırında Yunanistan, İtalya ve Mısır'dan banknot taşıyacak şekilde eğitmiş olmalarıydı. Mahkemenin güvercinleri ölüm cezasına çarptırma gerekçesi, kuşların çok iyi eğitilmiş olmakla tehlike arz etmeleri idi. Ancak, kuşları eğiten çete para cezası almıştır.

Daha kısa bir süre önce Amerika'nın Connecticut eyaletinde komşularını birkaç sene boyunca rahatsız eden holigan bir kedi, ömür boyu ev hapsine çarptırılırken, Tennessee eyaletinde polis aracına saldıran bir köpek hapse tıklmıştır. Köpek altı ay boyunca iyi davranış okuluna gitmesi öngörülerek, boynunda “tehlikelidir” yazısını taşıyacaktı. Köpeğin sahiplerine dava açılmışsa da, köpek eğitim sonrasında dava düşürülecektir. Make-donya'da ise, arı kovanlarına dadanan bir ayı yargılanmıştır.

Kısacası “zararlı başlangıç” sadece insanların değil, hayvanların, hatta eşyaların da özünü ortaya çıkarmaktadır. Eşyaların ceza alması durumunu ise G. N. Graçeva, Nganasan kültüründe 1970'li yıllara ait bir belgede; “Eğer bir insan kendine tahtadan bir muska yapıp, ona düşüncelerini, isteklerini anlatmasına rağmen, muska ona yardım etmediyse, o kişi muskayı ceza olarak, aç bırakabilir, hatta onu parçalayıp atabilir (Gracheva 1983: 54) denmektedir.

Bugün bu teamül hukukun şuuraltındaki tezahürlerini gündelik hayatta çocukların davranışlarıyla, çocuklarla iletişim içinde olan büyükler arasında da görmek mümkündür. Sözün gelişi bir çoğumuz, çocukların onlara zarar veren hayvan veya eşyayı nasıl cezalandırdıklarını görmüşüzdür.

Bunu sıklıkla çocuk psikolojisinin yankı bulduğu annelerde de görürüz. Kısa bir süre önce parkta bir kütüğe çarpan bir çocu-

ğün annesinin kütüğü döverek “nasıl cezalandırdığının” şahidi oldum. Bu bilinç türü “büyüklerin kültüründe” de görülür. Örneğin, Sovyet dönemi deniz yazarlarından V. Konetskiy, 1975 yılında Sablin kumandasındaki bir gemide Sovyet karşıtı isyanı bastırıldıktan sonra idare, geminin kumandan ve mürettebatına karşı olan tutumunu gemiye de yansıtarak, gemi tadilatından men edilmiştir. Aradan on sene sonra geminin başka bir kaptanının SBKP’nin 27. toplantısında milletvekilliği adaylığı söz konusu olduğunda, Sovyet idaresi hiç tartışmadan kaptanın adaylığını reddetmiştir (Konetskiy 1991).

6. Büyülü İdeoloji ve Adli İspat

Sanayi öncesi toplumların bilincine hâkim olan örfi hukuku belirleyen büyü ideoloji, uygun adli deliller yöntemiyle karakterize edilir. Bunun için “suçlunun” davranışına rehberlik etmesi beklenen negatif büyü, belirli prosedürlerle ortaya çıkarılır. Dahası, bireyin kendisi benzer bir potansiyelin taşıyıcısı olduğunu tahmin etmediği gibi, prosedürler sadece onu bulmaya hedeflenmiş olabilir. Mezkûr amaç doğrultusunda; düello, kura çekme, işkence denemeleri ve yemin gibi muhtelif yöntemler geliştirilir.

Düello ve Kura

Bu prosedürlerin özü, davacıların birbirleriyle çatışmasıdır. Kaybeden, mahkeme tarafından suçlu bulunurken, kazananın yanında adaleti gözeten daha yüksek kuvvetlerin (atalar, ruhlar, Tanrı) olduğuna inanılır. Örneğin 16. yüzyılda Rusya’yı ziyaret eden yabancı seyyahlar; yemin, haç öpme, yargı düello gibi adli delillerin çeşitli biçimlerinden bahsederler. Keza Ruskaya Pravda, kişilerin ilgisine göre düelloya yeminle birlikte baş vurmak gerektiğini belirtir (Kovalevsky 18866: 243).

Düello, ateşli silahlardan-yay hariç- herhangi birini kullanabilen davacı veya taraflar arasında gerçekleşir. Düellonun iptal

edildiği (davacının ısrarı üzerine) ve kura ile olayın çözüldüğü durumlardan da bahsedilir: bu noktada her iki tarafın isimleri, özdeş iki balmumu topuna yazılıp bir kâseye yerleştirilir, her iki taraf haçı öptükten sonra yabancı bir gözlemci tarafından kura çekilir, çıkan topta kimin ismi yazılıysa Tanrının adaleti tecelli etmiş olur. (Butler 1996: 58-59).

M. Kovalevsky 19. yüzyılda Osetler arasında aşağıdaki durumu tespit eder: “öldürülen kişinin akrabaları, suçlunun atılacak olan mermiler karşısında durmasını isterler. Tahkim mahkemesi bu durumda akrabalarından kimin ateş edeceğiyle ilgili kura çeker. Kuraya genç erkek çocukların da dahil edilmeleri, sadece iyi atıcıların ateş etmesin...”. Araştırmacı bunun bir intikam olduğu, sadece tarafların bir tek zoraki davranışla bu işe son verme istediklerini, bunun da düello ile çözüleceği sonucuna varır” (Kovalevsky 1886:228).

Grönland Eskimoları aralarında geçen davaları, izleyicilerin alkışlarıyla birbirlerine karşı alaycı şarkılar söyleyerek, yumruk ve kafa tokuşturmakla çözülür. Toplum, bu şekilde tartışmaya karışmadan kontrol edilmiş olur (Podguretsky 1974: 93-95). M. Kovalevsky’de Eskimoların; “Birbirlerine kıyasıya vurduklarını, bu durumun birinin gücünün tükenene kadar devam ettiğini” belirtir (Kovalevsky 1886:191).

Buryatlar, ortak avlanma esnasında kullandıkları ok ve yayı tartışmalarda da kullanırlar. “Tartışanlar arasında haklı çıkacak kişi, 25 okluk mesafeden attığı oku atın kaval kemiğini vuran kişi olur. Baykal Buryatları da bir meseleden dolayı şüphelendikleri kişinin (suçlu) şapkasını alarak onu yaşadıkları alanın ortasına koyarlar. Davaya bakacak olan hâkim veya lider, gökyüzüne bakarak Tenger Burhan’ı çağırıp, bağırarak suçluyu lanetlemeye başlar. Daha sonra şapkaya nişan alıp ok atar. Eğer attığı ok şapkaya isabet ederse, o kişi suçlu sayılır” (Turkin, 1901:5-6).

Kura çekmek veya güç yarışıyla kutsal iradeye eşdeğer adaleti yerine getirme, hemen bütün yerel topluluklarda rastlanan bir

durumdur. İngiliz yasaları 19. yüzyıla kadar devam eden davaların çözümünü yemin ve düello da buluyorlardı. Bir taraftan mahkeme süresince taraflar belirlenen bir günde suçsuz veya haklı oldukları hususunda yemin etmeyi teklif ederken, diğer taraf düello teklifinde bulunur (Hey.Zinga 1992:92). Görünüşe göre Ortaçağdaki düellonun kökleri, “ilâhi muhakemenin” bir çeşidi olarak arkaik motiflere dayanır.

Düello, bayram ritüelleri ve kutlamalar esnasında bilgi yarışmaları şeklinde de yapılabilir. Yarışmalarda rahipler, kutsal bilginin koruyucuları genellikle bilmeceler şeklinde düellolar düzenlerlerdi (Heising 1992: 113-114).

İşkence ve Suçun Cezası Olarak Eziyet

M. Kovalevsky’ye göre suçun cezası olarak eziyet ve işkence; “Tanrı sınadığı kişi üzerinde mucize yaratır” inancına dayanır. Örneğin, Yahudiler arasında zina yaptığından şüphelenilen bir kadına acı bir içki içirilir, kadının midesi şişerse bu onun suçlu olduğu anlamına gelirdi. Perslerde, suçlu masumiyetini ispatlamak için kaynar sudan altın bir yüzük çıkarmak zorundaydı. Eğer kaynar su onu yakmazsa, masum demektir. İrlandalılar ise, zanlıyı soğuk suya daldırdıklarında, kişi boğulmadan çıkarsa masum olduğuna kanaat getiriliyordu. Çekler (11- 12. yy) suçlunun masum olup olmadığını anlamak için sıcak bir demir üzerine zanlının iki parmağını koyup, kişi yemin bitmeden elini çekerse, suçlu kabul ediliyordu. Ruslarda da; su, demir ve kura gibi benzer anlayış ve uygulamalar mevcuttu. Kızılderililerde dokuz işkence usulü vardır: demir, ateş, su, zehir, içinde dalıp altın yüzüğü çıkarması gereken kaynar yağ. Osetyalılar arasında yapılan işkenceler atasözü ve deyimlere yansımıştır: “Senin için ateşe ve suya dalmaya hazırım.” “Ateşten ve sudan geçmiştir” gibi. Osetyalıların yeminleri, ateşi yiyen anlamına gelen “arharin” olarak adlandırılır (Kovalevsky 1886: 240, 243, 245, 255). Rusya’da, 19. yüzyıl sonlarına kadar halk hu-

kukunda suçun cezası olarak işkence oldukça yaygındı. Tanınmış araştırmacılardan L. A. Levenstim'in verdiği bilgilere göre, "su mahkemesi" (boğulmuyorsa cadıdır) köylüler tarafından sık sık başvurulmuş ceza yöntemlerinden olup; "Elleri bağlanıp, boynuna taş asılan bir kadın suya atıldığında boğulup ölürse, suçsuz (pek tabii genelde yardım gelmediğinden ölmüş olurdu), suyun üstünde kalırsa cadı olduğu inancıyla yakılırdı. Köylüler bu şekilde sadece kadının şeytanla olan bağıni ortaya çıkarmakla kalmayıp, aynı zamanda kuraklığı da önleyeceğini düşünürlerdi. Bu eski inanç, Rusya'nın bütün bölgelerinde hâlâ yaşamaktadır. 1875 yılında Polesiye bölgesinde köylüler eşlerinin cadı olup olmadığını öğrenmek için pomeşçike gidip, eşlerini gölde yıkmak için izin istemişlerdir. Ancak pomeşçikin izin vermemesi üzerine, ebelerin yardımıyla eşlerinin kuyruklarının olup olmadığına baktırmışlardır (Levenstim 1909: 7; Alıntı: Chalidze 1990: 29).

E. Taylor, 13. yüzyıla kadar İngiltere'de cinayetle suçlanan kimselere işkence yasal olarak uygulanmakla, o günlerden kalma bir deyim hâlâ köylüler arasında "Yalan söylüyorsan, bu lokma boğazımda kalsın!" dediklerini hatırlatır. Yazar, İngiliz köylülerin büyücülükten şüphelendikleri bazı yaşlı kadınları eski işkence yönetimleri uyguladıklarının bilincinde olmadan suya soktuklarını yazar... zanlı suyun üstünde kalırsa suçlu, batarsa suçsuzdur (Taylor 1924: 310).

Günümüz Afrika'sında işkence ederek suçlunun cezalandırılması hâlâ yaygın adli uygulamalar arasındadır. Sadece bu gerçeği doğrulamakla kalmayıp, aynı zamanda bu tür gerçeklerin kültürler tarafından yorumlanmasındaki derin farklılıkları ortaya koyan bir örnek vereceğim. Hikâye, 20. yüzyılın sonlarında uzun yıllar Afrika'da yaşayan Protestan bir misyonere aittir:

Köyde bir çocuğun hastalanması üzerine, büyücü bir kadından şüphelenilir. Kadına kötü ruhlardan kurtarmak için bir şifacı gönderilir, fakat büyücü olduğu iddia edilen kadın, iddiayı kabul etmemesi bir işe yaramaz. Şifacı, kadının saçlarını

kesip, üzerindeki elbiseleri yırtarak, şeytanla ilişkide olduğunu itiraf edene kadar kırbacla işkence eder. İşkence sonunda kadının kanlı vücudu üzerinde bir koç kurban edilerek, kadının kanıyla hayvanın kanının karışması sağlanır. Bu olayın seyircilerinden hiç bir kimse bunda herhangi bir yanlışlık görmediği gibi, aksine herkes iyi bir şey yaptıklarına, kadını kötü ruhtan kurtardıklarına inanmaktadır. Bu arada çocuk ölür. Papaz bunu öğrenip, kadının yaralarını iyileştirdikten sonra birkaç kilometre ötede yaşayan şifacıya gider. Bu bağlamda ilginç olan, rahiplerin duygularıdır ki, bu duygular Afrika ve Avrupalıların dünyaya bakış açısı arasındaki farkı ortaya koymaktadır. “- Biliyor musunuz,” dedi papaz; “bir an umutsuzluk hissine kapıldım. Sanki her şey bir anda dağılmıştı. Birkaç yıldır yaptığım iş sanki anlamını yitirmişti. Başladığım yere dönmeme az kalmıştı. Papazın anlattıklarına göre şifacı, öfkesinin sebebini anlamıyormuş gibi yapar. Sanırım burada papazın düşündüğü gibi şifacı, papazın ima ettiğini anlamıyormuş gibi yaparak sinsilik yapmıyordu, sadece papazın kendisi aynı şeyi algılamalarının farklı olduğunun bilincinde değildi. “Kadın kendisi şeytanın elinde olduğunu itiraf etmedi mi? Ona oyun oynamamasını söyledim, kadının bunu hangi şartlarda itiraf ettiğini gayet iyi bildiğini söyledim”. Sonuç olarak, şifacının köye giderek kadınla ilgili hatasını kabul etmesini istedim. Lâkin ilginç bir şekilde köylüler kadının itiraf ettiğini ve şifacının suçsuz olduğunu iddia etmekte ısrar ettiler. “Şifacı alaycı bir gülümsemeyle yüzüme bakıyor ve şaşkınlığımı azaltmak için (burada rahip şifacının davranışlarını Avrupa ahlâkı açısından değerlendirmektedir, ama görünen o ki, o sadece geleneksel bakış açısıyla hareket etmektedir) köylülerin çocuğun ateş içinde söylediği ismi yanlış anlayabileceğini, ama onun bu durumla bir ilişkisi olmadığını söyledi”.

Şifacı gittikten sonra rahip, çocuğun ölümünden çocuğu ilk başta hastaneye götürmediklerinden dolayı köylüleri suçlayarak, onlara karşı; “Hiç kimse, erkek ya da kadın kimsenin böyle in-

sanlık dışı bir işkenceye maruz kalmasına asla izin verilmemelidir. Tanrı bize yakınımızdakileri sevmeyi öğretti, siz Tanrının; “Yakınını kendini sevdiğin gibi sev” emrini bilmiyor musunuz diye konuşur. Rahip, konuşmasını bitirdikten sonra topluluğun davranışlarını şöyle aktarır: Önümde suçlu yüzler görüyordum. Kazandığımı sandığım anda birden bir haykırıyla irkildim: “İşlediği suç karşılığında işkence!” sözlerini kalabalık tekrarlıyordu... Kadını “Tanrı’nın yargısına” teslim etmeliydik. Bir bardak zehir içmeliydi, eğer kusarsa suçsuz, ölürse içinde şeytan vardı ve çocuğun ölümünden o sorumluydu”. Rahip buna karşı; “Hayır o kadar basit değil, dedi. Böyle olaylar tam tersi düşünmeniz için bir neden” (Kindrova 1985: 58-65). Bahsi geçen olay, farklı zihniyetlere sahip, farklı dünya görüşlerinin etkileşim anına işaret etmektedir. Bir sistemde delil olarak öne sürülen argümanlar, bir diğerinde hiçbir anlam ifade etmeyebilir. Çocuğun sayıklarken ismini telaffuz ettiği kadın, bu kadın ve hasta çocuk arasında kadının büyücü olduğu fikrinin neden sonuç ilişkisini göstermektedir. Şifacının duymak istediği, kadının itirafı (ki bu itiraf için kullandıkları araçlar, bu kültür için önemsizdir) bunu göstermektedir. Bu mantık çerçevesinde çocuğun hastalığına yol açan büyü gerçeği kesin olarak belirlenmiş ve şüpheli olan şifacının da dediği gibi sadece kadının isminin doğruluğuyla ilgilidir. Papazın endişeleri ve duygusallığı ise, insan ruhunun tarihselliğini anlamamasından kaynaklanmaktadır. Bu olayları değerlendiren rahip, insanın Tanrının onu yaratmasından sonra tarih boyunca bir özne olduğundan yola çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında toplum içindeki üyelerden birinde nedenini (irrasyonel) aramak anlamsızdır. Evrimin bu aşamasında düşünce artık etrafındaki objektif gerçeklikle olan bağını keşfetmiş ve duygusal algılama yerini rasyonel olana bırakmıştır. Yukarıda anlatılan olayda sadece çeşitli ideolojik ve ahlâki sistemlerin çatışmasını değil, aynı zamanda dayandıkları farklı düşünce türlerini de görmekteyiz (Boçarov 1992; 249-250).

Bu arada hikâyenin genelinde papazın, şifacının insanlar üzerindeki gücünü korumak için onları kasten yanlış yönlendirdiğinden şüphe ettiği görülür. Bu tabii ki şifacıya maddi katkı sağlamaktadır, çünkü o hizmeti mukabili bir ücret almaktadır. Bu yaklaşım tarzı, bilindiği gibi bu tür kimseleri, insanları istismar ederek, zengin olan dolandırıcı ve üçkağıtçı olarak gören 19-20. yüzyılın bilim adamlarına hastır. Lâkin bu tür insanların çift kültürlü, yani çıkar için manipüle ettikleri farklı değer sistemlerine sahip olduklarını düşünmek de yanlıştır. Aynı araştırmacı bir başka Afrika gözleminde, bir doktorun hastaneye ağır yaralı bir büyücüyü getirdiklerini anlattığı örnekte; “O, kalbinden vurarak kendini cezalandırmıştı. Doktorlar onu kurtardıklarında, herkes; ruhların onun ölmesini istemediği olarak yorumlamışlardı. “Bütün bunlar, şifacının dizanteriden ızdırap çeken bir çocuğa yardım edememesi nedeniyle olmuştu. Sonuç olarak şifacıdan şüphelenip, hastalığı yaymakla suçlanmış, o da; büyücülük suçundan kendisine işkence etme kararı almıştı (Kindrova 1985: 57-58).

Bazı insanlarda iradeleri dışında davranışlarını yönlendiren “zararlı gücün” varlığı bize göre “işkence” kurumuyla ilgili olduğu kanatını uyandırmaktadır. Örneğin Orta Asya’da şamanın insanların içindeki “kötü ruhu” çıkarmak için kırbaç kullandıkları bilinmektedir. İlk başta fiziksel darbeler vücudu bu “güçten” temizleyen bir uygulama olarak kullanılırken, daha sonra kırbaç bir iktidar sembolü haline gelerek, Buhara Hanı’nın kapısında tasvir edilir. Başka bir ifadeyle, zaman içinde “kötü ruhtan” arındırma işlevini politik güç üstlenir. İşkence (şüphelinin vücudu üzerindeki fiziki etki) ile elde edilen itiraf, insanın kendi içinde olduğundan şüphe bile etmediği özün varlığını gösterir. Bu bağlamda arkaik düşünce taşıyıcılarının sözlere karşı tutumunu hatırlamakta fayda vardır. Aslında, sözler belirlediği nesne veya durumla tanımlanmıştır (A. R. Luria). İçinde kötü büyü potansiyeli taşıyan kimse, toplum için bir tehlikelidir ve yok

edilmelidir. İşkence, cadıları keşfetmek için Ortaçağ Hristiyan kilisesi tarafından faal olarak kullanılmıştır. Bu dönemde yapılan ve günümüzde St. Petersburg “Din Tarihi Müzesi”nde görülebilen işkence aletlerinin sayısı ve çeşitliliği oldukça dikkât çekicidir. Rusya’yı 16. yüzyılda ziyaret eden yabancıların (J. Fletcher) verdikleri bilgilerine göre, şüphelilerin sorgulanması kırbaçlama, şişe geçirme veya ateşte pişirme, kaburgaların kırılması veya dışarı çıkarılması, tırnakların altından et kesilmesi vd. gibi uygulamaları içeriyordu (Butler 1996: 59-60).

Aslında bütün bunlar SSCB’nin Stalin dönemindeki başsavcı Vişinskiy’in “itiraf, delillerin çarışması” olduğunu söylediği çok da uzak olmayan geçmişimize farklı bakmamızı sağlar. Hiç şüphesiz bu teorik önermenin temelini, örfi hukuk zihniyetinde aramak gerekir. Her halükarda “halk düşmanlarına” karşı iddia edilen ve bize “fantastik” gelen suçlamalar, insanların idamlara karşı olumlu tutumu- ki, bunu filmlerden de görebiliriz-bu tür sonuca varmamızı sağlamaktadır.

Yemin ve Ant İçme

Yemin etmek, Tanrı korkusuyla şüpheliyi yalan söylemekten kaçınmaya teşvik eder (M. Kovalevsky). Russkaya Pravda, and içmeyi “Tanrının Hakikati” olarak adlandırır. Oleg’in Bizanslılarla yaptığı anlaşmalarda; Oleg’in kalkan ve diğer silahlarını çıkardıktan sonra, Perun ve Volos’u tanıklıklarına şahitlik etmeye çağrıldığı başka bir yemin biçiminden bahseder (Kovalevsky 18866: 277). 16 yüzyılda, yabancı bir diplomat Ruslar hakkında; şüpheli suçsuz olduğunu iddia ediyorsa, and içmelidir (Butler 1996) diye yazar. Slavlar, atalarının mezarlarında ant içerler. Yalandan and içtikleri için kişilerin başına gelen uğursuzluklar, hastalıklar ve ölümler halk masallarında sık sık görülür.

Cicero zamanında Tanrı üzerine, kişinin kendisi veya çocukları üzerine ant içilirdi (Kovalevsky 18866: 275-278). Kuzey Rusya halklarında (Ostyaklar yani Hanti halkı) and içilirken,

mahkeme makamına yalan ifade verilmesi durumunda onları ısırması için ayı kafası getirilirdi (Taylor 1924: 310). Kazaklar mahkemede şahitlerin ifadelerini, kutsal yerlerde and içmelerini delil olarak kabûl ediyorlardı (Rusya tarihi ... 1999). Altaylarda önemli davalarda sanıklar ve şahitler yemin ederdi. Kelimenin tam anlamıyla buna “And içmek” denirdi. And içen kimselere ölünün ağaçlarda tutulan ölü kafatasından su içmesi teklif edilirken, güney Altaylılarda dolu bir silahın namlusunun ucunu öpmek gerekiyordu (daha önce kılıcın keskin tarafı yalanırdı) (Tyukhteneva 1997: 239).

Kafkasya’da, örneğin Osetler arasında ocağın koruyucusu “Safa” üzerine and içilir ve bu esnada ocağın zinciri tutulurdu. Kovalevsky bu konuda her köyün kendine ait kutsal eşyası olduğunu belirtir. Eğer o eşyayı rakipleri öğrenirse, hakikati de öğrenmiş olurlardı. Örneğin Raçinsk bölgesindeki bir köyün sakinleri Osetlerle bir toprak parçası üzerine nizalı hale gelmişler, tartışma uzuyordu. En sonunda Raçinsk bölgesi yaşlıları son çare olarak bütün köylüyü toplayıp, halkı çağırdıktan sonra yere bir kazık çıkıp üzerine şapka koydular. Rakipleri olan Osetlere gerçekten toprak onlara aitse, o şapkayı oradan almalarını, eğer alırlarsa iddialarını kabul edip, karşı çıkmayacaklarını söylediklerinde Osetler oradan sessizce ayrıldılar. Gürcistan’da davalı and içtikten sonra suçlandığı davranışta bulunmadığını söylediği takdirde, soruşturma durdurularak, davalı aklanır.

Kafkas halklarının kültürlerinde şahitlik çok önemlidir. Mahkeme, sadece sanığın and içmesini değil, şahitlerin de and içmesi talep eder. Kafkasya’da şahitler her zaman akrabalarından olur (Kovalevsky 1866: 284-294).

İnguşlar arasında “Mahkeme esnasında adetlere göre and içme çok önemlidir. Sanık, ancak suçlandığı davadan and içerek aklanabilir. Eğer sanıkla beraber aynı soydan olan muteber kişiler de and içerlerse, bu durum sanığın suçsuzluğu anlamına gelir. İnguşlar arasında 19. yüzyılda and içme, bütün cezaî ve ba-

zen de hukukî davalarda kullanılmıştır. Örneğin, bir kişinin öküzü kaybolduğunda, öküzün sahibi şüphelendiği kişiyle birlikte, birkaç şahidin de o kişinin suçlu olmadığına and içmesi gerekmektedir. Bir kişiden değil de, birkaç kişiden şüphelenildiğinde ise, her birinin aynı şekilde şahitlerle yemin etmesi gerekmektedir. Sonuç olarak, öküz veya koyunların kaybolmasıyla ilgili olarak düzinelerce insan Tanrının ismini ağzına alıyordu ki, bu da dağlılara göre büyük günahı. Bu arada, yemin etmekten kaçınmanın bir yolu yoktu, çünkü bunu reddeden kişi suçlu olduğunu kabûl ediyor demektir.

Son zamanlarda Rusya'da herhangi bir azizin şapelinin önünde and içmek geleneğinin yaygınlaştığına şahit olmaktayız. Bu şöyle icra edilir: arabulucu kimselerin belirlediği şahitlerle beraber and içecek olan kişi davacının seçtiği şapele gelip, orada davacıyla akrabaları huzurunda şapkasını çıkarıp, gökyüzüne bakarak aşağıdaki cümleyi söyler: “Eğer suçluysam, bu aziz (şapelin adını taşıdığı azizin ismi söylenir) ve diğer bütün azizler beni ve akrabalarımı cezalandırsın; yalan söylüyorsam soyum kurusun”. Şahitler de aynı cümleyi tekrar ederler. Kutsal yerlerde and içme, daha önce diğer yollar (rica, tembih vs.) denendikten sonra arabulucular veya arabulucu mahkeme sayesinde icra edilir. Azizin kutsallığı ve gücüne olan inanç o kadar güçlüdür ki, and içen kişi eğer az da olsa haklı olduğundan şüphe ettiği takdirde, kutsal bir yerde yemin etmeyip, orada titreme nöbetine girer. Ayrıca, şüphelinin akrabaları da yalan yere yemin etmedikleri gibi, aksine zanlıyı ve kendilerini bedbaht etmemek için suçlanan kişinin suçunu itiraf etmesi için yalvarırlar. Akrabalar, zanlının suçunu itiraf etmesi halinde zararı karşılayacaklarını veya cinayet bedelini (kan parası) ödemeye razıdırlar. İnguşlar yalandan yemin eden birini Tanrı ve bütün azizler tarafından lanetlenmiş biri olarak görürler. Böyle bir insanla karşılaşmayı uğursuzluk sayan İnguşlar, eğer böyle birisiyle karşılaşırlarsa, yollarını değiştirir veya evlerine dönerler” (Kadzoev 2006).

Günümüz Kafkas halklarının hukuk kültüründe yemin adli bir delil olarak önemini korumaktadır. Bunu geçen yüzyılın 90'lı yılların sonlarında yapılan saha çalışmalarında görmek mümkündür. Örneğin, bir arazi anlaşmazlığı durumunda (farklı soydan olanlar veya bir soydan birkaç kişi arasında) kutsal bir yerde and içmek, davayı çözmenin en yaygın yoludur. Böyle bir mevzuda iddia sahiplerinin her birinin akrabalarından şahitler huzurunda; “buranın kendilerinin toprağı” olduğuna dair yemin etmeleri gerekir. Köylüler ve akrabalar davacının haklı olduğundan emin olmadıklarında, hiçbir zaman kutsal yerde yemin etmeyeceklerine, yemin etmemenin de topraktan vazgeçmek anlamına geldiğini söylerler. Kutsal yerin otoritesine dayanarak suçlanan kişi, sadece kendi masumiyetini ispatlamakla kalmayıp, aynı zamanda soyunu da kan davasından kurtarmış olur. Gerçeğı öğrenmek için taraflar rahibe baş vurarak kutsal yere gidip, orada şüpheli arkadaş ve akrabalarının yanında; “Ben adamı kasten öldürmedim, eğer yalan söylüyorsam ve kasten öldürdüysem, buradan dışarı çıkmayayım” diyerek yemin etmesi üzerine dava kan dökülmeden çözülmüş olur. Aksi takdirde geleneksel yaptırımlar gereğı, zanlının ailesi veya bütün soyu ölebilir. Burada; “Eğer suçluysam, ben de ailem de ölelim” biçimindeki yemin metninden anlaşılacağı üzere kolektif bir mesuliyet görülür. Yeminin bozulması büyük günah sayılmakta ve yemini bozan kişinin bütün soyu lanetlenmiş olur. Dydrypsh ve Ldzaa tapınağındaki rahiplerin belirttiklerine göre doğa üstü bu güçlerin yardımına şimdilerde polis, mahkemeler ve savcılar da başvurumaktadırlar. Kolluk kuvvetleri şüphelinin suçunu ispatlayamadığında, şüpheliyi tapınağına yemin etmek için getirerek, zanlı suçsuz olduğuna dair yemin ettiği takdirde, suçlamayı kaldırmak için yeterli delil saymaktadır. Bu yöntem sadece kutsal güce inanan Abhazlarda uygulanmakta olup, diğer halkların temsilcileri için geçerli değildir. Abhazlar kutsal güçlerin yardımına farklı cinayet vakalarında veya ülkede acil bir durum söz konu-

su olduğunda başvururlar. Buna örnek olarak 1996 yılı yazında Dydrypsh tapınağına Başbakan V. G. Ardzinba başkanlığında gelen Abhaz yönetimi “insanları suç işlememe, düşünmeleri ve onlara akıl vermeleri” konusunda kutsal gücün yardımını talep etmişler, Dydrypsh eğer suçları durdurmayı başarırsa, her sene ona kurban verme sözü vermişlerdir (Krilov 2000:72-124).

Geleneksel hukuk kültürlerinde örneğin Osetler arasında sözleşme hukukunda yemine başvurulur. Kovalevsky'ye göre “kişiler akrabalarının güvenilir olduklarına dair yemin ederken, diğer taraftan da bu yeminin uygulanmasının sorumluluğunu üstlenmiş olurlar” (Kovalevsky 1886a; 89). Büyülü ideoloji, kuzey halkları arasında imzalanan anlaşmaların meşru olması ile ilgili fikirler doğurmaktadır. Örneğin, Hanti, Mansi ve Orman Nenetlerinin inançlarına göre bütün topraklar, göller, nehirler asıl ev sahibi olan ruhlarla aittir ve avcılar, balıkçılar da meseleyi her iki taraf için özellikle külfetli olmayacak şekilde ruhlarla ilişkili kurarak çözerler. Anlaşma şekli, ruha yaklaşımda kendini gösterir (“Yiğin ormanın yaşlıları, bize mutluluk verin, kapımı açık tut ve bana balık ver...” gibi). İnsanlar ruhlar sundukları kurban karşılığında, onlardan koruma ve hediye beklerler. Eğer ruhlar kurbanlara rağmen cevap vermezlerse, o zaman onları temsil eden nesneler dövülüp, atılır veya yok edilir. Eskiden Ugorlar anlaşmaları el sıkışma, ayı pençesi ikramıyla, Ruslar ise yazılı olarak yaparlardı. Günümüzde Mansilerin petrol arıtma şirketleriyle yapılan anlaşmaları, her iki tarafın görevlerinin yazıldığı yazılı anlaşma şeklinde yapılmaktadır. Genelde bu anlaşma aileye ait arazide belirtilen çalışmanın yapılması için, evraklar aile reisi, şirket müdürü ve yönetim temsilcisi tarafından imzalanmaktadır. Bütün önemli toplumsal hadiselerin sonunda kurban kesilir ve “bu kurban verme işlemi de mühür sayılır” (Novikova 1997: 232-234).

Teamül hukuk kültürlerinde, yeminin ihlâli (sahte yemin), bütün bir ailenin ölümü, öbür dünyadaki ataların azap çekme-

si, yemin eden ve akrabalarının kaçınılmaz bir şekilde başlarına gelecek uğursuzluk demektir. Olumsuz yaptırımların kaynağını; atalar, ruhlar, Tanrı, totem vb. gibi irrasyonel özneler teşkil eder. Bunun için 12 Levha Kanunlarında toplum tarafından sert cezalar öngörülüyordu. Benzer şekilde Afrika'nın etnik gruplarının hukuk kodeksinin temelinde de teamül hukuku yer almaktadır. Örneğin Bahailerde eğer evde yaşanan olayların çözülmesi esnasında yalandan şahitlik edilirse, köle olmakla lanetlenilir. Ahanti halkı arasında yalandan "liderleri" veya liderlerinin tılsımı üzerine yemin edilmesi, topluma karşı suç olarak görülür ve ölümle cezalandırılır (Sinitsina 1978).

E. Taylor'un gözlemlerine göre, modern adli yeminler eski zamanların izlerini taşımaktadır. İskoçya'da bir tanığın elini gökyüzüne kaldırılarak yemin edişi, Yunanlıların veya Yahudilerin Tanrıyı şahit gösterdikleri ve yalandan yemin eden kişiyi cezalandırması için Tanrıyı çağırdıklarına bir jesttir. İngiltere'de kutsal kitabın öpülmesi, kutsal bir nesneye dokunma geleneği, antik Roma kaynaklıdır (Taylor 1924: 310). Gerçekten de bugün yeminler (veya and içme) modern devletlerin siyâsî ve hukukî kültürlerinde mahkemede şahit ifadelerinde, askerde yapılan yemin törenlerinde yaygın olarak kullanılmakta ve devlet erkanı ile memurların yemini bozması veya yalan söylemesi adli cezayı gerektirir.

7. Modern Alt Kültürlerde "Arkaik" Adli Delil Biçimleri

Günümüz dünyasında arkaik toplumların karakteristik teamül hukuk normlarının kendilerini modern alt kültürlerde yeniden canlandırdığını görmekteyiz. Bu aynı zamanda adli delil olan hapisane topluluklarında görülen düelloya aittir. Burada "mahkemenin" otoritenin bilgi eksikliğinden kaynaklanan kimin haklı olduğunu belirleyemediği durumlarda yapılan "dürüst kavgadan" bahsedilmektedir. Burada tarafların sadece kendi beceri ve güçleriyle, çevredekilerin karışmayıp, sadece kavganın

kurallara göre yapılmasını denetledikleri silahsız çözüm şeklidir. Bu “adil kavga” taraflardan birinin tükenmesine kadar devam eder, taraflardan biri diğerine vurarak “dışlananların” yerleştiği yere, yani ranzaya doğru itmeye çalışır. Dövülen toplumdaki atılmış sayılır, çünkü o kendine saygı duyan birinin olmayacağı yerde rezil olmuştur (Khokhryakov 1991: 88).

Bilmeceler biçiminde kavgalar da burada görülür. Bu bilmeceler “kayıt” kurumu çerçevesinde kullanılmaktadır. Hapishaneye yeni gelen bir kişinin hapishane hücre kaydı yaşlılar tarafından sorulan sorularla (veya şakalar) yapılır. Kayıt sistemi, bireyin belirli bir topluluğa ait olduğunu gösteren bir ritüeldir. Bilmeceler, eğlenceli bir şekilde sorulur.

Örneğin, “Pilot ve Madenci” oyununda “Sen ne olacaksın?” sorusuna, yeni gelen kişi; “madenci” dediğinde; “O zaman ranzanın altına gir ve sürün, orada kömür var” komutuyla, mahkûm ranzanın altına girip, oradaki tozu ve pisliği silerek ilerlemeye çalışır. “Çık, şimdi ne olacaksın” sorusunun cevabı muhtemelen “pilot” olduğunda, mahkûmun gözleri havluyla bağlandıktan sonra; “Hangi ranzadan uçacaksın, alta mı üste mi” diye sorarlar. Mahkûm korkup “altta” dediğinde, ne olursa olsun, korkak görünmemek için “üsten” diyecektir. Ardından; “Domino mu, yoksa satranç taşlarının üzerine mi?” diye sorusu gelir. Yeni gelen dominoyu seçerse, onu yerlerde süründürerek, kayıt uygulaması acımasız bir hâl alır. Eğer kendine hâkim olup, “satranç” derse, en fazla üç dakika daha korkuturlar. Yani yeni gelen satranç taşlarını diker, ranzaya oturtulur ve birkaç saniye sonra ranzadan körlemesine yere çakılacak şekilde atlar. Sert bir şekilde düşüp canının yanacağını bekleyen kişi, sürpriz bir şekilde yere serilmiş battaniyeye düşer”.

Bu tür örneklerde görülen uygulamalar, bireyde toplum için tehlikeli olabilecek veya toplumu tehdit edebilecek bir “enerji” tanımlamayı amaçlar. Tutuklular, yaptıkları bu işi “cesaret sınavı, en ufak acıda, korkudan herkesi ele verebilecek, muhbirlik yap-

cak olanları ayıklama yönetimi” olarak kullandıklarını söylerler (Huberman 2003: 38-42). And içme de, alt kültürlerin teamül hukuk kodeksiyle, günlük hayatta yaygın olarak temsil edilmektedir. Normal şartlar altında bunun en yaygın şekli “dürüstçe söz vermektir”. Sovyet zamanlarında çocuklar ve ergenlerde “dürüst piyoner, dürüst komsomol” sözü vardı. “Çocuklarımın üzerine yemin ederim” gibi yeminler de bilinir. Bu olgular, en çok suç alt kültürlerinde rastlanır. Grup normlarına bağlılık yeminini ihlâl eden ergen ve genç suçlular yetkilerini kaybeder ve grup hiyerarşisinde daha alt seviyeye atılarak, aşağılanmaya, şiddete ve damgalanmaya maruz kalırlar. Genellikle çocuk suçlular bu yemini, parmaklarına ufak kesik atarak kanla mühürlerler.

Yeminler ortak, özel ve denetim şeklinde olabilir. Örneğin bir gencin toplumun norm ve geleneklerine uymaya yemin etmesi ortak yemin, belirli bir durumda (kaybeden belirli sürenin sonuna kadar borcunu ödemeye yemin ederse) yemin etmesi özel yemin, normun ihlâl edilmesinde gencin ihlâl etmediğini belirtmesi ise kontrol yeminidir.

Yeminler, reşit olmayan suçlu gençlerle, serbest gençlik grupları arasında yaygındır. Özellikle iyi örgütlenmiş küçük gruplar arasında suç alt kültüründe yemin ihlâlinde, ölüm cezasına kadar ciddi yaptırımlar uygulanır. Bu mesuliyetten kurtulmak için yemini bozanlar kaçmak zorunda kaldıklarında, yine de onlar “boynuzun deliğinde de olsa” aranıp, bulunurlar.

Büyü, ruhlar, lânet vs. şeylere bağlı “büyülü güçler” ergenlerde ve özellikle Los Angeles’deki sokak çetelerinin örfi hukuka ilişkin anlayışlarını oluşturur. Asker ocağında (Rusya’da) “dedeler” acemilerin “ant içmesini” tecrübe ederek, daha sonra “dedelik” sisteminde onlara yer vermeleri gibi.

8. Teamül Hukuku Sisteminde Ritüel

Ritüel, geleneksel toplumun en önemli hukuki kategorilerinden birini teşkil eder. Birey ve toplum hayatındaki herhangi

önemli bir olgu, sadece uygun ritüel aracılığıyla meşruiyet kazanır. Her bir ritüel, atalar kültünün ideolojik fikirleriyle kutsallaştırılıp, ritüellerin uygulandığı etkinlik toplumda varolma hakkı kazanır. Bu dünyanın belirli bir resmini içeren toplumla ilgili bilgileri ve özellikle önemli durumlarda insan davranışlarının bir modelini (stereotip, kalıp) korumanın en eski yoludur. Ritüel, belirli ve özel uygulamalardan oluşur ve bunların uygulanmaması etkinliği geçersiz kılar. Yani, insan faaliyeti belirli değişmez hukukî formlar içerisinde gerçekleşir ve bu formların dışında geçersiz ve akıl almaz sayılır.

Ritüel sayesinde toplumsal bilgiler nesilden nesle aktarılır. Ritüelin sosyo-kültürel bir olgu olarak ortaya çıkışı, bir bütün olarak hem toplumun hayatını, hem de bireyin hayat yolunun önemli aşamalarının üstesinden gelme ihtiyacı ile açıklanmaktadır. Başka bir ifadeyle süreklilik, boşluklarında bir köprü olarak ortaya çıkmakta ve bu nedenle en çok “sosyal boşluk” noktalarında geliştirilir. Bu tür “noktalar” periyodik olarak bir bireyin (grubun) hayatı boyunca ortaya çıkmış ve başlangıçta sosyal yaş hiyerarşisindeki ilerlemesiyle hak ve sorumluluklarının değiştiği “geçiş ritüelleri” ile ilişkilidir. “Geçiş ritüelleri” insana doğumundan ölümüne kadar eşlik eder. Bir çocuk, ancak isim koyma ritüelinden sonra dünyaya gelmiş sayılır, daha sonra büyüüp belirli haklara sahip olmasına da ritüeller eşlik eder (kabül töreni) (Boçarov 2006: 87-93). Genç adam daha sonra, düğün şeklinde ritüel bir düzenlemeyle evliliğe adım atmasını takiben lider, sonrasında da yaşlı olur. Son olarak kişinin, atalarının dünyasına gidişi de cenaze ritüeli ile gerçekleştirilir ki, geride bıraktığı varislerinin hayatına müdahale etmek için yüksek güçler elde edecektir. Son dönemde arkaik formasyonun var olduğu ve “zenginliğin” önemli rol oynamaya başladığı günümüzde, geleneksel toplum üyeleri bu ritüellerden bir kısmını yerine getiremedikleri görülmektedir. Çünkü her şey için para ödemek gerekmektedir. Örneğin başlık parası gibi. Bu yüzden de Avrupalı antropologlar

akrabalarının bu ritüeli gerçekleştirecek parası olmadığı için yaşlı erkeklerin hâlâ “erkek çocuğu” statüsünde kaldıklarından bahsederler.

“Geçiş ritüelleri”, eski hak ve görevlerin kaldırılıp, yenilerinin edinilmesini sembolize ettiğinden, tamamen sabit unsurlardan oluşur. Her şeyden önce bu ritüel, yeni sosyal ve hukukî statü kazanan bir nesnenin, önceki statünün izlerinden kurtarmaya matuftur. Bu ritüellerde insanın tamamen değiştiği, dönüştüğü hâтта öldüğü düşünülür. Örneğin bir bebeğin yıkanması, aslında geldiği varsayılan atalar dünyasıyla olan ilişkisinin temizlenmesidir. Ruslar da, düğün geleneklerinde kişinin eski halinden arınmak için “düğün banyosu” yaparlar.

Geçiş ritüellerinin yapısının bir sonraki unsuru, ritüele tâbi olan nesnelerin dönüştürülmesidir. Bütün ritüeller nesneyi “yeniden yapılandırma” fikrine tâbidir. Bu, önceki hâle ilişkin izlerin ortadan kaldırılıp, onların yerine yenilerinin ikame edilmesidir. İnsanla ilgili olarak temel özelliklerinin “değiştirilmesi” banyo yapma, kıyafet değiştirme (saçın şeklini değiştirme) ve ana karakterin yer değiştirmesini içerir. Bunlara arasında en yaygın olanı saç şeklinin değiştirilmesidir (serbest saç yerine, saç toplama, saç yakma, kesme gibi). Aynı şey kıyafet için de geçerlidir, çünkü yeni kıyafetler başka bir kişi “olma” anlamına gelir.

Bu hâliyle kahramana yeni statüsüne uygun özellikler atfedilir: Bu kişi yürüme, görme, konuşma, birtakım eylemleri gerçekleştirme vd. imkânına sahip olur. Ona adı geri verilir, ama daha farklı olur (yeni evlenenlerin adı, soyadı). Bir ayin sonucu, yeni bir sembolik gerçeklik yaratılır, orijinal nesne yeni bir nesneye bürünür (yeni doğan, yeni evli, yeni tanıtılan). Ritüelleştirme, yeni statüsü korunduğu sürece devam eder. Farklı nesneler için yenilik süreleri de farklıdır. Meselâ, yeni doğan bir bebek 40 gün veya bir yıl boyunca yeni doğan (bebek) olarak kabul edilir. Ölenler için de birçok yerde benzeri süre/zaman geçerlidir (zorunlu yas süresi gibi). Yeni evlenenler bir sene (yani çocukları

olana kadar) yeni evli sayılır. “Yenilik” nesnenin ritüele aidiyetini ve bunun yanı sıra yeni statüde “yer edinmesi” arasındaki deneme süresidir. Bu onların hukukî statülerine de yansır (Bayburin 1993; 174-182).

Ritüelin hukuki fonksiyonunun kabûl edilmesiyle ilgili örfi hukuk icratları da modern günlük hayatta kendini gösterir. Muhabirlerden biri bir hikâye anlatmıştı. Vologda Oblastı’nda küçük bir kasabada oturan bir kadınla, St. Petersburg’dan bir erkek kendi aralarında anlaşp düğün yapmadan, sadece yakın arkadaşlarıyla küçük bir eğlence düzenleyerek evlenmeye karar verirler. Kadının söylediklerine göre, düğün merasimi yapılmadıklarından dolayı kadın, ailesinden ne bir tebrik, ne de herhangi bir hediye alır. Sebebi, düğün töreni yapılmadan bu evliliği kadının ailesinin gerçek evlilik olarak saymamasıdır.

Yukarıda teamül hukuk kurallarının çok nadiren ihlâl edilmesi, geçiş ritüellerinin etkisiyle ilgilidir. Ritüelin anlamı, tekrarlar ve var olan dünya ile hassas sorumluluk gerektiren durumlarda gereken davranış şeklinin tekrar ortaya çıkarılmasıdır. Ritüel, arkaik toplum tarafından güvenlik ve refahın bir garantisi olarak uygulanır. Doğal olarak böyle bir güven kabilenin varlığını devam ettirmesi, yazısız bir topluluğun etnik kültürel kimliğini korumasında yardımcı olur. Bu sebeple ritüeller etkili bir ideolojik ve psikolojik baskı yöntemi olup, ritüel tarafından kullanılan araçlar güçlü bir telkin gücüne sahiptir. Taklit, yani imitasyon büyük bir rol oynar. Bu tür ritüellerde gelecekteki sosyal rollere ilişkin davranış senaryoları oynanırken, katılımcıların “gelecekteki hayatları”nda yapmaları gereken davranış modelleri oluşur. Burada müzikal ve özellikle dans ritimleri önemli bir rol üstlenir. Tek bir ritme kapılmak, ritüele katılanlar arasında birlik ve uyum duygusunun oluşmasını sağlar ki, bu da telkinin gücünü yükseltir. Gelecekteki davranış normları özellikle dansla taklit edilir. Belirli bir grup kültürünün ritmine hâkim olma, daha çocuklukta yürümeye başlar başlamaz dans ederk öğretilir. Bü-

yüklerin yaptıkları dansları, çocuklar kendi gruplarında tekrarlamaya çalışırlar. 2-3 yaşlarındaki çocukların nasıl bir ciddiyetle dans ettiklerini görmek, hayatî önem taşıyan meselelerin halledildiği konusunda fikir verebilir (Howitt 1904).

Ritüellerin etkili olması için davranışlar öncelikli olmakla birlikte, söz de bu aşamada önemli rol oynar. Ritüeller sırasında çeşitli yeminler, büyüler vs. yapılmasında, duygusal ortamda sözlü bildirimler hipnotik bir etki yaratır. Burada eğer şartsız bir güven söz konusuysa, ... dinleyicinin sözlerden etkilenmemesi mümkün değildir (Porşnyov 1978: 155).

Çatışma esnasında da sosyal ayrılma noktaları ortaya çıkar ve ritüel onu gerginliği yenerek saklar. Ritüelin sadece psikolojinin bilinçdışı katmanlarıyla değil, aynı zamanda ideolojik fikirlerle olan ilişkisi, çatışmaya katılan bütün katılımcılar nazarında şartsız olarak adalet sağlayan kişiye itaat ettikleri ideolojik ve psikolojik bir arkaplan yaratır. Bu tür ritüellerde taklit, gerçek davranış olarak algılanır ve karşılığında bir sonucu olması gerektiği düşünülür. Örneğin, bir suçlunun cezalandırılma sahnesi oynanırken, bu uygulamada herkesin derin inancı ona gerçek fizikî zararın verilmesine neden olabilir. Bu konuda E. I. Romanova, hırsızlık şüphelisi birinin sembolik olarak idam hükmü verilmesiyle ilgili olarak şunları yazar: “Şaman, kutsal bir yerde kabilenin temsilcileri önünde yasayı ihlâl ettiği varsayılan kişiyi temsilen bir figürü delerken, orada bulunanların psikolojisini ürkütücü bir şekilde etkiliyordu. Bu ritüelin icraasından sonra hırsız, bedbaht bir kadere mahkûm ediliyor ve yakın gelecekte ölmesi gerekiyordu” (Romanova 1990: 44).

“Kompleks düşüncede” ortaya çıkan büyülü ideoloji, “davranışı ve onun taklidini” birbirinden ayırt edemediğinden, arkaik toplum insanı bu davranışı taklit ederek çevresini etkilemeye çalışır. Karşılaştırmalı etnografik materyaller, hukukî ritüellerde sembolizasyonun yaygın olarak kullanıldığını ve gerçekliğin kendisi olarak kabûl edildiğini göstermektedir. Cassier’e göre bu

ritüeller başlangıçta sadece “alegorik, taklit eden” ya da temsil eden değil, aynı zamanda gerçek bir mânâ ifade etmekteydi. Bu, insan hayatının devamının, dünyanın varlığının sürekliliğinin, ritüelin doğru uygulanmasına dayanan evrensel bir inançtır (Cassier 1995: 56-59). Örneğin Sibiry kabilelerinde soyun bölünmesi de sembolik olarak yapılır: belirtilen bir günde kabilenin bütün yaşlı temsilcileri toplanıp, atalara dua edip, topraklarının sınırına koydukları kazan ve soğanı ikiye bölerler. Bu ritüelle, bundan böyle ikiye ayrılan parça gibi, kabilenin bir daha eskisi gibi bütün olamayacağını gösterir (Dameşek 1995:70).

Kolmukov, teamül hukukunun sembolizasyonunu şu şekilde yorumlar: “Hukukî sembolizm, hiçbir şekilde sadece mitolojik hukuk yorumuyla ilişkili değildir. Onun şartlanması daha kapsamlıdır: farklı bireylerin ruhunda gerçekleşen dış görüntüyle, maddiyat, hukukun dış sembolleri ile ilgili hukukun varlığı için gereken bir durumdur ” (Lomakina 2005).

Diğer taraftan yazı ve yazılı hukukun ortaya çıkması, ritüelin hukukî işlevi gücünü kaybetmeyecektir. Örneğin A. Y. Gurevich’e göre; erken Ortaçağda yazılı evraka ahalinin çoğunun güvenmemesi, onun hukuki doğasını da anlamsız hale getirir. “Bunun için insanlar, evrak hazırlayıp vermek yerine, sembolik bir taş, toprak veya dal parçası vermek vs. eski gelenekleri uyguluyorlardı. Evrakı bir parşömen parçası olarak görüyorlar ve evrak hazırlanmadan önce onu anlaşıma yapılacak toprağa koyarak, ondan “güç almasını” bekliyorlardı ki, ancak bu durumda yazılı metin geçerli olabilirdi. Hukuki bir belgeye geçerliliği, ancak toprak gibi bir güç meşruiyet kazandırıyordu. Bu sebeple uzun bir süre sözlü deliller, belgeye tercih edilmiş ve yazılı metne nazaran hafızaya güvenilmiş, yemin, doğruluğun en önemli delili olarak kabûl edilmiştir.

Adalet ise, bizim anlayışımızdaki anlamı taşımamaktaydı: hakikât, mahkemede yemin ederek ve prosedürün gerekliliğine uyularak ispatlanacak bir şeydi. Yeminlere, ritüellere, işkencelere

ve düellolara herhangi maddi bir delilden daha çok itibar ediliyordu. Zira, ant içmede hakikâtin ortaya çıkacağına ve Tanrının iradesine karşı gelinemeyeceğine inanılıyordu. Yalan yere yemin etmek, mevzuatın ihlâli olup, bunu ihlâl etmek külliyan yanlıştı. Tanrı, suçlu olanın davayı kazanmasına izin vermeyeceğinden, hâkikat sadece yargılama formalitesinin bozulmamış hâlinde ortaya çıkardı” (Gurevich 1999).

Devrim öncesi Rusyasında da yazılı yasalar değil, özellikle arazi mülkiyetiyle ilgili konularda teamül hukuku çözümün esasını oluşturuyordu. Örneğin, Kargopol bölgesindeki köylerde topraklar arası sınırın belirlenmesinde nizalı iki taraf da hâkim olarak toprak ana’yı seçiyordu: Biri, diğerine; “bizi ana toprak yargılasın” dediğinde, diğeri kabûl ederse, aralarından birisi yerden bir parça çim alıp, başına koyarak sınıra doğru ilerliyor, eğer sınır çizgisinden geçerken, karşı taraftaki kişinin ekinine dokunursa, diğeri onun çizdiği sınırı kabul etmekte ve “toprak ana böyle uygun gördü!” diyerek, bu sınıra razı olunuyordu. Burada, toprağın onu hak etmeden alan kişiyi cezalandıracağı düşünülmekteydi. “Bu cezalar, başkasının işlenmiş toprağına el koyan kişiler için oldukça tehlikeliydi” (Koznova 2001:668).

9. Modern Hukukî Sistemlerde Büyülü İdeoloji

Modern mevzuatta mitolojik bileşenler önemli bir yer teşkil eder. Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası’nda “ulusal ve devlet birliğini koruma ve dünya barışına hizmet etme arzusunun esinlenerek, Tanrı’ya ve insanlara karşı sorumluluğu kabûl ederek, devlet ve yeni düzen adına bu kanun kabul edilmiştir” ibaresi yer alır (Basic...1996: 144). K. Hubner’e göre ulus; “... kimliği zamana tabi olmayan bir bireydir ve bu nedenle doğüstü bir şeydir... Ona ait olmak öznel bir tercih değil, kaderdir. (Sotsialnaya ..., 2006:82). Bir sembolün gerçeklikle özdeşleştirildiği örfî hukuk anlayışı çağdaş davranışlarda görmek mümkündür. Sonuç olarak sembol sanki canlanmakta, ona karşı

olan tutum da yerine geçtiği gerçekliğe eşdeğer olmaktadır. Örneğin SSCB'de parti kartına sahip olmak çok önemliydi. Kartı kaybeden kişi mevzuata göre ya ciddi bir kınama alır veya SBKP'den uzaklaştırılırdı. Aynı şekilde parti liderlerinin daha ciddi suistimalleri, örneğin malî disiplin ihlâli veya yolsuzluk gibi hallerde genellikle kınama yoluyla cezalandırılırlardı. Sert bir kınama ve SBKP'den uzaklaştırılma yanında Sovyet vatandaşının kariyerine son verildiğini de belirtmek gerekir. Sadece parti mensubu olmak, kaynaklara erişimi sağlıyordu. SBKP'ye girmekse, üstü kapalı "parti bileti/kart almak" deniyordu. Birçok insan bu sembolün Sovyet siyâsî kültüründeki benzer rolün bürokratlar arasında ilginç bir mücadeleye sahne olduğu da hatırlayacaktır. Siyâsî bir sembolün kutsal statüsü, 1970'lerde gerçekleştirilen parti kimlik kartlarının değiştirilmesi esnasında yaşanmıştır; 1 numaralı parti kimliği "kutsal ata" yâni Lenin'e ait olmakla, ancak iki numaralı kart SBKP genel sekretere L İ. Brejnev'e verilmiştir. Brejnev bu şekilde sanki kutsal bir statü kazanmış oluyordu. Vatandaşların devlet sembolü olan bayrağa karşı olan tutumları da teamül hukuku tarafından devlet yönetimine olan tutum olarak değerlendirilmektedir. Bayrağa karşı aynı davranış, orduda da aynı şekilde sergilenmektedir. Örneğin, bayrak her zaman bölüğün yanında olmalıdır. Savaş esnasında bayrak kaybolduğu takdirde, bölük komutanı diğer suçlular birlikte askeri mahkemeye çıkarılıp, yargılandıktan sonra, o bölük ilga edilir.

Devlete (vatan) bağlı olmaya yemin eden bir asker, bayrakla ilgili sadakat kalıplarını kabûl eder (diz çöker ve bayrağı öper). Kanun, devletin bayrağını vatandaşlara yönelik kötü muameleden korur. 70'lerde Leningrad üniversitesinde öğrencilik yıllarımda bir bayram günü "Saray Köprüsü"nde sarhoş birinin köprüünün korkuluklarını süsleyen bayraklardan birini alıp yırttığı için adli ceza alıp, üniversiteden de atıldığına şahit olmuş-tum. Elbette buna kimse şaşırmadığı gibi, öğrencilerin normal

karşıladığını belirteyim. Kısacası bilincimiz ve siyâsetimizle uyumlu idi.

Günümüz Rusyasında da bayrağa hakaret etmek, “üç aydan iki yıla veya, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası” öngörmektedir (Madde. 329 Rusya Federasyonu Ceza Kanunu). Moskova’da Tver mahkemesi 3 Haziran 2004 yılında Armen Beniyaminov adında biri, 6 Kasım 2003’te Den Soglasiya i Primereniya⁸ gününde Devlet Duması önündeki direktan Rusya Federasyon bayrağını indirip, yerine Sovyet kırmızı bayrağını çektiği için bir yıl hapis cezası almış, iki yıl da adli denetim şartıyla serbest bırakılmıştı. Sanığın avukatı temyiz davası açmış, lâkin Moskova şehir mahkemesi başkanı cezayı onaylamıştır. Belirtmek gerek ki, Rusya Federasyonu Anayasası söz ve fikir hürriyetine karşı olmamasına rağmen, ne kanunun kendisi ne de adli uygulamalar Rus toplumunda protestoya sebep olmamıştır.

Benzer zihinsel katmanlar post-endüstriyel toplumların hukuk kültüründe de görülür. Amerika Birleşik Devletleri örneğinde neredeyse 70 yıldır süren sembolün farklı tutumlar arasındaki mücadele açıkça izlenmektedir. Bu mücadelenin asıl noktalarına bir göz atalım?

1940 yılında Pennsylvania’daki okullardan birinde, her sabah yapılan bayrak törenine katılmayı rededen iki öğrenci okuldan kovulur. Öğrenciler, herhangi bir idole tapmayı yasaklayan “Yehova Şahitleri” ailesine mensupturlar. Kovulan öğrencilerin ebeveynleri, okul yönetimini çocuklarının dini haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle itiraz ederek, Yargıtay’da dava açarlar. Mahkeme, okuldan atılma kararını bir oya karşı, sekiz oyla tasdik ederken, temyiz mahkemesi bayrağa yönelik tavrın hiçbir şekilde meşru otoriteye itaatsizlik anlamına gelmeyeceği kanaatiyle farklı bir karar verir. Keza Vietnam savaşı esnasında Amerika’da bayrak yakmadan neredeyse tek bir savaş karşıtı gösterinin ya-

⁸ 7 Kasım 1996 yılından 2004 yılına kadar Ekim devriminin yıl dönümü olarak kutlanan Uzlaşma Günü (çev. notu).

pılmadığı bilinen şeylerdendir. Polisin alabileceği en iyi önlem, protestocuları gözaltına almak ve para cezasına çarptırmaktır. Bu arada eyalet meclisleri bayrakların düzgün bir şekilde asılmasını salık veren kanunlar çıkarıyordu. G. Johnson'ın 1984'te Teksas'taki Cumhuriyetçi Parti Kongresinin toplantı yapacağı binanın önünde Amerikan bayrağını yakan Gregory Johnson tutuklanmış ve bir yıl hapis ile, iki bin dolar para cezasına mahkûm edilmişti. Johnson bu karara itiraz etmesi üzerine, yaklaşık beş yıl süren dava Yargıtaya intikal etmiş, mahkeme, oy birliğiyle vatandaşların kendi takdirine bağlı olarak, devlet bayrağını kullanma hakkını kısıtlayan yasalar üzerinde şartsız önceliğe sahip olduğuna karar vermiştir. Kongrenin bu kararı reddetmesi üzerine, aynı yıl “Bayrak Koruma Kanunu”nu çıkarmış, bir sene sonra Yüksek mahkeme bu kanunu çiğneyen iki kişinin davasının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir. Yüksek mahkeme kararına müdahale etmenin tek yolu, Anayasa'da düzenleme yapmak olduğundan, söz konusu davanın yasaya aykırı olduğu ilân edilemezdi. Bunun için on iki defa anayasa düzenleme teklif edilmiş fakat, teklifin kabûlü için üyelerin üçte iki onayı gerektiğinden, teklif her defasında Senato tarafından geri çevrilmiştir. Teklif son defa 2000 senesinde “Senato'da ölmüştür”. Teklifi sunan Cumhuriyetçi kongre üyesi Randy Cunningham adını 11 Eylül terör saldırısından sonra artan Amerikan vatanseverliğiyle açıklarken, Demokrat üye Jerry Nadler; “Eğer bayrak korunmaya ihtiyaç duyuyorsa, bu da bayrağın temsil ettiği değerlerden ziyâde, bayrağın kendisine değer veren kongre üyelerindendir” şeklinde açıklama yapmıştır (Abarinov 2005).

7. Bölüm

Yaşın Hukukî Yönleri

Geleneksel Toplumda Hukukî Bir Kategori Olarak Yaş

Geleneksel toplumda birey hak ve yükümlülükleri öncelikle yaşa göre belirlenir. Hayatın her alanında insan davranışını düzenleyen yaştır. Gençlerden farklı olarak yaşlılar idârî kararlar alabilecek daha prestijli görevler üstlenerek, toplumun hayatına yönelik karar verirler.

Sosyal hiyerarşi yaş ilkesi üzerine inşa edildiğinden, bu durum cinsiyet ve yaşa dayalı ilk iş bölümü sonucu doğal olarak şekillenir. Tecrübe; güç, çeviklik, dayanıklılık gibi sağlam fiziksel unsurlar, erken dönem topluluklarının hayatta kalmasını sağlar. İlim adamlarına göre tam da bu özellikler büyük hayvan avlarında başarılı olmalarını sağlayarak, et yemek Homo Sapiens'in gelişiminde birinci dereceden önem taşır. Etnografik verilere bakıldığında büyük bir ihtimâlle ilkel toplumun sosyal yaş hiyerarşisinde yaşlı ve işlevsel olan erkeklerin lider pozisyonunda olduğunu söylemek mümkündür (Boçarov 2006: 65-66). Dahası, 19. ve 20. yüzyıllarda antropologlar tarafından bulunan yeni materyaller, ilkel toplumun yaş sınıfları denilen bir sistem üzerine kurulduğu sonucuna varmamızı sağlamaktadır. İlk başta Doğu Afrika'da rastlanan bu tür topluluklara (Kalinovskaya 1976), daha sonra dünyanın değişik bölgelerindeki insanlar arasında yaş sınıflarının varlığının izlerine rastlanmıştır. Bunun yansısı bazı araştırmacılar ilkel topluluklarda yaş prensibinin toplumun yapısını tamamen belirlemediği, yâni yaş sınıflarını bölmediğini düşünmektedirler. Bu tür toplumlar, sosyal hiyerarşinin, dolayısıyla hukuki sitemin düzenlenmesinde yaş prensibinin tam ölçekli uygulanmasına bir örnek teşkil eder. Öte yandan modern

zamanların karmaşık toplumlarında insanlar, bir dereceye kadar sosyal rollerini ve aynı zamanda yaşla ilgili gelenek ve sorumluluklarını ölçmeye devam ederler. Hemen hemen her kültürde taşıyıcıların hayatını yönlendiren, belirli yaşta sosyal statüyü elde etmelerini zorunlu kılan ve yol göstericileri olan “yaş haritaları” görmek mümkündür (Boçarov 2006:31-32).

1. Geleneksel Toplumda Yaş Grupları Arasında Hak ve Sorumlulukların Dağılımı

Arkaik model çerçevesinde yaşlı ve genç nesiller arasında “ideal” bir ilişki söz konusudur. Aralarındaki ilişki ilkel toplumun maruz kaldığı en önemli biyolojik tehlikeden onları korumakta ve hayatta kalmalarını sağlamaktadır. Bu, büyüme evresinde yaşanan olumsuz, saldırgan ve otoriteye başkaldırmanın yükseldiği nesiller arası çatışmayı da önler. Toplumsal bilgi gelecek nesle ancak doğrudan temas yoluyla aktarıldığında, yaşlılar ve gençler arasında olumlu bir duygusal ortam, hatta aralarında bir “sevgi hissinin” oluşmasını sağlar (Lorenz 1969: 48). Dolayısıyla, toplumun hayatta kalması, doğrudan yaşlılarla, gençler arasındaki duygusal ilişkiye bağlıdır (gelenegin halef ve selefleri).

Beklendiği gibi yaş sınıfları aynı biyolojik yaştaki erkeklerden ve birkaç yaş derecesinden meydana gelir. Antropologlar bu tür sistemlerin çeşitli türleriyle karşılaşmışlardır. Her sınıf ortalama 6-8 seneyi içerir; daha sonra her sınıf bir derece atlar, bu da her grup üyesinin belirli isim, farklı nişaneler, haklar ve görevler içeren ritüellerle yapılır (Kalinovskaya 1976). Bu sınıflamanın en önemli olanları çocuklar, gençler (evli olmayanlar), olgun erkekler, liderler ve yaşlılardır. Sosyal yaş merdiveni yükseldikçe, döngü gibi hiçbir hakkı olmayan çocuklardan, tam hakka sahip liderlere (40-45 yaş) ve yaşlılardan gençlere, yönetim kararları almakla ilgili hakların artmasıyla, diğer yandan yaşlılar da toplum yönetiminden tamamen uzaklaştırılmasıyla devam eder. Örneğin Doğu Afrika'daki Gallar arasında yaşlılar, çocuklar

gibi “sağır” olarak adlandırılıp, herhangi bir kararda oy hakkına sahip değildir (Boçarov 2006: 53-59). Rus kültüründe de benzer duruma rastlanır: “Rus geleneğine göre aile toplantılarında büyükbaba ilk söz hakkına sahiptir, ancak bu hak karar vermede değil, daha ziyade nasihat vermededir... Baba ve oğul arasında liderlik sanki; biri önder, diğeri maiyeti olarak bölüştürülmüştür. Aynı şey evin kadınları için de geçerlidir. Evin genç hanımı zamanla “ocağın” başındaki kişiye dönüşecektir” (Belov 1984: 99-157). Yaşlılar, geleneğin koruyucuları, yüksek prestij, hafıza rolü üstlenmişlerdir. Bazı toplumlarda ise, çaresiz yaşlıları yükten kurtarmak için öldürüyorlardı. Fakat bu da “saygıyla” yapılmaktaydı, çünkü onların kutsal güçlerinin zirvesine ulaştıkları “daha iyi dünyaya-atalar dünyasına” gittiği varsayılıyordu.

Yaş ilkesine dayalı sosyal model dengesizliğinin ilk belirtileri, klanların güçlendiği yani akrabalık kolektifinin birinci dereceden toplumun yapısını belirlemeye başladığı zaman ortaya çıkar. Eğer bu zamana kadar yaş sınıfına bağlı aidiyet bireyin biyolojik yaşıyla belirlendiyse, “Babalar” ve “Oğullar” arasındaki kan bağı dikkâte alınmadan, sosyal yaş kategorisinin oluşmasıyla, artık yaş grubuna aidiyet biyolojik babaya bağlı hale gelir. Bu durumda toplumun biyolojik yaş yapısı, artık toplumsal yapıyla örtüşmüyor demektir. Başka bir ifadeyle soydan bağımsız sosyal yaş yapısı, aynı biyolojik yaşa sahip kişilerle değil de, babalarının eşit maddi güçlere sahip olduğu kişilerle dolmaya başlar. Diğerleri, yaşlarının büyük olmasına rağmen “erkek çocuk” olarak kalırlar. Babalar, bazen kendi statülerini korumak için çocuklarının sosyal olarak büyümelerini istemezler. Bu nedenle, 20. yüzyılda antropologlar genellikle olgun erkeklerin (biyolojik anlamda) yönetim hakkı olmayan sosyal çocuklar olmaya devam ettikleri durumla sık sık karşılaştıklarından bahsedeceklerdir. Örneğin M. Wilson, Güney Afrika’daki Nyakyusa halkı üzerine yaptığı araştırmalarda, yaşlı bir liderin neslinin yaşı geçmesine rağmen hâlâ yönetimde kalmaya devam ettiğini anlatır. Yerliler, Wilson’a

bu durumu gençlerin daha onların yerine geçecek kadar büyümediklerini anlatmaya çalışacaklardır. Fakat onların “gençler” dedikleri kişiler, neredeyse 40 yaşlarında adamlardır (Wilson 1977) ve hâlâ “oğul” grubunda kalmaya devam etmektedirler. G. Spencer’in belirttiği gibi “ataerkil bir toplumda birinin oğlu olmak, onun kölesi veya hizmetçisi olmaktan farklı değildir” (Spencer 1877:190).

Sosyal farklılaşmanın derinleşmesiyle hiçbir hakka sahip olmayan bu kategorilerin üzeri yaşla örtülmüştür (çocuk - köle). Eski Slav, Çek ve Slovak dillerinde delikanlı kelimesi köle, yâni; konuşmayan, dilsiz, konuşma hakkına sahip olmayan mânâsına gelmektedir. Eski Rusya’da sadece çocuklar değil, yabancı esirler (köleler) de delikanlı olarak adlandırılıyordu. Dilbilimcilere göre “Çelyad” yani esir köle kelimesi de hiçbir hakka sahip olmayanlar çocuk kelimesinden gelmektedir. Mesele, Rusya’nın Bizans’la olan anlaşmalarında geçen “çelyad”dan esir, köleler kast edildiği gibi, köle demek olan “holop” kelimesi de çocukluk kelimesinden gelmektedir. “Holop”, kendilerinin arasından çıkmış bir köle olup, “çelyad” gibi yabancılardan değildir (Boçarov 2006: 122; Boçarov 2001: 527).

Liderler konseyine katılmak için sadece yaşının yaş yeterliliği değil, aynı zamanda birkaç sosyal özelliğe (en başta zenginlik) sahip olunması gerekir. G. Spencer’in tesbit ettiği gibi zaman içinde kıdemi ifade eden kelimeler fahri ünvanlara dönüşecektir. Spencer bu sonuca Avrupa soylu ünvanlarının etimolojisini analiz ederek varmıştır; Lord, Kont, Baron, Dük, vd. Bu ünvanlar geleneksel toplumda yüksek yaş grubuna aidiyeti belirten kategorilerle ilişkilidir (Spencer 1877: 199).

2. Yaşlıların Meşru Hakimiyetlerinin İdeolojik Temeli Olarak Ata Kültü

Yaşlıların temel hakları, atalar kültünün ideolojisine dayanan yaşlıları temel haklarına ilişkin arkaik fikirler, geleneksel top-

lum temsilcilerinin hukuk bilincini belirler. İlkel toplumlarda otoritenin kutsallaştırılmasında fazla göze çarpmayan; yaşlıların sözlerinin dinlenmesi, tavsiyelerinin dikkate alınması daha çok yaş grupları tarafından önerilen tabularda görülmektedir. Ancak, gençlerin uyması gereken farklı yasakları (yiyecek, cinsellik, sözel) yaşlılar ihlal edebilmektedirler (Boçarov 2006: 172-224).

Pek tabi liderlerin varolduğu daha karmaşık toplumlarda, büyüklere itaat etmek örfi hukuk kapsamında olup: “bütün aile üyelerinin bu efendiye (baba. - V. B.) yaşarken ve öldükten sonra gösterdikleri alçakgönüllülüğü ve saygıyı hayâl bile edemeyiz”. Ev içinde baba, klan lideriyle aynı hakka sahiptir. Baba, kendine tâbi olan kişilere fiziki ve ahlâkî işkence yapma, dövme, özgürlükten mahrum etme veya sakat bırakma, hâtta karısını, yetişkin oğlunu, kızını, çocuğunu öldürebilirdi. Baba, bu haliyle tanrıların (atalarının) yaşayan temsilcisidir (Bryant 1953: 272-274). Onun için baba, atalar kültürüne dayanarak, gençlere “lânet etme” gibi ideolojik ve mistik bir yaptırım uygulayabilir. Babası tarafından lânetlenen oğul ve torunları gelecekte büyük uğursuzluklar bekler. Gençlerin davranışları üzerindeki bu etki, bugün de özellikle Doğu dünyasında hâlâ devam etmektedir.

Eski Rusya’da “yasama”, kült ve atalarla kutsanmıştır. Mesele Kremlin’e Detinets deniyordu. “Pogost” hem pagan mezarlığı, hem de Veçe’nin toplandığı yer için kullanılmıştır. Veçe’nin kararlarının mezardaki atalar tarafından yetkilendirildiği düşünülür. Novgorod kalesinin Detinets olarak adlandırılmasında “Detinets” kelimesinin etimolojik olarak Leh dilinde “büyükbaba” anlamına yakın olması ve aynı zamanda Polonya’da “dedelerin” toplandığı yere de “dedinets” denmesiyle ilgilidir. (Andreyeva 2001: 66).

3. Antik Uygarlıklarda Liderlik Hakkı

Atalar kültürü, antik uygarlıkların hukuk bilincini ve temsilcilerini belirler. Bu öncelikle klan mülkünün bölünmezliği ve

lider hakkı ile ifade edilir. Aile mülkünü en büyük oğul alır. Bu hakkı, kadim kanunlar örneği üzerinden tahlil eden Fustel de Coulange, bu hak olmadan, mezkûr sistemin anlaşılamayacağını ifade eder.

“Aryanlara göre en büyük oğul, atalara olan görevi yerine getirmek için doğarken, diğerleri sevgiden dünyaya gelmişlerdir. Büyük oğul doğuştan gelen bu üstünlük sayesinde, babasının ölümü üzerine ev kültüründeki bütün törenlere başkanlık eder, mezarda konuşmayı o yapar, duayı o okur. Zira, duaları okuma hakkı ilk doğan çocuğa aittir. En büyük oğul ilâhilerin varisi, kültürün ardılı, ailenin dinî reisidir. Büyük oğulun mülkü miras alması gerektiği hakkı da buradan gelir. Böylece, Manu yasalarına göre: “büyük oğul babasının mirasını alır ve diğer kardeşler onun otoritesi altında yaşarlar. Büyük oğul atalara olan borcunu ödediği için, her şeyi o alma hakkına sahiptir. Yunan hukuku ile Hinduizm de aynı inanç köküne dayanmakla, öncelikli liderlik hakkıyla karşılaşmamız şaşırtıcı değildir. Sparta’da, başlangıçta özel mülkiyet hakkına dayanan araziler bölünmediği gibi, en küçük oğulun bunlarda bir payı yoktu. Aynı şey Aristo’nun incelediği eski yasalarda da mevcuttur. Thebai’nin eski yasasına göre toprakların yüzölçümünün değişmezliği, arazinin kardeşler arasında bölünmediğini göstermektedir. Aristo, Korintlilerin yasalarında aile sayısının değişmemesi, bunun yeni nesilde ailenin bölünmesini engelleyen liderin izniyle yapılabileceğini söyler.

Dimosthenis zamanında Atina’da böylesi eski bir kurumun olmamasına rağmen, bu dönemde de lider önceliğe sahiptir. Örneğin baba evi ona ait olduğu gibi, maddî ve dinî açıdan üstünlüğe o sahiptir. Çünkü baba evinde ailenin eski ocağı bulunmaktadır. Dimosthenis zamanında küçük oğul kendine yeni bir ocak kurmak için baba ocağını terk ederken, tek gerçek varis evin büyük oğlu, baba ocağına ve atalarının mezarına sahip çıkarak, soyun adını korur. Bu durum, soyun mirasının tek bir kişiye kaldığı zamanlara mahsustur.

Belirtmek gerekir ki, liderlik hakkının adaletsizliği başka geleneklerle yumuşatıldığı görülür. Küçük oğul bazen başka bir aile tarafından evlat edinilip, orada varis olurken, bazen evin tek kızıyla evlenip, bazen de ölen aileden kalan toprağın mirasçısı olur. Bunun dışında küçük oğullar sürgüne gönderilir.

Roma'ya geldiğimizde liderlik hakkıyla ilgili hiçbir kanuna rastlamayız. Ancak bu eski İtalyalıların bilmediği anlamına gelmez. Muhtemelen zamanla böyle bir kanunun izlerinin silinmiş olması mümkündür. Ancak Roma ve Sabin kabileleri arasında soyun (gens) devamlılığı bizim bilmediğimiz zamanlarda liderlik hakkının var olduğunu ve geçerli olduğunu düşündürmektedir. Çünkü klanlar arasındaki ilişkiyi sağlamak ve uzun yıllar boyunca kurulan ittifakları devam ettirmek için böyle bir hakkın var olması gerekmektedir. Eski liderlik hakkı burada sonuçları ve tabiri caizse fiilleriyle ispatlanabilir.

Liderlik hakkı, gençlerin büyüklerin lehine soyulması veya haksızlığa maruz kalması olarak düşünülmemelidir. Örneğin Mani kanunları bu hakkı şöyle açıklamaktadır: “Ağabey, erkek kardeşlerine babanın oğullarına davrandığı gibi davransın, kardeşler de ağabeylerine babaları gibi saygı duysunlar”. Antik dönem anlayışına göre liderlik hakkı, toplumun hayatını üstlenmiş olmakla, bu bütün kardeşlerin aile reisine (lider) danışarak mirası kullanmasından başka bir şey değildi. Bu hak soyun mirasının aile gibi bölünmez olduğunu göstermektedir. Aslında tam da bu anlamda bir Roma soyunun kaynağı olduğunu ve Roma hukukunda bunun da var olduğunu düşünebiliriz (Fustel de Coulange, 1906: 86-89). Bu hak İngiltere, Fransa, Almanya ve diğer Avrupa ülkelerinin feodal hukukunda da kendisini gösterir (11. ve 13. yüzyıllarda mülkün sadece soyun veya ailenin ilk çocuğunun miras alabildiği ekberiyet esasına dayanmasıyla aynıdır). Örneğin, İngiltere’de majorat 20. yüzyıla kadar devam etmiştir.

4. Hristiyanlık ve İslâm'da Liderlik Hakkı

Liderlik hakkı birçok dinde de kendini gösterir. Hristiyanlıkta liderlik otoritesi, ebeveynlerin “kendi çocuklarını kutsamasıyla” ifade edilir. Ebeveynlerin çocuklarını kutsaması, ilk olarak Tekvin’de (9. bölüm) görülürken, aynı şekilde çocukların ebeveynlerin iradesine bağlılığı Tevrat’ta (M.Ö. 13.yy.) ve kral Solomon’un (M.Ö. 10.yy.) kitaplarında karşımıza çıkar. Hristiyanlık tarihi, Göklerin Tanrısının kendi “Oğlu”nu kutsama işaretiyle geçerken, bu insan soyunun günahını üstlenme, onları bağışlama kutsamasıdır ki, Tanrının oğlu bunu yapmıştır: “ölene kadar ve ölürken de, onun iradesinden şaşmadı” denmektedir. Eski Ahit’te; “Anne ve babana saygı duy... Annesine veya babasına vuran kişiyi ölüme mahkûm etmek gerekir” (Tevrat, Çıkış 2,3,6), “Annesine babasına kötü davranan kişi, ölüme teslim edilecektir”, oğlu lâf dinlemezse “anne baba onu alıp liderin yanına getirsinler... O zaman şehrin sakinleri onu öldüresiye taşlasınlar...” (Levililer 18-20) diye geçerken, Yeni Ahit’te de aynı şekilde; “Çocuklar, ebeveynlerinize itaat edin, yoksa hak yerini bulur” (Pavlus’un Efeslilere Mektubu 5, 6.) denmektedir.

Hristiyanlıkta liderlik fikri, liderlik kurumunda ortaya çıkar. İlk başta rahipler arasında başlayan liderlik, orada özel ruhban yeteneklerine sahip, Tanrı’nın hükmünü bilen keşişler “starets” lider sayılır. Eski Rus kilisesinde “starets” kelimesi bütün yaşlılara ait bir atıf olmakla birlikte, ayrıca “özel starets” adında manastır yönetiminde yer alan keşiş kategorisine de işaret eder. “İgumenos ve staretslerler tarafından ikili yönetim sistemi manastırda eşitliği sağlar.

Daha sonraları “starets” sadece nasihat veren keşiş olmanın ötesinde, Tanrının iradesini ileten bir aracı, yukarıdan gelen bir sese dönüşecektir. Hatta bazen “startes” Tanrı ile aynı görülür: “Tamamen Tanrıdan ilham alan kendi kutsal peygamberlik hizmetinde, starets öğrencisine Tanrı iradesini anlatır. Tanrı ile insan arasındaki aracı olarak starets, Mesih’in görevinin devamcısı

sayılmakta ve Musa ile aynı peygamberlik mertebesinde yer alır” (İerodiakon Nikolay Saharov 2001:84-112). Dostoyevski’nin “Karamazov Kardeşler”inde dünyaya iyilik getiren starets Zosi-ma’yı hatırlayabiliriz.

Bugün “starets” artık ne büyük, ne de yaşlı demektir. “Starets” artık; “sezgileriyle olacakları önceden gören, mucize yaratan, peygamber, küçük kilise insanları arasında ise “guru, sihirbaz, büyücü” (ki, bu haksızlıktır) anlamına gelmektedir. Anlaşılabacağı üzere din bilincinde de yukarıda bahsi geçen aynı mekanizma çalışmakta, ortaya çıkan yeni hiyerarşi ve yeni anlamların yaş koordineatları tarafından altı çizilmektedir.

İslâm dogmalarında “starçestvo” kurumu yoktur. Bilindiği üzere Muhammed peygamber ata kültüne karşı çıkması sebebiyle çeşitli hakaretlere maruz kalmış... “en çok itiraza da Muham-med’in putperest ata ve dedelerin cehennemde yanacağı sözle-ri sebep olmuştur” (Erken İslam, 1994). İslam’da ebeveynlere karşı itaat ve saygı, Tanrı’ya olan iman ve ibadetten sonra gelir. Örneğin Bakara suresi 83. Ayette; “Bir zamanlar biz İsrâiloğul-larından, yalnız Allah’a kulluk edeceksiniz; ana babaya, yakın akrabaya, yetimlere, yoksullara iyilik edeceksiniz. İnsanlara gü-zel söz söyleyin, namazı kılın, zekâtı verin diyerek, söz almıştık” diye geçmektedir. Kur’an’da birkaç ayet ebeveynlere değinmekte, onlara karşı saygılı olmayı vaaz etmektedir. İsrâ suresi 24. ayette ebeveynler için dua etmeleri buyrulurken, Lokman suresi 15. ayette müslümanlardan Tanrının kanunlarına aykırı davran-madıkları sürece, ebeveynlerine itaat etmeleri buyrulmaktadır (Torkamani 2009). Ebeveynlere karşı kötü davranma ve onları dinlememek günah sayılır.

Müslüman halklar arasında Kur’an’ın buyurduğu “ata kül-tü” ile beraber var olduğu görülür. Bu durum örneğin Kuzey Kafkasya’da Tanrı ile beraber, atalarına da tapan etnik gruplar-dan Çeçenlerin, Arap Vahhabilerin: “Allah, bizim kanunları-mıza göre atalarımızın söylediklerini yapmamızı buyurmuş-

tur. Allah'ın buyurduklarıyla, bizim kanunlarımız zıt değildir" sözleriyle derinden sarsıldıkları bir vakıadır (Blagovolın 2009).

Geleneksel dinlerin temsilcilerinin yaş otoritesine bağlı hassasiyetleri, özellikle Rus siyasetçilerine ve ülkede çocuk mahkemeleri kurmaya çalışan liberal fikirli tanınmış kişilere karşı koymada ortaya çıktı. Geleneksel din temsilcileri için bu tür kurumlar, ebeveynlerin "çocuklarını kendi fikirleriyle büyütme ve ebeveynin çocuğunun terbiyesindeki doğal rolüne" saldırı anlamı taşıyordu.

5. Modern Doğu'da (Japonya)

Yaşın Geleneksel Hukukî Yönleri

Günümüz Doğu ülkelerinde yaşın geleneksel hukukî yönleri oldukça açıktır. Bu özellikle Konfüçyüs-Asya kültürünün hâkim olduğu ülkelerde örneğinde oldukça barizdir. Yaşlıların otoritesine itaat ve şartsız bağlılık, Konfüçyüsçülüğün özel ilkesi olan Xiao'yu oluşturur. Xiao'ya göre çocuklar sadece ebeveynlerinin iradesine baş eğme dışında aynı zamanda onları şartsız sevmek zorundadırlar. Konfüçyüs'e göre ölmek, ebeveynlere itaat etmemekten daha iyidir. Burada oğulların, babaya göstermeleri gereken saygı ve itaat, bütün devlet mekanizmasına hâkimdir.

Konfüçyüs kültürünün hâkim olduğu modern devletler örneğinde, iktisadî ilerlemenin insanların "geleneksellikten" kurtulup, hayatlarının "insan haklarına" dayandığı "özgür insan" olmalarıyla ilgili liberal görüşe tamamen aykırı bir olgu olduğu aşikardır. "İnsan hakları" başlığı altında ileri sürülen bu önermeyi geçersiz kılan en çarpıcı örnek, ekonomik ve teknolojik yönden dünyanın en gelişmiş ülkelerinden biri olan Japonya'dır. Burada yaşlılar ve gençler arasındaki ilişkiler varlığını "arkaik" hâliyle korunmaktadır. Bu konuda Rus araştırmacılar tarafından toplanan ayrıntılı materyaller ilginç veriler sunmaktadır (Pronnikov, Ladanov 1996). Japonya'da atalar kültürünün klâsik anlamda aktüelliğini kaybetmemesi, yaş grupları arasında hakların bölünmesin-

de görülür. Modern Japon toplumuna göre aile, uzak geçmişin bütün atalarını olduğu gibi, uzak geleceğin bütün torunlarını da kapsar. Bu nedenle borç kavramı hem torunlara hem de atalara karşı belirli yükümlülükler anlamına gelir. Japon toplumunda bu kültün üç türü vardır: imparator hanedanlığına saygı, soyun hamisine saygı, aile atalarına saygı. Bunun için evlerde her zaman bir kamidene (Şintoizm’de ev tanrıçası) bulunur. Butsudan sunağı (Buda sunağı) önünde atalarının saygı ritüeli gerçekleştirilir. Butsudan sunağı ölümlerin isimlerinin olduğu anıtlardan meydana gelir. Şintoizm’e mensup evlerde sadece atalara saygı için levhalar bulunur, Atalara kurbanlar sunulur (pirinç, çay, balık, sakaki dalları). Bir ailenin refahı, her ailenin atalara saygı ritüelini ne kadar sadakatle icra ettiklerine bağlıdır. Konfüçyüs’e göre, çocuklar için ebeveynlere karşı saygısızlıktan daha büyük bir suç yoktur.

Japonya’da farklı yaşlardaki aile üyeleri arasındaki ilişkiler geleneksel hukuk sistemi olan Giri tarafından düzenlenir. Çocuklar tartışmasız ebeveynlerinin iradesine tâbi olup, ebeveynler yanlış yapsalar bile onlara itiraz etme hakları yoktur ve onlara itaat etmekle yükümlüdürler. Bütün işleri büyük kardeşler yönetir ve küçüklere önderlik ederken, küçük kardeşler itaat edip, büyüklere en yüksek derecede saygı gösterirler. İtaat, küçük kardeşin göstereceği en iyi davranıştır. Büyük ve küçük kız kardeşler arasında da aynı ilişki mevcuttur. Medeni kanun, ağabeyin statüsünü garanti altına almamış olmasına rağmen, (bu, herkesin miras alma hakkının eşit olduğu anlamına gelir), pratikte ağabey üstünlüğünü kaybetmez. Bu durum, özellikle kırsal alanlar için geçerlidir.

Bütün Japon görgü kuralları yaşa saygı üzerine kurulmuş olmakla, Japon dili bile ailedeki yaş farklılıklarını kodlama üzerine kuruludur: erkek ve kız kardeşler (oğulları ve kızları da) birbirlerini isimleriyle değil, “yaşları” ile çağrılırlar (örneğin Nisan, ağabey anlamına gelmektedir). Yaş, kişilerin gerçek haklarını sadece aile içinde değil, işyerinde de belirler. Yaşlı bir kişi daha

genç veya işe yeni gelenden daha fazla ücret alır. Oysa, eşitliğe aykırı olan bu durumda, yetenekli insanların yaş ilkesini ihlâl etmeden daha yüksek ücret alması gerektiği düşünülmektedir. Çalışan birinin bireysel ve dikkat çekici başarıları bile yaş dikkâte alınarak değerlendirilir.

Kıdem, ücretlerin hesaplanmasında bütün farklılıkların ölçüsüdür. Her yıl artan ücretin ölçüleri, bireyin yaşı ve kurumdaki hizmet süresiyle ilgili olup, aynı unsurlar çalışanın kariyer gelişimini belirler. Üniversite mezunları şirkete girdikten sekiz yıl sonra bir alt birimin yöneticisi olabilirler. 40 yaşında departmanın başkanı, 50 yaşında ise bölümün başkanı veya müdür olabilir. Gençler, sıranın “kendilerine geleceği zamanı beklemek” zorunda olduklarından, bundan memnun olmamakla birlikte, sıra kendilerine geldiğinde varolan sistemin destekçileri olurlar. Bunun yanında büyük firmalarda beraber aynı anda işe başlayıp, terfi bekleyen kişilerle iş arkadaşı kulübü oluştururlar. Aralarından sadece birinin terfi alması durumunda, kıdem ilkesinin ihlâli gerekçesiyle idareye hoşnutsuzluklarını ifade ederler.

Japon firmalarında iş arkadaşları arasındaki ilişkiler etik bir kural olan ON tarafından yönetilir. ON, büyüklerin astlarına karşı kibar ve saygılı olmalarını, astların da üstlerine boyun eğmelerini ve onlara daha sık olarak teşekkür etmelerini buyurur. Şefe genellikle soyadına "san" ekini ekleyerek veya unvanıyla seslenirler (örneğin bölüm başkanı kate). Şef ise çalışanlarına soyadına "san" veya daha samimi olan "kun" ekini ekleyerek hitabeder. Samimiyet ifadesi sadece şefe hastır, çalışanlar resmiyeti korumak zorundadır.

Japonlar sosyal dünyayı; Sempai (büyükler) ve Kohai (küçükler) ve Dope gibi belirli yapılara bölünmüş olarak kabûl ederler. Dope kategorisi, beraber aynı işi yapan kişileri değil, aynı sınıftan olan iş arkadaşlarını kapsar. Dope arasında da yaş, iş tecrübesi veya okul ile üniversiteyi bitirme sempai ve kohai olarak farklılık gösterir. Kıdemli olan, yaşça da büyüktür. Kıdem, güç

ve dolayısıyla belirli bir korumaya sahiptir. İdeal dikey ilişki üzerine kurulu Japon modelinde; 1) En genç, yaşlıya şükran hislerini gösterir. 2) Büyük olan, genç olana karşı gösterdiği ilgi onun sempaisi olur. Japon ailesi sarsılmaz bir bağlılık hiyerarşisi üzerine inşa edilmiştir (baba ailenin reisi olup, ölümünden sonra en büyük oğul başa geçer; kaynana gelinden üstündür). Bu modelin üretime aktarılmış şekli, üstler ve astlar arasındaki çelişkileri azaltmaya yardımcı olur. Bunun yanı sıra Japonların insanları yönetme felsefesi, yöneticileri astlara dikkat etmeye, onlara ilgi göstermey ve korumaya, yani iyi bir "sempai" olmaya yönlendirir.

Okulda da çocuklar kідeme dayalı bir otoriteyle karşı karşıya dırlar. Evde ebeveynlerin, okulda öğretmenlerin otoritesi her halükarda tartışılmazdır. Öğrencinin en sadık arkadaşı sensei'dir (öğretmen). 1962 yılında Japonya'da insanların eğitimle programlanmaları kabûl edilmiştir.

Konfüçyüs'ün ebeveynlere ve yaşlılara saygı duymaları, onlara olan borcumuz, nezaket ve saygıyla davranmamız vs. yönetim belgelerinde resmi olarak karşılığı vardır. Japonların hayatında tâbiyet sistemiyle çatışma neredeyse hiç görülmez; büyüklere itaatsizlik, görevi ihmâl veya reddetme oldukça nadirdir. Çalışanlar, üstlerine karşı öfke duysalar bile, bunu asla doğrudan ifade etmezler (Pronnikov, Ladanov 1996: 75-295).

Örfi hukuk normları Japon toplumunun bütün hayat alanlarındaki ilişkileri sıkı bir şekilde düzenler. Bu kurallar, devlet yasalarından çok daha önemli ve değerlidir. Bu tezi teyid eden bir örnek bu konuda bize fikir verebilir: sadece para kazanmaya odaklanan, internet imparatorluğu Livedoor'un eski başkanı Takafumi Horie, iş arkadaşlarına karşı nezaket kurallarını hiçe sayarak, kaba davranması sebebiyle seçkin işverenler ona karşı ayağa kalkarak, kendisine ceza davası açarak, hisselerle ilgili dolandırıcılıktan ceza almasına sebep olmuşlardır (İvutin 2007). Japon kültürüne ait veriler, ekonomik olarak gelişmiş bir toplu-

mun “arkaik” bir sosyal modelle barışçıl bir arada olabileceğini göstermektedir. Ancak burada; arkaik unsurların ilerlemeyle ortadan kalkmaya mahkûm bir “kalıntı” olarak kabul edilmesi gerekip gerekmediği veya ekonominin doğası ile politika arasında sıkı bir ilişki olup olmadığı sorusunu gündeme getirir. Gerçi Japonya, içinde Avrupaî değerleri barındıran bir hukuk sistemi ve demokratik kurumlara da sahiptir. Fakat bunlar uzmanlara göre dekor hükmündedir. Bu, R. David’in Japonya’nın siyâsî hukuk yapısını “dış anayasalcılık” olarak adlandırmasına izin verir. Japonya’daki hukuk kültürünü belirleyen yaşın geleneksel hukuk yönlerinin sadece bir anakronizm olmayıp, tam tersine toplumda içtimai huzuru sağladığı görülmektedir. Bu görüşü doğrulayan önemli bir delil ise, ülkede neredeyse hiç grev olmamasıdır.

6. Modern Kafkasya’da Yaşın Geleneksel Hukuki Yönleri

Japonya’da geleneksel hukuk kültürü sadece reddedilmemekle kalmayıp, aynı zamanda oldukça bilinçli bir şekilde desteklenmesi bize eski SSCB örneği üzerinden mukayeseli tahlil etme imkânı sunar.

Burada (SSCB), devletin bir parçası olan etnik unsurların siyâsî ve yasal kültürünü belirleyen geleneksel kurumların tamamen ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir politikanın takip edilmiş olmasıdır. Bu yerel kurumlar, toplumsal ilerlemeyi engelleyen “kalıntılar” olarak değerlendiren SSCB yetkilileri, “en ileri toplum (komünizm)” inşasına girişiklerinde, devlet şiddetinin her türünü kullanarak “ilkelliğin kalıntılarına” karşı uzlaşmaz bir mücadele ilân etmişlerdi. Örneğin 1920’lerin sonlarında, Kafkasya’daki Sovyet politikası “yaşlılığa” karşı mücadele başlatmış, yaşlı insanlar halk düşmanları olarak ilân edilmişti: “Kulakın fakiri sömürmesi daha kolaydı, çünkü o sadece “kulak” değil, aynı zamanda “saygın bir yaşlı, soyun otoritesiydi” ... yaşlılara saygı duymak, var olan parazit unsurların sağlamlaştırılması demekti (Karaçaylov 1984: 49, 53, 139, 141). Yaşlı nesle yönelik

bu tür benzeri politikalar SSCB'nin her yerinde uygulanmıştır. Rivayete göre “kulak” (köylü) olan babasına karşı çıkan biri, bu nedenle “halk düşmanları” tarafından katledilen Pavlik Morozov¹⁰ boşuna halk kahramanı ilan edilmemiş, Sovyet gençleri onu örnek almamıştır. Kafkas toplumlarının geleneğinde, yâni otoriter bir güç olan yaşlılara karşı mücadele özel bir hal almıştı, Ruslar için nesiller arası çatışma olağan bir durumdu (Boçarov 2006:360-377).

“Geri kalmış halklar” arasında “Sovyet insanı” yetiştirmek için kültürel aktarımı yok etmek, yâni geleneğin büyüklerden küçüklere devrinin engellemek gerekiyordu. Mutlak bir hakimiyet için çabalayan Sovyet rejimi, âdetlere (geleneksel hukuk) dayanarak hüküm veren yaşlıları kendileri için tehlike görmekte, onları eski döneme bağlılık ve gençliği “kötü etkilemekle” itham ediyordu. Bunun için yerel toplum önderleri ve yaşlılar konseyi üyeleri oy haklarını kaybettikleri gibi birçoğuda sürgüne gönderildiler. Bu durum Stalin terörünün başlamasıyla, yaşlı insanların genellikle fizikî olarak yok edilmesiyle sonuçlanacaktı. Örneğin L. Razgon, bizzat gençlerin “yeni hayat kurmalarına” engel olmamaları için pek çok yaşlı insanın Kolima kamplarına sürgün edildiğini görmüştür (Razgon 1989). Ancak aradan çok uzun bir süre geçtikten sonra, yaşlılara karşı saygı geleneğiyle, otoritelere olan kör itaati birbirinden ayırt edeceklerdir (Çomayev 1971: 21-22).

RSFSR Ceza Kanunu'nun X. bölümünde “kabile geleneği kalıntılarını oluşturan” Kafkas halklarının birçok geleneği (daha sonra yerel âdetlerin kalıntılarını oluşturan); kan davası, kan bedeli, aile ve evlilik gelenekleri, vb. yasadışı, suç ilân edilerek (Smirnova 1998), bunlarla mücadele yolunda propaganda makinesi olarak, okul eğitimi, vb. seferberliği başlatılır. Ne var ki,

¹⁰ Pavlik Morozov Trofimoviç Sovyet döneminin önemli bir sembolüdür. Genç bir komünist olan Pavlik, babasının kulaklara yardım ettiğini Sovyet yönetimine bildirmesi üzerine babası öldürülmüştür. Bu davada akrabaları suçlu bulunmuştur. (ç.n)

yetkililer tarafından alınan bütün önlemlere rağmen, geç Sovyet döneminde Kafkasya bölgesinde eski geleneklerin sosyo-politik hiyerarşide yeniden egemen olduğu görülecektir. Bunun için bölgesel yapıya göre oluşturulan konseyler, aslında daha önce yaşlılar konseyinin işlevlerini yerine getirmekteydi. Yaşlıların rolü, tutucu soruların cevaplanmasına ve aile ilişkileri düzeyine indirilmiş olmakla birlikte; itibarlı soy ve ailelerden kimseler kolhoz, sovhoz ve köy konseyine seçilerek, yerel yönetimlerde etkili konuma gelmişlerdi.

SSCB'nin çöküşünden sonra her yerde yaşa bağlı olanlar da dahil olmak üzere geleneksel yapılar yeniden canlanmaya başladı. Örneğin, Abhazya'da yapılan son araştırmalarda “çeşitli seviyelerdeki yaşlılar konseylerinin kan davalarını durdurabilen, nızalılar arasında sulh sağlayan ve cinayet suçlularının resmî mahkemeler tarafından cezalandırılması için onaylarını alan tek yapı olduğu” bunu göstermektedir (Kırılov 2000: 92). Abhaz yaşlılarına göre ağır suçlara sadece adli suçlar değil, aynı zamanda “soyu rezil eden” hareketler de dahildir. Örneğin yaşlılar, bir kaza sonucu öldürülen bir kişinin ölümünden sorumlu kişiyi toplumdan kovma kararı verebilir ki, bu tür davranışlara teamül hukukunun kurallarını ihlâl etmeleri de dahildir (tecavüz, eşcinsellik vs.). Mesela, 90'lı yıllarda bir baba, bir kıza tecavüz eden oğlunun idam kararını onaylamıştı. Babanın iradesiyle öldürülen oğlunun yası tutulmadığı gibi, suçlunun ruhu ebedi ıstıraba mahkûm edilerek, zarara uğrayan kızın ailesinin rızası alınmıştır.

Kadınların ahlâksız davranışları veya gelenek dışı cinsel eğilimler göstermesi kabul edilemez bir davranıştır. Yaşlılardan birinin sözlerine göre; “bu tür iğrençliği ilk öğrenen akraba, suçluyu derhal öldürmelidir, çünkü bu soy için akıl almaz bir utançtır”. Yaşlılar, herhangi bir akrabasının rastgele ölümünde suçlu olan kişiyi takip edebilirler. Hatta, bu hususta suçluların aileleriyle beraber Sovyet döneminde Abhazya dışına sürüldüklerine dair deliller de vardır.

Abhazya yaşlılar heyeti, çatışan tarafları uzlaştırmada oldukça başarılıdır. Abhaz ailelerinden bazıları, üyelerinin teamül hukukuna dayanan davranışlarını kabûl ettikleri gibi, bunları özellikle yazarak kayda geçirmişlerdir. Araştırmacılarından biri, köyde “yaşlılar konseyi olmadan yönetimin hiçbir şey yapamayacağını” iddia eden bir gözlemcinin sözlerini aktarır. Yetki alanlarına mülkiyet sorunlarının çözülmesi de dahildir. Arazi anlaşmazlıkları göz önüne alındığında, yaşlılar heyeti hem eski toprak hukukunu, hem de Sovyet dönemin gerçeklerini göz önünde bulundurlar. Bu durumda, mülkiyetin geleneksel yasal yönleri öncelikli olup, Sovyet döneminde el değiştiren mülkiyet hakkına rağmen, yaşlılar konseyi araziye kişinin elinden alabilirler. Bunun için konsey eğer eski sahibinin toprağının az olduğuna ve bu toprakta yaşayanların çok olduğuna karar verirse, o “atalarının toprağını geri ver” demektedir ve o anki sahibi toprağı iade etmek zorundadır” (Krilov 2000: 74-93).

Yukarıdaki bilgilerden yola çıkarak insanlık tarihinin başından itibaren yaşlı ve genç nesil arasındaki asimetriyi güçlendiren sosyal-yaş modelinin sanayi sonrası toplumlarda sosyal ilişkileri daha az etkileyerek düzenlediği sonucuna varılabilir. Bu modele evrimci (ve Marksist) metodolojinin özelliği olan “arkaik” yaklaşım tarzı, kaçınılmaz olarak insan aklını toplumsal ilerlemeyi hızlandırmakta, onu ortadan kaldıracak eylemlere doğru kışkırtır. Ancak, SSCB’de yapılan bir deney, hukuk da dahil olmak üzere bir dizi radikal önleme rağmen “eski kalıntılara” karşı mücadelenin başarısızlıkla sonuçlandığını ortaya koymuştur. Zira, Sovyet döneminin bu “arkaik kalıntıları” denen “gelenekçiler” ya yeni oluşturulan kışkırtma organlarının faaliyetini değiştirmekte veya yeni bir “başlık” altında yeniden faaliyete geçirmektedir. Bu konuda, 19 Mayıs 2010’da Rusya Devlet Başkanı D. Medvedev, Kuzey Kafkasyadaki yaşlılar heyetinin yeniden yapılandırılmasını boş yere teklif edecektir (Medvedev 2010). Fransızlar, sömürgelerinde bir yandan kendi yönetim modelle-

rini uygularken, diğer yanda yerli geleneksel kurumların “gölge” olarak faaliyetine devam etmesi kimse için sır değildir. Dolayısıyla Doğu toplumunun Batı tecrübesiyle kültürlenmesi bunu doğrulamaktadır. Yerel kurumları görmezden gelmenin mümkün olmadığını fark eden İngilizler, bu gözlem ve tecrübelerle, onları sömürgelerinde kullanmayı tercih etmişlerdir. Yaşlılardan oluşan mahkemeler de, yerel makamları tanıyıp, onlara ek işlevler yüklemişlerdir. İngiliz sömürgeciliğinin bu siyâset anlayışı, evrimi ve olumsuz çağrışım uyandıran “kalıntı” kavramını tamamen reddeden işlevselciliğin (B. Malinovsky) metodolojik temeli üzerine inşa edilmişti. İşlevselciler, kültürde bütünlüğü sağlayan ve belirli işlevleri yerine getirdiği için eski bir olgunun veya fikrin yararlı olduğuna inanıyorlardı. Bu politika, özellikle ilk zamanlarda yerli halk tarafından memnuniyetle karşılanmıştı (Boçarov 2006: 67-85).

Doğu’da, “yüksek” siyâset alanını büyük ölçüde yaşın geleneksel hukukî yönü belirler. Özellikle, “yaşlılar ve gençler” veya “babalar ve oğullar” paradigması burada yöneticilerle yönetilenler, hükümetle memurlar arasındaki ilişkiyi belirtmek için kullanılır. Örneğin, devletin bir yüzü resmi olarak bu adı taşıyan “ulusun babasıdır” (Boçarov, 1992). Eski SSCB’de, “ağabey - küçük kardeş” paradigması, devletin parçası olan çeşitli etnik topluluklar arasındaki ilişkiyi göstererek siyâsî ve hukukî eşitsizliklerini güçlendirmeye yaramıştır.

Modern devletlerdeki yöneticinin “liderlik” yapısı, arkaik versiyonla tipolojik olarak aynıyet taşıyan, kendine özgü ata kültüne dayanır. “Kült”ün merkezinde, eski mumya geleneğine uygun olarak gömülen (mozole), devletin (Rusya, Çin, Vietnam, Kuzey Kore) kurucusu kutsal ata yer alır. Vücudunun bozulmaması (mumya) eskiden “ruhunun” da bozulmaması, modern devlette kutsal atanın “fikirlerinin ölümsüzlüğü” anlamı taşır. SSCB’de bu anlayış; “Lenin her zaman yaşayacak”, “Lenin bütün canlılardan daha canlı”, “Lenin yaşadı, Lenin yaşıyor, Lenin yaşayacak”

gibi benzeri söylemler, kamuoyunda geniş yer bulması bunun somut ifadesidir.

Bu kişilerin mezarlarında yapılan ve genelde devlet başkanının katıldığı ritüeller (çelenk koymak, yeminler ve antlarla dolu konuşmalar) soyun büyük üyesinin (oğlunun) yaptığı arkaik kültü çağrışıdır. Böylece, geride kalan torunlara refah sağlamak için toplumu yönetme konusunda atadan “talimatlar” alınır.

Sovyetler Birliği’nde bu mistik iletişim kurma şekli, ulusal (veya parti) forumlarında, devlet başkanı (SBKP) tarafından okunan raporlarda, atanın miras bıraktığı sosyo-ekonomik ve politik yola bağlılığı ifade eden nutuk ve ritüel gibi araçlarla gerçekleştirilmekteydi. Örneğin “komünist toplumun oluşmasında başarı” sağlandığına inanılmaktaydı (başarılar açıklanır). Yaşayan lider ve ata arasındaki mistik bağ, daha önce de belirtildiği gibi devlet başkanının (SBKP) Lenin’e yapılan atıflarda kendini gösterir. Kutsal “Lenin ata” ideolojisi, hayatta “sadık Leninistler” tarafından, en başta eski basında SSCB marşına göre “halkların babası” şekliyle tesmiye ediliyordu: “Bizleri büyüttü... sadakat, emek ve kahramanlık için bize ilham verdi” gibi. Birçoklarının hâlâ hatırlayacağı üzere, toplumun refahı “partinin ve hükümetin babalık vazifesi” olarak anlatılmakta, buna karşılık olarak “tâbi olanlar” yönetimi “oğul sevgisi ile sevmeli” ve karşılığını “sadakat ve inançla” ödemelidir. Halkla ilgilenmek (çarlık döneminde “çocuklar”) ya da A. Soljenitsin’in ifadesiyle; “halkla ilgilenmek” politik gücün en yüksek hedefi olmalıydı. Bu, ailede babaya göre görevlerin dağılımı için ideolojik bir temel teşkil eder. Dahası, yüksek yönetici otoritesini benzer bir şekilde tanımlamış görünmektedir. Bu anlamda liderlerimizin çoğunun eski yardımcılarında olan F. Burlatski’nin gözlemleri oldukça ilginçtir. F. Burlatski hatıralarında N. Kruşçev hakkında ilginç şeyler yazar: “Kruşçev, başta Parti Merkez Komitesinin Birinci Sekreteri olmak üzere küçük bir lider grubunun toplumun bütün sorunlarını çözmek için tekel oluşturmaları doğal ve nor-

mal olduğunu düşünüyordu. O ve onlar kolhozun, sovhozun, fabrikaların ne yönde geliştirileceğine, edebiyat, güzel sanatlar, tiyatro, bilim alanındaki devlet ödüllerin nasıl ve kime verileceğine, finansal kaynakların nasıl dağıtılacağına karar veriyorlardı. Kruşçev, bu hakkın neden kendine ve kendi seçtiği bir düzine adama verildiğini aklından bile geçirmiyordu. Zira, Kruşçev de dahil olmak üzere önceki bütün liderlerin ataları, geleneksel ataerkil köylü toplumunun geleneksel değerlerini taşıyorlardı (Burlatskiy 1990: 176).

Toplum için “babalık görevi” (devlet baba) güdüsü, Rusya Federasyonu’nun hem siyâsî, hem de modern devletin siyâsi seçkinlerinin söylemine uygun çabalarının çarpıcı özelliğini teşkil eder. D. Medvedev 2008 yılı Aralık ayında Kurgan’ı ziyaret ettiğinde, yönetimi “zaten ilgilenmeleri gereken- özellikle kriz döneminde-halkla” ilgilenmekle görevlendirmişti. 25 Ekim 2010 yılında Rusya Devlet Konseyi “fakir ve kimsesiz çocuklar ve yaşlılarla ilgilenmeyi devletin tartışmasız önceliği olarak gündemine alırken, Birleşik Rusya Partisinin toplantısında aynı konuyu parti lideri B. Gрызlov; “insanlar, sorunlarıyla baş başa kalmamalıdır, ona Birleşik Rusya’nın yerel kurumları yardımcı olmalı ve gereken ilgiyi göstermeli” şeklinde dile getirmişti.

Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanlığı Fonu, sadece devlet başkanının talimatlarıyla harcama yapan bir fondur. Bu fon, babanın “çocuklarıyla” ilgilenmesine uygun biçimde geleneksel mantığa uygun olarak oluşturulmuş; ihtiyaç sahibi çocuk kurumlarına, hastanelere, köy okullarına, sanat okullarına vd. destek vermektedir. Bütün bunlar devlet başkanının halk tarafından “şefkatli bir baba” olarak algılanmasına yönelik, devlet başkanının bölgelere yaptıkları ziyaretlerde, vatandaşlara yapılan yardımların medya üzerinden yer almasıyla yapılmakta, yapılan harcamalarla ilgili bilgiler Rusya Federasyonu Başkanının web sitesinde yer almaktadır. Buna göre duygusal bileşen, politik gücün meşruiyetini belirlemede temel unsur olup, halk nezdin-

de bunun karşılığı bir kişinin sevilmesidir (sevilmeyebilir de). Bunun için gerek klasik Rus edebiyatı, gerekse modern sinema eserlerinin tahlili, yerli siyasi ve hukuk kültüründe meşruiyetin temel ölçünün yönetime olan sevgi olduğunu göstermektedir. Vatandaşlar böylesi bir konumdan diğer siyâsî rejimlerin meşruiyetini değerlendirme eğilimindedirler. Örneğin Küba'yı ziyaret eden ve insanlar üzerinde uygulanan totalitarizmin tezahürlerini görmeyi bekleyen birinin sık sık; "Biz Fidel'i seviyoruz!" sözlerini duyması, büyük şaşkınlık yaratacaktır (Boçarov 2007a: 203-217).

Yaşın, kişinin sahip olduğu yetki için önemli bir kaynak olduğu zemin, teamül hukuku SSCB'de resmi siyâsî ve hukukî işlemleri belirlemiştir. Örneğin SSCB'nin otonom ve müttefik devletler Yüksek Kurulunda yaşlılar konseyi yer alır (Belkin 1998:34-39); Kolesnikov1989:20) ve Milletvekilleri Konsey oturumlarını daima üyeler arasında yaşça en büyük olan açar. 1938 yılında SSCB Yüksek Kurulunun ilk oturumunu en yaşlı milletvekili açmıştı (SSCB Yüksek Kurulu ilk oturumu 1938: 7-10). Günümüzde de Rusya Federasyonu oturumları yine yaşça en büyük milletvekili tarafından açılmaktadır.

Sosyal-Yaş Çatışması

1. Teamül Hukuk Sisteminde Gençlerin Hakları

Yaşlılar ve gençler arasındaki ilişkilerde tanımlanan biyolojik çatışma, gençlerin "doğal haklarını" belirler. Bu çatışmayı çözmek için kullanılan mekanizma, erkek çocuklarının savaşçı olarak tasdik edileceği törenlerdir. Toplumun bu törenlere (ayın) verdikleri önemi birçok etnografik materyallerde müşahade etmek mümkündür. Mezkûr ayınlerin hazırlıkları birkaç aydan, birkaç yıla kadar sürdüğü olur. Yapısı gereği güçlü bir psikolojik araç konumunda olan bu ayınler, telkin yoluyla gerçekleştirilir. Çatışmaları çözmek için iktisadî, içtimâî ve ideolojik araçlar bulunur (Boçarov:2006, 87-95, 104-114). Bu mekanizmaların

harekete geçmesiyle, yeni bir statünün kazanılması, gençlere yeni hak ve sorumluluklar yükler. Bu hak ve sorumluluklar arasında en önemli olanın şiddet hakkı olduğu düşünülmektedir. Bu hak, yaşlılara yani sosyal olarak üst sınıfa mensup olanlara sadakat karşılığında gençlere verilmiştir. Bunu biraz daha ayrıntılı olarak ele alalım.

Kabûl töreni çerçevesinde bir “baskın müessesesi” oluşturulur. Bu baskınlar, “yabancılar” yani komşulara yönelik, askeri müsadere esnasında genç erkeklerin savaşçı özelliklerini kanakana kadar devam etme zorunluluğudur: cesaret, kararlılık, güç, beceri vs. Etnografik materyaller bu baskınların (kavgalar) toprak ya da maddi kaynaklara el koyma gibi rasyonel bir motivasyon için yapılmadığını gösterir (Culwick 1935:60). Dahası, yaşlılar gençleri sözü edilen baskınlara teşvik ederler. Bu konuda özellikle, 16. yüzyılda Ruslara ait materyallerde bunu görmek mümkündür. Bu kavgalara şahit olan yabancılar, gençler arasındaki bu kavgalarla baskınların, köyler arasında yapılan yarışmaların çok acımasız olduğunu bildirirler (Rusya... 1983, 72-73). 20. yüzyılın ikinci yarısında genç Rus erkeklerinin katıldığı bu tür kavga ve baskın kurumları etnografikler tarafından da gözlenmiştir (Şepanskaya, 2001). Birçok halkın folklorunda genç savaşçılar cesaret, güç ve beceri ile seçilir. Böylelikle gençlerin yabancılar karşı olan şiddeti kurumsallaştırılarak gençliğin yıkıcı gücünü sosyal parçalanma tehlikesi yaratacak şekilde yaşlılara karşı kullanılmadan toplum dışına aktarılması sağlanır. Bu arada yaşlılar, gençlerin askeri faaliyetlerini kontrol etmeye devam ederler. Örneğin Türkmenler arasındaki boy kavgaları sırasında tarafların maruz kaldıkları zararlar, yaşlı Türkmenler tarafından tazmin edilme şartıyla aralarında anlaşarak halledilir (Votyakov: 2002, 64-68). 20. yüzyılın ikinci yarısında Etiyopya’da araştırma yapan Japon bir antropolog yaşlıların, hayvan sürüsüne kötü davranan komşularıyla “savaşmaları için can atan” gençleri ikna etme çabalarına karşılık; gençlerin, yaşlıları aşırı sa-

bırlı olma, hâтта korkaklıkla suçladıklarından söz eder. Kısacası yaşlılar bir taraftan gençlerin davranışlarını teşvik ederken, diğer taraftan durumun ciddileşmemesi ve nesiller arası huzurun bozulmaması için kontrol etmeye çalışırlar (Almagor: 1977, 127).

Gençler üzerindeki en önemli psikolojik ve ideolojik baskı unsurlarından birisi “ata bedduası” almaktır. Eski toplumlar ataların bedduasını ileride acı çekmeye mahkûm olmak şeklinde algılamaktaydılar. Mesela, Türkmenler arasında bu konuda bir kıssa da; ataların yaşağını çiğneyerek baskın yapan genç adamın sonu ölümdür (Botyakov, 2001: 231). Kontrol mekanizması olarak komşulardan ele geçirilen ve yaşlıların elinde olan maddi kaynaklar kullanılır. Bu kaynaklar genç insanlar tarafından kalın (başlık parası) için kullanılabilir, yâni tam bir yetişkin olma statüsünü almak için; bu da yine yaşlıların konumunu sarsılması demektir. Birçok halkın folklorunda “genç savaşçının” cesaretinden, gücünden ve maddi değerlere karşı olan ilgisizliği, hâтта ihmâlıinden bahsedilirken; “Gerçek bir genç, şahin gibi olmalıdır” şeklinde ifade edilir. Ancak yapılan “yağma” sadece bekar gençler tarafından yapıldığında hoş karşılanırken, evli olanlar ayıplanır. Bu kontrol mekanizması başka şekillerde de kendini gösterir (Boçarov, 2006, 109-113).

Avrupalılar Afrika sömürgelerinde yaşanan “kabileler arası savaşları” yasakladıklarında, gençlerin öfkelerini sömürge idaresiyle, güvendikleri yaşlılara yöneltmelerine sebep olurken, yaşlılar sömürgecilerin desteğiyle geleneklerini ihlâl etmeye başlarlar. Bu durum gençler arasında huzursuzluklar yaratarak “Genç Kikiyu”, “Genç Kavirondo” ve “Genç Cezayir” gibi ilk sömürge karşıtı gençlik topluluklarının ortaya çıkmasına yol açar.

Bu tür baskın kurumları halk kültürü içinde birkaç önemli olguyu ortaya çıkarmaktadır. Özellikle baskın kurumları komşular arasında “düşmanlık” durumunun sürdürülmesini istemektedir. Etnonim arasında kendine yer bulan bu durum, “biz ve öteki” kavramı ortaya çıkarır. İlk durumda bu etnonim “insanlar”,

ikinci durumda ise “insan olmayanlar, barbar, pis, aptal” anlamı taşır. Etnonim ilk olarak bir düşman imajı yaratarak, komşuya karşı güç kullanmayı meşrulaştırır. Bazen grubun tamamı toplumda özgür bir kurum olarak etnik gruba dönüştüğü olur. Böyle bir tekâmül S. B. Çernetsov tarafından birtakım tarihi materyallerle gösterilmiştir (Çernetsov, 1977: 18-45).

Sosyo-politik örgütlenme daha karmaşık bir hâl aldığında, ebeveynler, çocuklarının toplumsal hiyerarşiye zamanında uygun şekilde ilerlemesini sağlayamadıklarında, sıklıkla bu ilerlemeyi durdurmaya çalışırlar. Genç insanlar bu durum karşısında eski statülerinde kalarak, babalarına hizmet etmeye devam ederler. Babalar, oğulları için uygun gördükleri kızlarla geleneğe göre evlendirilerek, toplumda egemen konumda kalmaya devam ederler. Böylelikle öz haklarından mahrum edilip, kendi boy veya kabilelerinden dışlanan “gençler” askeri bir liderin bölüğüne katılırlar. Liderler, başlangıçta onları yabancılarla saldırmak için kullanırken, zamanla orduyu ayakta tutmak için “kendi halkına” karşı kullanmaya başlayacaktır. Avrupalılar 20. yüzyılda Afrika’da böyle bir içtimai yapıyla karşılaşmışlardı ki, aşağı yukarı eski Rusya’nın durumu da bu şekildeydi. Tarihçi Kostomarov, kral Rurik zamanını anlatırken, Rurik’in sarayında soygun ve yağma için bekleyen prensleri, çete olarak tesmiye eder. Anlaşılabacağı üzere genç topluluğun bu kadar güçlenmesinin sebebi, önceki genç-yaşlı dengesinin bozulmasıyla ilgilidir. Bu durum gençlerin şiddete karşı temayüllerinin toplum tarafından yabancılarla olan münasebetlerde bir kıstas olarak kabûl edilmesiyle birlikte, savaşın önemli bir gelir kaynağı haline gelmesi sosyo-ekonomik yapıda değişime yol açması ve gençlerdeki şiddet eğiliminin toplumun kendisine geri dönmesi şeklinde de izah edilebilir.

Liderler arasında da hiyerarşi yaş ile doğrudan orantılı bir şekilde ilerler (baba-oğul). Gençler, klan liderinin ata kültürüne ideolojik olarak bağlanarak, mezarlardaki ritüellere iştirak ederek,

liderin akrabası (çocuğu) haline gelirler. Sonuç olarak gençler ve onlara babalık yapan, en gerekli olan evlenmeleri için başlık parası veren lider arasındaki hukukî ilişki yer değiştirir. Soygunlarda elde edilen ganimetler, artık aralarında bölüştükleri lider üzerinden gelmeye başlar. Dolayısıyla gençler, güçsüz ataları olmadan da bekledikleri statüyü almış olurlar. Tarihte iktidarın (kamusal olarak) ilk örnekleri olan liderler, elleri altında potansiyeli yüksek gençler sayesinde zor kullanma aracını eline alırken- bu eski geleneklere göre ne kadar imkânsız görünse de- kendi insanına karşı da kullanacaktır. Lider, gençler için “baba” rolünü üstlenerek, yani bütün “babalık görevlerini” yerine getirmektedir. Bu, gençlerin kendi sosyal statülerini korumak için kurallara uymayan babalarına karşı da güç kullanma hakkına sahip olma anlamına gelir. “Yabancılardan” oluşan diğer “gençler” ise, sosyal statüye sadece bu kurum çerçevesinde sahip olduklarından lidere sadık kalacaklardır.

İlginç bir şekilde bu yapı, toplumsal evrimin sonraki aşamalarında kendini yeniden şekillendirip, devrimci bir şiddete yol açar. Bunun örneklerine modern dünyada özellikle gelişmekte olan ülkelerin “sıcak bölgelerine” bakıldığında görmek mümkündür. Bu durumu “Çeçen savaşı” örneği üzerinden göstermeye çalışalım (Tişkov, 2001).

2. Yaş Koordinatlarında “Çeçen Savaşı”

1930’lu yılların Sovyet yönetimi Kafkasya’daki kargaşadan yaşlıları sorumlu tutarken, İnguş ve Çeçenya’daki kabileler arası çatışmalarla, kan davaları hâlâ yaşlılar tarafından çözülüyordu. Hatta daha geç bir dönem olan 1960’larda devlet nezdinde muhtelif konuların halledilebilmesi için yaşlı heyetler oluşturulmuştu (Tişkov 2001:297). “Yaş değerlerine” geri dönmek ülkedeki genel durumla uyuşmaktaydı. Yaşlıların egemen olduğu böyle bir ortam, 1980’lere gelindiğinde zirveye ulaşacaktı. Bu durum, devlet aygıtının en yüksek kademesindekiler başta olmak

üzere, parti devlet aygıtının yenilenmesinin yavaşladığı anlamına gelmekteydi. Bu zaman zarfında yaşlılar işlevsiz olarak kendi mevkilerinde oturmaya devam ederken, öte yanda büyüyen nesil ve öncelikle entelijansiya parti devlet bürokrasi mekanizmasında kariyer merdivenlerinde ilerleme imkânını kaybetmişti. Neredeyse bütün faaliyet alanlarının devlet tekelinde olduğu bu tip toplumlarda, kayıt dışı ekonomi yaygındır ve insanların sosyal mevkiler elde etmesini sağlayan da bu sistemdir.

Doğrusu SSCB de, Sovyet toplumunun omurgası olan sistemde sosyal yaş çatışmasını kontrol etmeye çalışıyordu. Örneğin SBKP'ne entelijensiyanın kabûlü yasaktı. Bunun sebebi iktidar ve iktidar “sistemine” başvuran kişilerin sayısını azaltmak istediğiydi, çünkü yüksek öğretim diploması ve parti kimliğine sahip olma genç adama bunu verebiliyordu. Bu arada yaşın gereği olan “öfke”yi yönlendirmede farklı “cesaret okulları” da faaliyet gösteriyordu ki, buna 1980’li yıllarda Afganistan’da gençlerin toplandığı savaş da dahildi: burada gençler kariyer gelişiminde perspektifler ve farklı kazanımlar elde ederken, entelijensiya için partiye girme fırsatı ortaya çıkmış oluyordu. Genel olarak söylendiği gibi “durgunluk döneminin” gelmesiyle, gençlerin sosyal statüye sahip olmakla ilgili “doğal hakları” kabaca çiğneniyordu.

“Diplomalı insanların” fazlalığı, hemen hemen bütün modernleşme aşamasında olan toplumların ortak özelliğidir. Doğu ülkelerinde çoğu zaman önemli bir sosyal statü elde edememiş veya “yeni” olana uyum sağlayamamış “diplomalı insanlar” 20. yüzyıldaki “devrim tohumları” üzerine yetişen milli kurtuluş mücadelelerine yol açtıkları görülür (Boçarov, 2001: 39-87).

Sovyetler Birliği’ne gelince; “durgunluk” devrinde yönetim organlarından uzak kalan veya bir şekilde “sisteme” dahil olan, fakat yükselememiş patlamaya hazır olan gençlik, toplum için tehlikeli bir potansiyel oluşturmaktaydı. Hâтта “ikinci” olanlar bile, kendileri için “birinci” olma imkânı görememekteydiler (Boçarov 2006:184). Bu nedenle “perestroyka ve glasnost” dö-

nemi, farklı sınıflara mensup “toplumsal gençliğin” başlattığı hareket, parçalanmayı hızlandırarak, devletin dağılmasında rol oynadı. Dahası, gençliğin toplumsal mücadelesinde ulusal cumhuriyetlerin gençliği “etnik ve dini” sloganlar altında “her ulusun kendi kaderini tayin etme” hakkını dile getirmeye başladı. Örneğin Çeçen hareketinin önemli fikir adamlarından Hoca Ahmet Nukhayev, daha 1980’lerde “anti Sovyet fikirlerle” Moskova üniversitesinde Çeçen mücadelesi ve bağımsızlık için para toplamaya başlamıştı. Nitekim Moskova, Grozni ve diğer üniversitelerden mezun olan çok sayıda genç; din, gelenek, tarih ve Çeçen kimliği üzerinden 1980’lerden sonra Nukhayev’in fikirleri doğrultusunda genç Çeçen hareketine katılacaklardı (Tişkov, 2001: 300). Diğer bir husus, Çeçen toplumunun gençleriyle, yaşlıları arasındaki fark, gençlerin Grozni ve diğer Çeçen şehirlerinin dışında muhtelif yerlere işgücü olarak gitmeleriyle, yaşlıların gençler üzerindeki kontrolü kaybetmesiydi. Bu durum gençlerin yaşlılara davranışlarının değişmesine sebep olmuş ve geleneksel kontrol mekanizması alt üst olmuştu. Bu nedenle gençlik “radikal, milliyetçi ve siyâsî İslâmci” politikalara açık hâle gelerek, sonuçta “Çeçenya’yı Rusya’dan ayırma” ideolojisi onlar arasında yer etmeye başladı (Tişkov, 2001: 300). Bu noktada gençler üzerinde etkili olan gruplar, onların ebeveynleri değil, onlara silah ve mühimmat sağlayan askeri militanlar oldu. Çeçenlerin eski nesil temsilcilerinden birinin sözü bu noktada oldukça manidardır: “Çeçenistan’da nesillerin bakış açılarının bu kadar zıt düştüğü bir başka dönem daha hatırlamıyorum. Çatışma ortamına kadar hayat ve ölüme ilişkin bütün meselelerin yüzde doksan dokuzu yaşlıların söylediği şekilde çözüldü. Yaşlılara karşı gelmemek için, zıt fikirde olanlar susar ve bunu kişiliğine yönelik bir baskı olarak görmezdi. 1991 yılından sonra yaşlıları temsil eden bu nesil, Çeçen toplumunda sosyal meselelerin düzenleyicisi olmaktan çıkmıştır” (Tişkov 2001:317). Buradan da anlaşılacağı üzere gençlik, eski kabile savaşıları gibi ailesinden

bağımsız maddî kaynaklara ulaşmıştır. Bu konuda konuşan bir çocuk şunları anlatmıştı: Çeçenistan’a gelen “insani yardımlar” paylaştırıldıktan sonra, gençler ellerindeki malları pazara götürüp tüccarlara satıyorlardı. Daha sonra mitinglerde para vermeye başladılar. Yaşımız küçük olduğu için biz az alıyorduk. Sonra hocamız birileriyle konuştu ve bize de büyüklere yapıldığı kadar ödeme yapılmaya başlandı” (Tişkov 2001:314). Bu noktada gençlerin sosyal izolasyonu, mânevî alt kültürü de oluşmaya başladığını görüyoruz. Zamanla her yerde “sıcak noktalarda” savaştın yükseltilmesi, özellikle uzun yaşamanın anlamsızlığı, kahramanca ölümün kutsanıp, ölüme karşı farklı yaklaşımlar ortaya çıkmaya başladığına şahit oluruz: “Tramvay parkı yanındaki çatışmada Paşa ve Sultan öldüler. Sultan gençti, benden birkaç yaş küçüktü. Mermisi bitince kendini patlattı. Daha sonra bizim hakkımızda radyolarda konuşuldu. Biz kahraman olmuştuk. Bir tek ben hayatta kalmıştım. Bize bir Çeçenin 10, 20 düşman öldürebileceğini söyleyen komutanımızı yanıltmadık. Dudayev ölürken, ben hayatımda ilk ve son kez ağladım”.

Savaş esnasında dine bağlı olarak Vehhâbîlik, özellikle gençler arasında ideolojik bir bayrak haline gelmişti. İddiaya göre Sovyet döneminde İslâm, Çeçenlerin hayatından uzaklaşmış, sadece eski nesillerin gündelik hayatlarındaki işlerinde ve kurallarda kalmıştı (1989 yılındaki sayıma göre Çeçenistan’da %12 inançlı insan vardı). Yaşlı neslin temsilen birisi o yılları şöyle hatırlıyordu: “En azından aile dostlarımız ve tanıdıklarımız arasında inançlı insanlar yoktu. Ama buna rağmen biz kendimizi Müslüman olarak görmekteydik... Lâkin, Çeçen (Vaynah) gelenekleri sert bir şekilde uygulanmaktaydı ve onları çiğnemek çok büyük ayıp sayılmaktaydı”. 1990’lı yılların başlarında medrese eğitimi almak isteyenler yurt dışına gittiler ve dine karşı ilgi özellikle gençler arasında yayılmaya başladı. Vehhâbîlik yaşlılara yönelik bir tavıra ve aile dışında maddî kaynak sağlayan bir ideolojiye dönüştü. Aslında burada görülen, gençlerin geleneksel Çeçen toplumun-

da büyüklerin otoritesine dayanan ata kültürüne karşı mücadele etmeleri idi: “Araplar, Tanrının tek olduğunu ve ondan başka kimsenin ne ölümlere, ne yaşayanlara yardım edemeyeceğini söylemektedirler. Oysa, Çeçenlerin birçok kutsalı vardır. Çeçenler ölmüş ve yaşayan olan atalarına saygı duyarlar. Hâtta yaşça büyük olan biri geldiğinde ayağa kalkarlar. Araplar bunun dinden gelmediğini iddia etmekteydiler. Ben bunların hepsini seviyordum, hepsinden memnundum çünkü ben meşgul bir insanım. Yeni, temiz bir dini kabûl ettiğim için Araplar bana para veriyorlardı. Arapları örnek alarak sakalımızı uzattık ve gerçekten de onlarla eşit olduk” (Tişkov 2001:341).

Nesiller arası çatışma, din ekseni üzerinden; gençler Veh-hâbîliğe dayanırken, yaşlılar Çeçenistan’da atalarının geleneksel İslam formunu devam ettirmektedirler. Bunu aşağıda yapılan bir röportajda açık bir şekilde görmek mümkündür: “Babam, Kunta Hacı’nın bir müridi idi ve yılda bir veya iki defa evimizde zikir çekilirdi. Babama bu tür toplantılar için daha fazla para harcama niyetinde olmadığımı söylediğimde, babam önce itiraz ettiyse de sonunda kabûl etti. Bunun karşılığında arkadaşlarım babama Vaz marka 2106 model bir araba hediye ettiler. Benim ise cipim vardı... Tabii bundan dolayı insanlar bize iyi gözle bakmadıkları gibi, bizden nefret edenler de oldu. Onlar, bizim kendilerinden daha üstün olduğumuzu, artık bizim zamanımızın geldiğini anlıyorlardı... Birincisi; biz en temiz dine ikrar ediyor, ikincisi; biz sadece kâfirlere karşı değil, aynı zamanda yolunu şaşırmış Müslümanlara karşı da mücadele ediyorduk. Komutanların çoğu bizimleydi. Önce Kafkasya’yı sonra bütün dünyayı fethedecektik. Elbette bu yol, kolay bir yol değildir. Bu yolda bazı cemaatler çocuklarının “gerçek Müslüman” olmasını engellemekte ve yolumuza mâni oluyorlar. Mesela arkadaşım Baybulat, babasına artık zikre katılmamasını söylediğinde, babası ona sert çıktı. Sonunda arkadaşım Baybulat bir “mürted” ile aynı çatı altında yaşamayacağını babasına söyleyerek evi terk etti. Şimdi Grozni’de

yaşamayı için kardeşleri olarak biz, ona bir ev aldık ve yakında evleneceği için mobilyalarını da alacağız. Ardından bir araba... Baybulat'ın kendi parası var ama bizde bu bir kuraldır: etraftakilerin bizi kabûllenmediği şartlar içindeyken birbirimize destek olmalıyız" (Tişkov, 2001:344).

Görüleceği üzere bir lider tarafından yönetilen Çeçenlerin bir çete üyesi, geleneksel baba figürünün yerine geçip, evlilik müessesesinde babanın işlevini yerine getirmektedir. Bu tür "birliklerin" yapısı ve faaliyet motivasyonu ilkel topluluklara benzetilmektedir: "Vehhâbîlerin arasına katılan gençlerin yüzde sekseninin Çeçen geleneklerine olan bağlarının zayıf veya hiç olmadığı, fakir aile çocukları olmaları, hiç akrabaları olmadığı veya onlarla zayıf ilişkilerinin olması inançlarını teşvik eden şeyin düzenli ödenen para olduğu gerçeğine" dayanmaktadır. Onlar da bunu zaten saklamıyorlar" (Tişkov, 2001: 344).

Ailelerin hiçbir teşviki işe yaramadığında, "Vehhâbîlik virüsünün taşıyıcısı" olan gençlerin evden kovuldukları birçok durum bilinmektedir. Meselâ buna benzer bir vaka oldukça ağır bir şekilde sonuçlanmıştır. Aldık adında bir köyde bir baba, oğlunu sadece kendinin Vehhâbîlikten vazgeçmediği için değil, aynı zamanda annesini de "temiz dine" (Vehhabi inancı) davet etmesi için baskı yaptığı için öldürmüştür. Adamın; "Benim oğlum onlardan olduğu gün, benim için zaten ölmüştü. O artık acımasız ve herkes için tehlikeli olan yabancı bir adamdı" diyen babayı köylüler haklı bulmuşlardır (Tişkov, 2001:345).

Savaşın her zaman gençliği ön plana çıkarmasıyla ilişkili olması Abhazlar örneğinde de görülür. Gürcüler ile Abhazlar arasında yaşanan 1992-1993 çatışmasının bitmesinin ardından Abhaz gençliğinin "kendi aklıyla yaşama hevesi" organize bir hal alması, gençlerin sorunlarını yaşlılardan daha iyi bildikleri kendi yöntemleriyle çözülebildiği anlamına gelmekteydi (Kırlov, 2000:77).

3. Totaliter Rejimlerde Karizmatik Lider ve Gençlik

İç ve dış siyasette cebir ve şiddete dayanan totaliter rejimlerin en karakteristik özelliklerinden biri, gençliğe karşı duyulan güvendir. Sovyetler Birliği'nde bu güvenle, gençliğe biçilen değer Pavlik Morozov kültü ile, devlet ideolojisi seviyesine yükseltilmişti. Devletin bürokratik kanadını ciddi bir baskı altına alan Stalin, gençlere bütün sosyal hakları kullanma özgürlüğünü tanımış, bu da sosyo-politik sistemi sağlamlaştırmış, ancak “durgunluk” dönemi sistemin çökmesine yol açmıştır (Boçarov 2006:169-184). Bu tür rejimlerin tarihsel örneklerine bakıldığında, karizmatik liderlerin “yaş/genç politikaları” ile kendi meşruiyetlerini sağlamlaştırdıkları ve bu şekilde başarılı oldukları görülür. Stalin partinin ve kendi güvenliğini sağlama almak için eski nesil devlet adamlarını fizikî olarak yok etmeyi tercih ederken, Mao Zedong; genç neslin (Kızıl Muhafızlar) özellikle yaşlı bürokrat nesli “kültür devrimi” esnasında yönetimden tasfiye ederek, sosyal yaş çatışmasının “ortaya çıkmasına” izin vererek; bununla Çin yönetimini gençlerle beraber güncellemeye muvaffak olmuş, bu da “sistemin” ömrünü uzatmıştır.

Afrika'da başarılı otoriter devlet adamlarının kendi bürokratlarına görevden ayrılma ve gençlerin önünü açma talebiyle baş vurduğu görülür. Afrika kültüründe buna benzer geleneğin varlığından bahsedilmektedir (Boçarov, 2001:39-87).

4. Gençlik Alt Kültürü ve Yaşlılara Karşı Ayrımcılık

Totaliter rejimlerle ilişkilendirilen ve öncelikli hedefi savaşmak olan bir toplumda gençlik alt kültürü topluma egemen olur. Gençlere has olan bu tür davranış modelleri bütün yaş grupları için geçerlidir. Totaliter rejimlerde ortaya çıkan ve gençliğin doğasında olan saldırganlık dürtüsü, mezkûr toplumda sınıfsal, millî ve ırkî nefretle merbut olarak bütün ideolojik kavramları besler. Benzer durum “gençlik kültürünün” hüküm sürdüğü Rusya için de geçerlidir. Rusya ile alakalı ilk yazılı kaynaklarda prens

ve maiyetinin sosyal yapının temeli olduğu yeralır. Rusya İmparatorluğunun geç dönemlerinde de: “Militer gençlik grupları, ordu hariç hiçbir iktidara tâbi olmamış ve sürekli polisle çatışma halinde olmuştur (Plyayev 1990:102,103). Buna bağlı olarak Rusya’daki devrimler “gençlik isyanlarıyla benzerlik taşır; “Devrim bir yerlerde serserilikle paraleldir ve devrim, serserinin kahramanlığa soyunmasıdır” (Rozanov 1992:285). Bu sebeple Sovyetler Birliği, “gençlik kültü” ile sembolize edilir (Boçarov, 2006: 370-376). Zira uzun bir ömüre karşılık, tehlike ve ölümü ciddiye almayan “gençlik cesareti” sözkonusudur. Bu sebeple sağlıklı fazla ilgilenme ayıp sayılmakta, “sarhoşluk”, yollarda sürücülerin umursamaz davranışları, Rus turistlerin Batı Avrupalıların hayatı risk taşıdığını düşündükleri yer ve durumlara (doğal felaketler, terör) “sakin yaklaşımı” buradan ileri gelir. Rus kültüründe uzun ömürlülüğe yaklaşım A. S. Puşkin tarafından “Yüzbaşının Kızı” eserinde E. Pugaçov’un anlattığı kartalın, kargaya neden 300, kendisinin 33 sene yaşadığını sorduğu efsanede görürüz: yâni kartalın canlılarla, karganın ise leşle beslendiğini öğrenen kartal, en sonunda şu karara varır: “300 sene leş yiyeceğime, bir kere canlı kan içerim!” der.

Toplumda resmi mevzuata rağmen, yaşlılara karşı ayrımcı bir davranış söz konusudur. Mezkûr ayrımcılık, toplumun hemen bütün katmanlarında; mesela, iş ilânlarında işverenlerin tereddüt etmeden ilgili ilânlara yaş sınırlaması koyması bunlardan bazılarıdır.

Devlet politikası da son dönemlere kadar bu bağlamda ayrımcı bir özellik taşıdığını belirtmek gerekir. Nitekim 90’lı yılların başlarında yaşanan kriz esnasında yaşlılar birikimlerinden olmuş, emekli maaşlarının “hayat şartlarıyla” ters orantılı olması, Rusya’da siyâsî bir meseleye dönüşmüş, yaşlılar “Rusya Emekliler Partisi” adıyla kurdukları partilerinde; “Biz Rusya Emekliler Partisini yaşlı neslin iradesini temsil eden siyasi organizasyon olarak kurduk. Eğer devlet Rusya’nın yaşlı neslini unuttuysa, yaşlı nesil

kendi haklarını koruma gücüne sahiptir” (Parti programından) ibarelerine yer vermişlerdi.

İnsanlık tarihinin doğuşundan itibaren ortaya çıkan ve nesiller arası uyumu sağlayan “ideal tip” yaş modeli, ilk başta psiko-biyolojik statüden hareketle, gençlerin doğal haklarını dikkâte almaktaydı. Bu modele, yaşlıların sıkı kontrolü altında yabancılara karşı “güç” kullanmak da dahildi. Ancak sosyal tabakalaşma ile sosyo-politik ortam karmaşık hâle geldiğinde yaş konusunda dengesizlikler ortaya çıkmaya başlamakta ve yaşlılar gençlerin yukarı çıkmasına engel olmaktaydı. Sonuç olarak “toplumsal gençliğin” sayısının artması, potansiyel saldırganlığın tırmanmasına, gençliğin sosyal liderlere karşı “gençlik isyanı” veya “gençlik devrimi” şeklinde tezahür eder. Afrika mateyallleri bu konuda oldukça ilginç örnekler sunmaktadır (Altrichkam 1955:104:106). Amaç, bir nevi sosyal adalet dengesinin sağlanmasıdır.

Daha öncede belirtildiği gibi gençler arasındaki şiddet eğilimi sadece “yabancılara” karşı değil, “kendi insanına” karşı da mevcuttur. Bu tür yapının temel parametreleri, erken devlet dönemine ait liderlik teşekkülünde kendisini gösterir (Konakov, 2007:321-338). Liderliğe benzer yapılar, geleneksel toplumun modernleşme evresiyle bağlantılı olarak tarihin daha sonraki dönemlerinde ortaya çıkmıştır.

Bu durumda sosyal ilerlemeden men edilen ve bunu psikolojik açıdan doğal haklarının gasbedilmesi olarak gören sosyal gençlik, patlamaya hazır bombaya dönüşür ve bu noktada karizmatik bir lider, topluma karşı etkili şiddet aracına sahip olur, çünkü ihlâl edilen adaletin tesisi, tarihi ve etnografik materyallere göre “hukuk” ilkel toplumu sağlamlaştıran unsur olmasına rağmen, her türlü şiddeti meşru kılar. Hukuk denilen olgu, genel olarak içtimai düzenle tanımlanır. Hukuk düzeniyle, dünya düzeni hemen hemen aynı manâdadır. Hukuk, muhafaza edilmesi gereken değerli bir meta ve mülkün temelidir (Gureviç,

1972:142). Bu sebeple, karizmatik lider ile gençlik mekanizması 19. ve 21. yüzyıllar arasında bütün periferi ülkelerin devrimci hareketlerinde kendini gösterir (Boçarov 2006:96-99). Yani, her iki unsurun toplum ve tarihin muhtelif aşamalarında kümülatif bir tesiri vardır.

Alt Kültürlerde Yaş Unsurunun Hukukî Boyutları

Burada da taraflar arasındaki ilişki yaşlı ve genç paradigması çerçevesinde; yaşlıların gençler üzerinde güç kullanma hakkı yer almasıyla belirlenir. Gençler, hem “kurban” hem de “zorbadır”. Örneğin İngiltere’deki devlet okullarında çoğu öğrencinin İngiliz aristokrat ailelerine mensup olmalarına rağmen, üst sınıfların alt sınıflara sürekli şiddet uygulamaları gibi. Onlar bunun ata otoritesiyle kutsanması olarak algılamakta ve bu bağlamda askerlikteki “dedovşçınayı” (kıdemi) hatırlatmaktadır. Orada da yukarıda belirtilen yaş ilkesine göre görev ve hakların belirlendiği, büyüklerin üstün olduğu arkaik kurumsallaşma söz konusudur.

Çocukların davranışları, genç-çocuk kolektiflerinde hiyerarşik düzen doğrudan yaşla orantılıdır. Geleneksel toplumda hemen hemen herkes, gençlerden boyun eğmesini bekler. Büyüklüğün en önemli ölçüsü biyolojik yaştır. Herkes iyi bilir ki, yaşıtlar arasında ilk ergenliğe girenin grupta statüsü yükselir. Gerçekten de bu kişi liderlik belirtileriyle, grupta otorite kazanır. Biyolojik yaş aynı zamanda çocukların ve gençlerin aileleri karşısında eğlence yerlerine gitmek ya da cinsel ilişkiye girme gibi konular için de bir argümandır. Gerçekten de günümüzde uzun süren toplumsallaşma, biyolojik ve sosyal yaş arasında geniş bir boşluğa neden olmakta, biyolojik anlamda büyük olan bireyler sosyal ilişkiler bağlamında uzun süre çocuk kalmaktadırlar. Bu yüzden onlar gece kulübünde eğlenme veya cinsel ilişkiye girme gibi aslında hazır oldukları şeylerin yapılmasının neden yasak olduğunu anlamamaktadırlar. Kısacası, “haklarını savunurken”

onlar biyolojik yaşlarına dayanmakta, bununla her iki yaşın örtüştüğü kadim geçmişe ait insan davranışlarını sergilemektedirler. Böylelikle biz hak ve görevleri belirleyen ilk hiyerarşinin yaş temelinde ortaya çıktığını belirlemiş oluyoruz. Bu hiyerarşi doğal yolla ortaya çıkmış, bununla da yaşlılar ve gençler arasındaki psiko-biyolojik çatışma kenara atılarak toplumun hayatta kalması sağlanmaktadır.

Sonuç olarak yaşlıların ideolojik ve hukukî üstünlük kazanmaları, sosyo-kültürel bilginin nesilden nesle aktarılmasını garantilemiş olmaktadır.

Modern toplumlarda yaşlılar hiyerarşisi ve onların haklarını savunan yapı kaybolmuş durumdadır. Şimdi artık, her şeyin hilafına yaşlılar gençlerden bir şeyler öğrenmek zorundadırlar. Batı toplumlarında yaş ayrımcılığı sorunu ortaya çıkmasıyla; yaşlı insanlar işe alınmamakta, gerektiğinde işten ilk önce onlar çıkarılmaktadır v.s. Bu sebeple yaşlıların hakları, devlet ve hukuk kurumlarının görevi haline gelmiştir. Onların toplumdan dışlanması ve ayrımcılığa tâbi tutulmalarını engellemek için 2002 yılında “Madrid Uluslararası Yaşlılık Sorununa Karşı Plân” devreye sokulmuştur. Öte yandan Doğu’da yaş, hâlâ üstünlük statüsünü korumakta, yaşlıların hakları resmî hukukî belgelerle yerini bulmaktadır. Yaşın hukukî boyutu modern periferi toplumların alt kültürlerinde kendini gösterir. Örneğin farklı durumlarda yaşlının yaşına dayanarak, üstünlük talep ettiği durumlarla karşılaşmaktayız: “büyük konuşurken, küçük susar”, “sen daha gençsin...” vs. gibi.

8. Bölüm

Cinsiyetin Genel Hukuki Yönleri

“Kadın Meselesinin” Ortaya Çıkışı ve Çözümü

Cinsiyet eşitliği konusu gerek ulus-devletlerde, gerekse uluslararası düzeyde sosyo-politik anlamda baskın bir konu olarak karşımızda durmaktadır. Burada mesele, elbette kadın eşitliğidir. Gerçekten de insanlık ve medeniyet tarihinin hiçbir döneminde kadınlar, sadece siyâsî haklar açısından değil, hemen her alanda asla erkeklerin sahip oldukları haklarının yarısı kadar bir hakka sahip olmamışlardır. Antik Yunan ve Roma gibi eski tip demokrasi örneklerinde toplum tamamen patriarkal bir yapıda idi. “Kadın meselesinin” yeniden gündeme gelmesi “Amerikan Bağımsızlık Bildirisi” ve “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi” ile başlamıştır. Gerçekten de bu bildiriler sadece erkeklere “hak ve özgürlük” tanımaktaydı. Feminizmin kurucusu Fransız Olympe de Gouges, kadınların sosyal hak ve özgürlükleri meselesini dile getirdiği “Kadın Hakları Bildirgesi”ni (1791) yayınladığında idama mahkûm edilmişti (Gerhard 21-22/96:7). ABD’de “Bağımsızlık Bildirgesi”ne benzer bir cevap, 1848 yılında “Declaration of Sentiments” [Duygular ve Haklar Bildirgesi] olarak ortaya çıkmıştı (Polenina, 2000).

Batı’da kadınlara seçme hakkı 20. yüzyılda tanınır. Fransa’da 1944’te, yani Fransız devriminden 150 yıl sonra, Amerikalı kadınlara 1920’de seçim hakkı tanınır. Bu konunun “eşitliğin” sadece sınıf eşitliği değil, cinsiyet eşitliği anlamına gelen “sol” çevrelerde özellikle yer edinmesi şaşırtıcı değildir. Mesela, Rusya’da erkek ve kadınların siyâsî ve toplumsal eşitliği, seçme ve seçilme hakkının her iki cinsiyete verilmesi 1918 Sovyet Anayasasıyla

kabûl edilmiştir. 1936 Anayasası; emek, eğitim, tatil, anne ve çocuğun devlet koruması altına alınması, kadın ve erkeklerin bütün alanlarda eşitliğini kabûl etmesiyle garanti altına alınır. Tabii ki anayasa seviyesinde maddeleştirilen bu hükümler, her ne kadar kâğıt üzerinde kalıp, istenilen seviyede uygulanamasa da, bütün dünyada yasama örneği olmuştur.

BM’ler tarafından 1948 yılında kabul edilen “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nde her insanın ırk, dil, cinsiyet ayrımı yapılmadan, eşit haklara sahip olması ilân edilirken, aynı şekilde “Avrupa İnsan Haklarını ve Temel Hürriyetleri Koruma” sözleşmesinde de (1950) cinsiyetlerin eşit olduğuna hükmedilir. Ancak “medenî” toplumlarda bile eşitlik konusu çok yavaş ilerlemiştir. Mesela, İskandinav toplumlarında 1970’li yıllara kadar “kormilets” yani eve ekmek getiren kişi, her durumda erkek ile özdeşleşmiştir. Yine, İsviçre’de kadınlara oy hakkı 1968’de verilmiştir. Kadınlara karşı ayrımcılığa son vermek için BM’nin 1967’de “Kadınlara Karşı Ayrımcılığa Son Verme Bildirgesi”, 1979’da “Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesi”nin kabûl edilmesi bu konuya yönelik çabalardan olmuştur. Burada 1. madde yer alan “kadınlara karşı ayrımcılık”, cinsiyete dayalı hak ve hürriyetlerin kısıtlanması veya yasaklanması anlamına gelmektedir. Lâkin bu sözleşmeler varolan durumu değiştirmeye yetmemiş, bunun üzerine “de jure” durumda olan kadın hakları konusunu “de facto” durumuna çevirmek için 1985’te Nairobi’de “Dünya Kadınlar Statüsü Konferansı”nda cinsiyet eşitliği yeniden tanımlanarak, 1993’de kadına yönelik şiddetin kaldırılması için bir deklarasyon yayınlanması kabul edilmiştir. Keza, BM’e üye olan ülkeler kadına yönelik şiddetin önüne geçilme konusunda topluma bilgi vermek için birtakım taahhütlerde bulunacaklarını bildirmişler, ancak 1995 yılında Pekin’de toplanan “IV. Dünya Kadın Konferansı”nın belgelerinde bu konuda durumun iyileşmediğini ve dünya genelinde kötüye gittiği belirtilmiştir (Polenik, 2000).

İnsanlık, “kadın meselesi” ile ilgili olarak yakın geçmişte, Batı toplumunun kapitalist transformasyonu neticesinde ilgilenmeye başlamış ve bu meselenin çözümünde olağanüstü engellerle karşılaşmıştır. Burada sorulması gereken soru; yüzyıllar boyunca devam edegelen cinsiyetler arası eşitsizliğin temel sebepleri nelerdir? Modern toplumların, eğitilmiş insanların anladığı, son vermek için yasaların kabûl edildiği bu adaletsizlik neden hüküm sürmektedir?

Bu soruların cevaplarını bulmak için tarih içinde küçük bir gezintiye çıkmak gerekiyor.

1. Ataerkillik ve Anaerkillik Mitolojisi

Platon ve Aristoteles felsefesinden bu yana Avrupa bilim ve felsefesine ataerkillik egemen olmuştur. Ataerkil toplumların fikir yapısına göre çocuklar ve köleler aileyi, aileler köyleri ve köyler, devleti oluşturmaktaydı. 19. yüzyılın ortalarında toplumsal hayatta başta erkeklerin değil, kadınların egemen olduğu anaerkillik tezi öne sürülür. Bu tez, modern feminizmin ortaya çıkmasına yol açan ve bunu “Annelik Hakkı” kitabında dile getiren Johann Jakob Bachofen’dır.

Antik tarih ve mitolojiyi ele alan Bachofen, annelik mirası mefhumunun tarih ve mitolojide önemli bir yer tuttuğunu fark eder. Ona göre Antik çağ mitolojisinde erkeklerle, kadınlar arasında yaşanan mücadele sonrası, bu mücadelenin kadınların zaferiyle beraber annelik hakkı veya jinokrasiyi ortaya çıkarmıştır. Bu dönemi Bachofen amazon dönemi olarak adlandırır. Onun bakış açısına göre mitolojide “Ana Toprak Demeter” gibi kadın Tanrılar ortaya çıkar. Daha sonra erkekler Tanrı Dionysos’e gitmiş ve egemenlik mücadelesini kazanarak, ataerkillik ortaya çıkmıştır. Nihayetinde erkeklerin, kadınları silâh kullanarak yenilgiye uğratmaları, Roma Hukuku ile tasdik edilmiştir. Bachofen, antropolojide ilk modern feminist olarak kabûl edilmektedir.

Anaerkillik fikrini dönemin tanınmış antropologları, örneğin Kızılderilileri araştırırken aynı aşamanın kalıntılarını gören (İlkel evlilik) John Ferguson McLennan da teyid eder. Ardından, “Antik Toplum” adlı eseriyle (1877) L.G. Morgan anaerkillik tezi üzerinden, ataerkillikten önce anaerkil bir toplumun var olduğunu iddia etmiştir. Morgan, bundan hareketle kadınların özgürlüğü için mücadele ettiği gibi, bütün mirasını da kadınların eğitimine bağışlamıştır. Bütün bunların ardından Marksizmin de anaerkillik tezini kabul ettiğini görüyoruz. Hatta anaerkillik fikri F. Engels’in “Ailenin, Özel Mülkiyeti ve Devletin Kökeni” adlı eserinin (1884) temelini oluşturur.

Sovyet biliminde anaerkil tezi, 20. yüzyılın sonlarına kadar hâkim olmuş ve bugün de birçok Rus sosyal bilim çalışmalarının tartışılmaz konusudur: “İnsanlık tarihinin bir döneminde erkekler, insanlığın diğer yarısı üzerinde üstünlük kurmuşlar, şimdi toplumsal egemenlik mücadelesinde kadınların rövanşla bu hakkı geri alma korkusu ve endişesi yaşanmaktadır” (Ksenofontova, 2006: 417-431).

Ancak, 20. yüzyılda “ilkel” toplumlar üzerinde yapılan etnografik araştırmalar, kadınların erkekler üzerinde hüküm sürdüğü tezi çürütülmüş durumdadır. Bunun gerekçesi de birçok halkta ata soylu evliliklerin yapılmasıdır. Araştırmaların ortaya koyduğu sonuçlar; her türlü aile ve akrabalık ilişkileriyle, evlilik şekli veya akrabalık fark etmeksizin erkek egemenliğinin var olmuş olmasıdır. Böylelikle kadınlar ekonomik alanlardan çıkarılarak, onların sosyal rolleri (anne, eş) otoriteyle erkeklerden daha az ilişkilendirilmiştir.

Sonuç olarak, insanlık tarihinden bu yana varolan “cinsiyet asimetrisi” evrensel bir olgu olarak kabûl edilmesiyle; Batı bilimi, en başta sosyo-kültürel antropoloji olmak üzere, 1970’lerden sonra anaerkil teoriyi mit olarak görmeye başlamıştır (Rouland, 1999).

2. Feminist Antropolojisi

Çoğu bilim adamı cinsiyetler arasında tarihen oluşan eşitsizliğin kadın ve erkek arasındaki psiko-fizyolojik farklılıklardan kaynaklandığını söylemekte, bu farklılıkların cinsiyetlerin farklı sosyal fonksiyonları benimsemesine sebep olduğunu varsaymaktadırlar. Fakat bu iddialar, bilimde feminist yönelim taraftarlarınca reddedilmektedir.

Onlar kadın ve erkek arasındaki “doğal” farklılıkların fazla abartıldığını ve bunların “popüler mitten” başka bir şey olmadığını ileri sürmektedirler. Onlara göre “erkeklerle, kadınlar arasında birbirini fiziksel olarak dışlama fikri doğada var olmayan bir muhalefetten ileri gelmektedir. Eğer biyolojik ve hormonal farklılık fiziksel farklılığa yol açıp popüler olacak kadar güçlü olsaydı, heteroseksüelleri karşılıklı ekonomik ilişkilerde güvence altına almak çok zor olurdu. Aslında doğaya bakıldığında, erkek ve kadınların bir palmye ağacı, bir kanguru veya bir dağ ile olduğundan daha çok benzer yanları vardır.” (Rubin, 2006:432-444)

Burada feminist bakış açısı “cinsiyet” kavramını toplumsal cinsiyet yapısı olarak değerlendirmektedir. Cinsiyet farklılıkları daha çok kadınlara (cinsellik anlamında) baskı uygulamaya yönelik toplumsal kurumlar tarafından inşa edildiği sonucuna varılır.

G. Rubin bu bağlamda şöyle der: “Kadınlar, köle, serf ve fahişe olarak satılmışlardır”. Yazarın bakış açısına göre cinsiyetler arasındaki farklılıklar, şu durumu ortaya çıkarmıştır: “Yüzyıllar boyunca insanlık, erkeklerin cinsel ilişkilerin bir öznesi, kadınları ise, onlara sunulan bir hediye olarak tavsif ve tasvir etmiştir”. Kısacası “kadınların tarihsel yenilgileri” psiko-fizyolojik özelliklerinden değil, içtimai olarak önemli rolleri gasp eden ve kadınları tamamen marjinal bir vaziyette bırakan erkeklerin zalim yönetimlerinden neşet etmiştir”.

a. Cinsiyet Eşitsizliğinin Psiko-fizyolojik Yönleri

Bilim insanlarına göre cinsiyetler arasındaki eşitsizliğe neden olan unsurların başında psiko-fizyolojik yön gelmektedir (Kradin, 2006: 391-397). Özellikle birçok hayvanda, erkeklerin cinsel davranışları, dişiler üzerindeki hiyerarşik egemenlik kurduklarını gösterir. Hatta hemcinslerde bile cinsel ilişki taklidi onlara grupta farklı statü tanır. Egemen hayvan aktif erkek rolünü yerine getirirken, doğal olan, pasif dişi rolünü oynamaktadır (Kon, 1982: 82-84; Butovskaya, 1999, 60).

Freud, cinsel çekiciliğinin saldırgan davranış, egemen olma arzusu ile ilişkili olduğunu ileri sürer. Bu nedenle erkeklerdeki saldırganlık (primatlarda olduğu gibi), onların toplumsal hiyerarşide yerini belirleyen önemli özelliklerden biri olarak görülür. Erkeklerin hiyerarşik oyunlarına kadınlar iştirak etmez. Kadınların sosyal durumu, partner erkeklerin statüsüyle belirlenir.

Toplumdaki cinsel eşitsizliğin kaynakları insan hayatının muhtelif safhalarında kendisini gösterir. Örneğin anne, yeni doğan bir bebeğin bakımına ve ev işlerine daha fazla vakit harcarken, baba evin geçimini üstlenir. Belki de sıklıkla yapılan doğum, doğuran kadınların içtimai hayattan uzun süre uzaklaşmasına neden olmaktadır (Kradin, 2006: 391-397).

Erkek egemenliğinin en önemli ölçütü, daha iyi bir fiziğe sahip olmakla ilişkilendirilir. Buna karşılık kadınların doğumdan sonra pelvis bölgesinde meydana gelen genişleme, onun ağırlık merkezini değiştirmesiyle, fizikî güç ve dayanıklılıkta erkeklerden geride kalırlar. Bu nedenle yer değiştirirken, erkekler kadınları beklemek, vahşi hayvan saldırılarından korumak zorundaydılar (Dolnik, 1998:44-46).¹⁸⁵ Toplumsal yapılara ilişkin kültürlerarası değerlendirmeler, erkeklerin fiziki gücüyle, bebek bakımı gibi emek alanlarıyla olan uyumsuzlukları, cinsiyetler arasındaki ilk emek taksimine neden olduğunu göstermektedir: erkekler; zayıf olan cinsiyeti korumalı, ekmek getirmeli, kadınlar ise küçük çocuklara bakmalı ve ev işleri yapmalıdır (Muvdock,

Provost 1973:203-225). Gerçekten de yeni doğan erkek bebekler, kızlardan daha iri ve kilolu, kasları daha kuvvetlidir. Bunların hepsi iddia edildiği üzere kadın ve erkek rolünü belirleyen unsurlardır (Parsons, Bales, Olds, 1955).

Toplumda cinsiyet eşitsizliğinin ortaya çıkmasının sebebi, belirli bir denge kurma ve ihtiyaçları giderme konusundaki iç ve dış şartlarla da açıklanmaktadır. Erkekler savaş, yeni hayat arayışları vb. konularla, “siyasi unsurlarla” ilgilenirken, kadınların işlevi, topluluk içerisinde biyo-sosyal üretimdir. Onların siyâsi işlevleri genellikle iç şartlar tarafından belirlenmiş olmakla; gıda, su, yakıt vb. konularda kadınlarla iletişim kurmaya yöneliktir. Erkek gelişimini toplum dışında, kadın ise içinde sağlar. Aslına bakılırsa, erkek-kadın etkileşiminde bu işlevlerin performansı tamamlayıcı bir unsurdur. Biri diğerinin başarılı olmasını sağlamakta, biri olmadan diğeri ilke olarak işlevini yerine getirememektedir (Girenko, 2006: 382-390).

N. M. Girenko’ya göre işlevlerin ayrımı yine psiko-biyolojik esaslara dayanır. Girenko, özellikle V. A. Geodakyan’ın (Geodakyan 1965:105-113; 1966:99; 1974:376-385; 1981:657-668) biyolojik tetkiklerine dayanarak sosyal asimetrisinin sebebinin, üreme ve türlerin korunma aşamasında cinsiyetlerin işlevsel farklılıklarında görür: “İki cinsiyete bölünme, üreme sırasında fonksiyonların önemli ölçüde ayrılmasıyla daha plastik (biseksüel) oluşumlara geçiş simgeleyen bir tür evrim aşamasıdır. Kadının cinsiyeti, bilgi birikimine ve bunların çoğaltılmasına yönelik hayat sürerken, erkekler bu konuda daha az istikrarlıdır. Ancak erkekler kadınlara nazaran dış ortamdaki değişikliklere fazlasıyla duyarlıdır ve yeni özellikler geliştirme konusunda istidat sahibidirler (Girenko, 2006: 382-390).

Benzer bir bakış açısı sosyologların “kadınların tarihte erkeklerle nazaran daha dengeleyici bir rol oynadıkları ve her türlü aşırılıkta erkeklerden daha uzakta kaldıkları yönündedir. Efsane ve masallarda annenin rolü, boy ve hanedan kurucusu olarak

belirtilmesi sadece onların biyolojik özelliklerine övgü değil, ocağın ve ailenin koruyucusu olarak ekonomik istikrarın da teminatı oldukları içindir” (Ksenofontova, 2006: 417-431). Aslında kadınların rolü kesinlikle “biyolojik özelliklerine” göre şekillenmiş olmasına rağmen, mitlerin yaratıcıları bu durumu fark etmemişlerdir.

Mevcut “iş bölümü” sosyalleşme ile desteklenir. Toplum içerisindeki bir çocuğun normların öngördüğü davranış göstermemesi, yetişkinler ve akranları tarafından sistematik bir baskı şeklinde tezahür eder. Bu durumda karşımıza üç farklı cinsel sosyalleşme türü çıkmaktadır: Tanımlama teorisine göre çocuk, kendinden yaşça büyük hemcinslerinin davranışlarını kopyalar. Bu teorinin kaynağı psikanalizedir.

Cinsel tiplleme teorisine göre, sosyal hayatı öğrenme konusunda psikanaliz ve psikolojik mekanizmalara önemlidir. Yetişkinler cinsiyetlerine göre çocukların normlara uygun davranmaları konusunda onları teşvik ederler. Kendini sınıflandırma teorisi ise, özgür idrak evresini dikkâte alır. Buna göre çocuk ilk başta kendi cinsel kimliğini öğrenir ve daha sonra kültürel normlara uygun olarak davranmaya başlar (Kon, 1988: 195-197).

Teamül Hukuk Sisteminde Cinsiyet Eşitsizliği

Çoğu ulusal hukuk sistemlerinde cinsiyet ayrımı olmamasına rağmen, bunu gerçek hayat için söylemek zordur. Burada davranışlar geleneksel (ilkel) topluma has cinsel eşitsizlik üzerine kurulan normlarla devam eder. Teamül hukukuna özgü cinsiyet rollerinin asimetrisi, farklı şekillerde geleneksel kültürlerde görünen evrensel özellikler taşır.

Bu ilk başta erkeklerin yüksek sosyal prestije sahip oldukları erkek ve kadın rolleri arasında sert bir çizgidir. Erkeğin erkeklerle ait olmayan bir iş yapması utanç vericidir: “Tarlaya gidip, karısıyla çalışan bir erkek, alay konusu olarak; “karı kılıklı, koca

karı veya fasulye kadın” gibi deyimlerle adlandırılmalarına sebep olur (Bryant, 1953: 124). Bununla beraber rollerin ayrılmasında biyolojik kas gücü muhtemelen büyük bir öneme sahip değildir. Birçok araştırmacı “ilkel” toplumlarda kas gücü gerektiren işlerin erkeklerin değil, kadınların yaptığını ortaya koymuştur. Mesela Avustralya yerlileri göç esnasında kadınlar en ağır yükleri taşıırken, erkekler neredeyse ellerini kollarını sallayarak hareket ederler (Leturno, 1897: 24). Avcı-toplayıcı toplumlarla (Sallins, 1999) göçebe çobanlar arasındaki “iş bölümü” de aynı şekildedir (Kradin, 1992). Avrupalılar burada gördükleri kadınların ayrımını şöyle tasvir ederler: “Daha zor ve daha pis işler kadınların sorumluluk alanında iken, daha kolay ve hafif işler erkeklerle aitti. Kadınlar kabilenin yük hayvanları gibiydi, onlar başları üzerinde farklı ağırlıklar taşıyorlardı. Bir Zulu kadını yük hayvanıdır. Kadın genellikle efendisinin arkasından yürürken, başı üzerinde kendi ağırlığı ve boyunun yarısı kadar eşyayı taşıdığını görebiliriz. Yerlilerde kadınlar sürekli çalışanlar, erkekler ise evin efendisidirler. Ortalama bir Zulu erkeği, ortalama bir Avrupalıya göre çok daha az çalışırken, ortalama bir Zulu kadını bir Avrupalı hemcinsine nazaran kat be kat daha fazla çalışır. Bu arada erkeklerin hareketsizliği, onların tembellikleriyle açıklanamaz. Esasında böyle bir toplumda onların yapabileceği fazla bir işde yoktur (Bryant, 1953: 139, 153, 208, 230-231.)

Yazar burada “yapılacak erkek işi olmadığından” bahsederken, Zulular arasında kesinlikle iş bölümünde “erkek işinin” olmadığına altını çizerler. Eşi yük hayvanı gibi çalışırken, erkeğin toplumdaki vazifesi eşini soyguncu ve vahşi hayvanlardan korumaktır. “Kadının işini”, imajına hâlel getirmeden bir erkeğin yapması geleneksel toplumda mümkün değildir.

Modern toplumlarda dahi toplumsal cinsiyete dayalı iş bölümü hâlâ varlığını korumaktadır. Ancak bu tür ilişkilere daha çok Doğu toplumlarında rastlanır. Örneğin günümüzde Kafkasyasında: “Bir erkek asla yemek pişirmeye, masa temizlemeye veya

bulaşıkları yıkamaya vs. tevessül etmez. Hâтта misafirperverlik kuralları bile onu yemek yapmaya zorlayamaz, çünkü bu kadınların görevidir (Litkina, 2008:121).

20. yüzyılın sonlarında bu bölgede yaptığım saha araştırmalarında bunu gözlemlemiş olduğumu bildirmeliyim. Örneğin Abhazy'a'nın dağlık bölgelerinde araştırma ekibimizde tercüman olarak çalışan gençlerle ortak yemek hazırlanırken lâzım olan suyu getirmekten kaçınmaları dikkatimi çekmişti. Zira, bu gençler köylüler tarafından “erkeğe yakışmayan şekilde” davrandıkları için alay konusu olmaktan çekiniyorlardı.

Bazen teamül hukuk kuralları devletlerin sosyal ekonomik gelişimine engel olduğu da bir vaki'dir. Örneğin tropikal Afrika'da yoksulluğun üstesinden gelebilmek için düşünülen tarımsal faaliyetler- ki, bu ciddi bir işgücü maliyeti gerektirir- erkekler tarlada çalışmayı kadın işi olarak gördüklerinden gereken sonuçlar hiçbir zaman alınamaz.

1. “İçerideki” Kadın; “Dışarıdaki” Erkek

Girenko'nun cinsiyet eşitsizliğinin türlerin evrimini belirleyen biyolojik farklılar tezi, faaliyet alanlarının mekânlara göre değişimi ile doğrulanmaktadır. Etnografik materyaller hane halkının (kadın ve çocukların) yaşamasını sağlayacak geçim yükünün, “dış ekonomik” ve “dış siyasi” faaliyetlerinin erkeğin sorumluluğunda olduğunu göstermektedir.

Erkeklerin avcılık, inşaat, tarım vb. gibi toplu olarak çalışma alanları, doğal olarak standart dışı kararlar almayı gerektirir. Zira, bu faaliyetlere eşlik eden şartlar sürekli olarak değişir. En iyi randımanı alabilmek için erkeler çeşitli birlikler kurup, güçlerini birleştirerek (yaş grupları, gizli veya açık avcı birlikleri, erkek evleri) oluşturdukları ortak yönetimle, dinî ve askerî işleri yönetirler. Bu toplumun istikrarını sağlar. Kadınların “ev” ile ilgili işleri ise (yemek yapmak, çocuk büyütme vs.) nesilden nesle geçen muhafazakarlıkla ifade edilir. İlkel toplumlarda bu

tür değişkenlik/istikrar genel olarak “kadın ve erkeğin” uyumuyla sağlanır. Erkeklerin iktisadî faaliyetleri ise, toplumun mihenk taşını oluşturur. Çoban kültüründe hayvan yetiştiriciliğine dayalı bu işi erkekler üstlenirken, kadınlar sadece yardımcı olur, tarım işleriyle uğraşırlar. Tarım kültüründe tarla işlerini erkekler üstlenirken, kadınlar yardımcı olurlar. Bu da erkeklerin kadınlara göre sosyal statüsünün üstün olmasını sağlar. Erkeklerin grup şeklinde çalışmasından hareketle Alman araştırmacı Schurtz, erkeklerde kadınlarda olmayan dostluk hislerinden bahseder (Boçarov, 2006). “İç” kadın ve “dış” erkek farklı “mekânlara” mahsus cinsiyet işlevleri çeşitli halkların folklorunda da kendini gösterir.

Rus folklorunda kadın ve erkek alanları, evrensel bir uyum teşkil eder ki; “Kadınla, kedisi evde, erkekle, köpeği bahçede” veya “Erkek rüzgâr, kadın ev kokar” gibi deyimler bunun somut örneklerindendir. Bu nedenle evin erkeği komşuları ve dış dünya ile irtibat sağlayan temsilci konumunda, kadın ise erkeğin arkasında ve sadece ev işleriyle mükelleftir. “Tanrı kocamızı korusun, kocamız olmadan evden dışarı adım atmayız” gibi deyimler, bu anlayışın ifadesidir. Kocasını ölen bir kadın, “dış siyâsî işlevleri” de yerine getirmek zorunda kaldığında, bu “dul kaderi” olarak kabul edilir. Rusya’da kadının “iç siyasette” de rolü büyüktür: kadın her defasında “kocasından her işte nasihat istemekle kalmaz, gerekenleri de hatırlatır, misafirlerle el işlerinden ve evden konuşur, neler yapmak gerektiğini anlatır”. Kadının “dış siyasette” rolü, diğer kadınlarla konuşmak ve “bilmediklerini kibarca sormak ve onları dinlemektir” (Domostroy, 1994).

Böylelikle kadın ve erkeğin üretimde ve “kamusal” alanda ayrılması, toplumun istikrarlı bir şekilde varlığını sağlar. “Köy, bir iğne ve bir tırmıkla ayakta durur” veya “Bir iç ile giyinir, bir sabanla üzerimi örterim” denir (Jelobovskiy, 1892: 2-31).

Ev ahalisi içinde kadının erkeği yönetmesi de vardır: “Kötü kadının kocası evde, iyi kadının kocası dışarda yatar” deyiimiyle, genç bir adamın; “Karım sokağa çıkmama izin vermiyor. Çıksam

da pencereden bakıyor” gibi şikayetler bu türden yönetmenin sonuçlarındandır. Ancak kocayı yönetme şekli gayri resmi olup; “Kadın kocasını dövmez ama, dediğini yaptırır” (Jelobovskiy 1892:2-31) şeklinde tezahür eder. Kadın sadece çocuklarını ve aile mensubu genç kadınları yönetirken, evdeki genç kadınlardan biri sözünü dinlemediğinde, cezayı kocasıyla beraber belirler (Domostroy, 1994).

Erkeğin ailedeki iktidarı 19.yy'da bile mevzuatla resmi statüye sahipti: “Kadın ailesinin reisi olan kocasına itaat etmeli, onu sevmeli, saygı duymalı ve sadak göstermelidir” (Kanun, 1857, 18). Kadın haklarının kısıtlanması normal olup, evli kadınlar kocalarının pasaportlarına kaydedilmekte, ayrı bir ikamet izni için belirli süre kocasının iznini gerektiriyordu. Koca, eğer iznini iptal ederse, kadın kocasının evine dönmek zorundaydı. Yine bekar olan kızlar, ailenin reisi olan babanın izni dışında yasa gereği serbest hareket edemedikleri gibi, evli kadınlar bir işe girmeleri durumunda, kocalarının hukuki iznine tabi idiler (İstoriya...1998).

Geleneksel Afrika kültürlerinde, bir eş sadece belirli durumlarda kocasına haber vererek evi terk edebilir (Sinitsyna, 1989: 222). Burada da kadının “iç siyasetteki” işlevi önemli olup, özellikle dul kadının ailede hak ve otoritenin geçişinde kararı nihai sayılmaktadır (Sinitsina; 135-136). Kafkasya dağlıklarından Avarlar arasında, erkeğin yeri “kapıda”, kadının yeri “bulaşık başında” deyimi kullanılır. Yine onlara göre “Erkek evin duvarı, kadın evin içi”dir, “Kadın evin direği, ev onun omuzlarında durur”. Osetler; “misafir kabul edemeyen, yemek yapamayan, milli kıyafet çerkeskaya kumaşı dokuyamayandan kadın mı olur” derler. Erkek çocuklar bir “ad” kazanmak için evden giderken, kızlar, daha sonra da kadınların hayatı ilk ebeveyn evinde, sonra da kocasının evinde geçer (Karpov, 2006: 398-413).

Dini sistemler, geleneksel toplumlarda ortaya çıkan toplumsal cinsiyet esasına dayanır. İslâm toplumunda ev işi kadının göl-

revidir: “Bir kadın kocasının evine bakar ve evden mükelleftir” mealinde hadisler bulunmaktadır. Keza Kur’an, ailede iktidarı erkeğe vermektedir: “Erkekler kadınlardan üstündür, çünkü Allah birine diğerinin karşısında üstünlük vermiştir. Kadın bir erkek kötü davranırsa da, onu terk edemez” (24. Sure).¹¹ Ancak burada da, kadın evin yöneticisi olarak görülür. Kendi saha araştırmalarımla ilgili bir örnek vereyim. Abhazy’a 1980’lerde yaptığımız araştırma seyahatlerin esnasında bir mollanın evine davet edilmiştik. Yemekten sonra mollanın oldukça genç olan karısıyla sohbet etme fırsatımız oldu. Kadınların konumundan bahsederken bana şöyle demişti: “Evet, ben kocamla aynı masada oturmam, ona işleriyle ilgili emir vermem, ama ben sağa baksam sağdaki, sola baksam soldaki işi o yapar”.

Dünya üzerindeki dinlerin büyük bir çoğunluğu erkeğin kadın üzerindeki üstünlüğünden bahseder. Eski Ahit’te “erkek sizi yönetecek” ibaresine karşılık, Yeni Ahit’te; “kocalarınıza Tanrı gibi itaat edin, çünkü koca karısının başıdır” denmektedir. Hinduizm’de Manu Kanunnâmesine göre; “Kadınların evlilik geleneği Veda ritüeline eşdeğerdir, erkeğe hizmet etmek Guruların hayatı, ev işleri kutsal ateşi korumaktır”. Kadından kocasına saygı ve itaat talep edilmekte, kocasına Bengalce üçüncü şahıs saygı ifadesi “o” diyerek yüceltilmektedir. Bengal kadınları kocalarına Tanrıymışçasına hizmet ederler. Konfüçyüs’e göre; “Koca karısına adil davranmalı, kadın da kocasına itaat etmelidir”. Burada kadın sadece kocasının gölgesidir. Kadın için önemli olan, sadece kocasına karşı vazifeleri ve ona müteşekkir olmasıdır: “Bir kuşla evlenirsem onun peşinden uçmak zorundayım, bir köpek ile evlenirsem onun peşinden her yere koşmak zorundayım, bir toprak parçası ile evlenirsem, onun yanında oturmak ve korumak zorundayım” (Tyugaşev, 2006) deyiimi de bunun ifadesidir.

¹¹ Metnin orijinalinde yazar 24. Sure yazmış olsa da söz konusu âyet 4. Sure olan Nisa’nın 34. Âyet olup, mealen şöyledir: “Allah’ın insanlardan bir kısmını diğerlerine üstün kılması-na bağlı olarak ve mallarından harcama yapmaları sebebiyle erkekler, kadınların yöneticisi ve koruyucusudurlar” şeklindedir (ç.n.)

Modern toplumlarda da bu tür cinsiyet ayrımcılığının devam etmekte olduğunu görürüz. Daha çok Doğu ülkeleri için geçerli olan bu durum, örneğin Kafkasya dağlarında Sovyet döneminde kadınların “dış” faaliyete iştirak etmesine izin verildiğinde; kadınlar, köyün gelişmesi için toplumsal işlerde çalışabilmekteydiler. Günümüzde de bu işler kadın erkek olarak geleneksel modele uygun şekilde paylaştırılmaktadır. Erkekler toprakları eker, hasat toplar, odun keser, sürüye ot hazırlar, şehre alışverişe giderken, kadınlar hayvanlara bakar, su taşır, ev işlerini yürütürler. Evdeki iş bölümünü yaşça büyük olan kadın yapar (Litkina, 2008: 119).

Teamül hukukunun kadın ve erkek alanlarını “iç” ve “dış” olarak böldüğü normlar günümüz Rusların hayatlarında da görülmekle beraber, bu artık bozulmaktadır. Amerikalı araştırmacı N. Rice göre Rus erkeklerinin ailede “tecrübesiz ve sorumsuz” davranışları, kadınların ev işlerinde egemen olmasını itirazsız kabûl etmeleri, toplumsal hayatın diğer alanlarında egemen güçlerin baskısına karşı koymaları için gerekli olan özgüven, cesaret ve saygıyı hissetmelerine izin vermemektedir. Sonuç olarak bu da erkeklerin çocuk gibi sorumsuz davranmalarına, olumsuz sosyal şartlarla karşılaştıklarında karşı koyamamalarına ve kendi mesleklerinde randımanlı çalışamamalarına neden olmaktadır. Dolayısıyla erkeğin toplumdaki gücü, gerçekte kadınlardan üstün olmaları gibi hayali ve kırılgan olduğuna vurgu yapan Rice şöyle devam eder: “Ben inanıyorum ki, klişelerden kurtulmak, şu an şablon halindeki düşüncenin altında saklı olan kişisel ve toplumsal potansiyeli serbest bırakacaktır” (Rice, 1994: 44-45; 49-50)

Burada erkeklerin ailelerindeki ikincil konumları “toplumsal hayatın diğer alanlarında” yeterince aktif olmamalarına bağlayarak neden sonuç ilişkisi kuran N. Rice’le aynı fikirde olduğumuz anlamına gelmemektedir. Hâтта, tam tersine bu “alanın” Sovyetler zamanlarında deforme olduğu, bunun da günümüze yansıdığını söylemek mümkündür. Sovyet zamanlarında erkekler, Sov-

yet rejimin eşitlik politikasıyla çatışan ailede maddi üstünlüğe yönelik “mücadele etme özelliğini” resmi olarak sergilemekten mahrum bırakılmıştır. Zira erkeğin aldığı maaş, Sovyet toplumsal hayatında erkeğe “ekmek teknesi” statüsü kazandırmıyordu. Bu konuda her hangi bir inisiyatif, resmen cezaya tâbi idi. Erkeklerin sosyo-politik alanda yüksek statüye sahip olmaları inisiyatif göstermeleriyle değil, “üst” makamlardaki yöneticilere gösterecekleri sadakatla ilgiliydi. Bütün bunlar erkeğin doğasında bulunan “dış” yaratıcı gücünün gerçekleşmesine engel oluyordu. “Cesaretlı” olmanın tek meşru yolu, aile dışında yapılan alkol tüketimiydi. Erkekler, bu objektif sebeplerle kendi işlevlerini yerine getiremezken, kadınlar tam tersine “iç” işlevlerine bir de “dış” işlevler eklemek zorunda kalmışlardı. Tam bu noktada yâni Sovyet toplumunda erkeğin rolünün hayâli olduğuna dair, Rice ile aynı kanaati paylaşmakla beraber, bu pasifliği ailedeki konumla ilişkilendirmek yanlışır. Bu yine görüldüğü üzere erkeklerin kendi psiko-biyolojik hedeflerini yerine getiremedikleri toplumsal çöküşle ilgili bir durumdur.

Yine de “erkeklerin” sosyal rolünü gasp eden erkek nüfusunun bir kısmı, psiko-biyolojik statülerine uygun olarak geleneksel cinsiyet ayırımına bağlı kalmaya devam edeceklerdir. Bu, özellikle ailede kadının baskın olduğu, ama erkeklerin “dış” alandaki aktifliğindeki negatif etkisi olmayan Sovyet nomenklaturasıyla ilgilidir. Bu konuda “Kremlin aileleri” evde iktidarın kadının elinde olduğu geleneksel Rus ailesine örnek teşkil eder. L. Vasilyeva’nın belirttiği gibi; “neredeyse Kremlin’de her lider, tepesinde mutlaka bir kadının topuğunu hissediyordu. Vorosilov’un yanında Yekaterina Davidovna, Kakşoviç’in yanında Mariya Markovna, Molotov’un yanında Polina Semyonovna olmadan evde hiçbir şey için karar verilemezdi” (Vasilyeva, 1992: 363). L. Brejnev de karısı olmadan karar alamaz ve evin bütün işleri için; “Peki ya Vitya ne diyor? Vitya’ya sorun o her şeyi bilir” (Viktoria Brejneva-V.B.) cümlesiyle biterirdi konuşmasını.

Karısı onun için evle ilgili her şeyde ikinci “ben” (Brejnev) idi (Vasilyeva, 1992:472).

Post endüstriyel toplumlarda resmî olarak teamül hukukuna has ilişkilerin devam ettiğini görürüz. Örneğin ABD’deki Mormonlarda çok eşlilik devam etmekte, bütün yetkiye erkekler sahiptir. İsviçre’de ev sahibi, evinde kendi düzenini kurabilir, çünkü bu ülkenin medeni kanunu buna izin vermektedir. Diasporalarda da benzer ilişkiler mevcuttur. Fransa’da yaşayan Müslüman göçmenler, ailelerini şeriatı göre kurup, yönetmektedirler (Cabonier, 1986: 183-184).

Modern toplumlarda kadınların “dış” alana çekilip istihdam edilmeleri ve erkeklerle rekabet ortamına girmelerinin teşvik edilmesine rağmen, toplumsal anlayışı hâlâ geleneksel normların belirlediğinin altını çizmeliyiz. Amerika’da yapılan bir araştırmaya göre erkekler 1970 yılında ortalama 40.18 saat piyasa içinde çalışırken, evle ilgili işlerde sadece 14,2 saat meşgul oldukları tespit edilmiştir. Kadınlar ise aynı yılda 16,7 piyasada, 34,9 ev işleriyle iştigal etmişlerdir (Tyugaşev 2006).

Teamül hukuk mirası, kadınları “dış” faaliyetlerden dışlamayı öngördüğünden, kadınlar toplum ile ekonomik hayatta alt statüde ve vasıfsız alanlara doğru itilirler. Örneğin Amerika’da 1980’li yıllarda bir erkeğin ortalama kazancı haftada 322 dolar iken, kadınlar onlardan 118 dolar daha eksik maaş almaktaydılar. Haftada 150 dolardan daha düşük ücret alanlar kategorinin %65’i kadınlardan oluşurken, haftada 500 dolardan fazla kazanan kategorinin %90’ının erkeklerden olması dikkât çekicidir (Smelzer, 1998: 348-349).

“Dış” faaliyetlere öyle ya da böyle iştirak etmeye başlayan kadınlar, aynı zamanda “iç” faaliyetleri yürütmeye de devam ederler. Bu nedenle günümüzde insan hakları savunucuları “ev” işlerinin de toplum çıkarına hizmet olarak kabûl edilerek, bunlara da devlet tarafından ödenek ayrılması için çalışmaktadırlar. Bu bakış açısına göre ev işlerine böyle bir ödeme yapılması, ka-

dınlara da erkekler gibi tam emekli maaşı alma hakkı verecektir. Buna mukabil erkeklerle kadınlar arasındaki iş bölümünün kesin sınırlarla çizildiği Doğu ülkelerinde durum oldukça farklıdır: modernleşmenin bütün evrelerini hızla atlayan Kore’de kadının çalışmaması fikri hâlâ yaygındır. Evlenen kızların işten atılmaları sık rastlanan bir durumdur (Kradin, 2006). Bazı İslâm ülkelerinde de kadınlar, seçme ve seçilme hakkından mahrumdurlar. Bütün siyâsî, dinî ve iktisadî meselelere erkekler karar verir. Hâtta seçme ve seçilme hakkı olan ülkelerde bile sınırlı sayıda kadın yüksek siyâsî statüye sahiptir. Bu tür toplumlarda her şeyden önce kadın üreme aracı olarak görülür. Hayatın birçok alanında kadın ve erkeğin ayrıştığı açıktır (üniversitelerde ayrı eğitim, hastanelerde, bankacılık hizmetleri, kadınların sporda dışlanmaları vs.). Kadın işe alınırken eşinin izni gerekmektedir. Birçok İslâm ülkesinde kadınların yüksek eğitim alma hakkı olmakla birlikte, gerçekte rakamlar oldukça düşüktür. Örneğin, İran’da özellikle bekar bir kadının yurt dışında eğitim için devlet bursu alma hakkı yoktur, evli kadınlar ise sadece eşiyle beraber giderse bu hakka sahiptir (Saadatmand, 1995:1-24).

2. Erkek Hiyerarşik Egemenliği ve Görgü Kuralları

Erkek egemenliğinin beslenme, cinsel, sözel ve mekânsal tabular çerçevesinde şekillenmesi, doğal olarak etno-kültür taşıyıcılarının psikolojisinde eşitsizliğin yer edinmesine sebep olur (Boçarov 2006:169-224). Örneğin Avustralya Aborjinlerinde erkeklerin yemeği genellikle bal, bazen yumurta, av eti olurken, eş ve çocukları daha ziyade bitkisel gıdalarla beslenirler (Leturno, 1897:20). Zulu kabilesinde, en yüksek dereceye sahip olan bir kadın, kraliyet sığırlarından daha kötü şartlarda beslenir (Bryant, 1953:294). Hindistan’da sadece eşit veya üstün kişilerin yaptıkları yemek yenir. Artık yemeğin kalıntıları ise, sadece kast sisteminde alt mertebede bulunan veya akraba ilişkisinin bulunduğu kişiler yiyebilir: kadın erkeğin kalıntılarını, çocuklar

ebeveynlerinin kalıntılarını yerler... (Tyugashev, 2006). Görgü kuralları da erkeklerle, kadınlar arasındaki münasebetleri keskin bir şekilde biçimlendirmiştir. Zulularda evli bir kadın bir tabu olarak kocasının babası (kaynata) başta olmak üzere kocasının diğer erkek akrabalarının isimlerini zikretmekten imtina eder. Gerektiğinde, kadın o kişilerin gerçek isimleri ni değil, onu çağrıştıracak başka isimler kullanmak zorundadır. Bunun için kadınların konuşma dili, erkeklerin dilinden daha farklıdır. Yine Zulu erkeklerinin anlayışına göre kadınlar göğüstten bacaklarına kadar örtünmek zorundadırlar. Kadınlar örtünürken akrabalarının bakması yasaktır. Kadın akrabaların yanında oturamaz, ayakta veya oturarak yemek yiyemez (Bryant, 1953: 147). Hindistan'da bir gelini kocasının akrabalarını gördüğü anda, kadın sadece yere bakmalıdır. Kadın yabancıların yanında kocasına ve akrabalarına seslenemez. Hayatı boyunca kocasının ağabeyleri, kuzenleri ve dayılarının amcalarının karşısına çıkamaz. Gelin sadece kendinden küçük kadınlarla fısıltıyla konuşabilir (Tyugashev, 2006). Çinliler arasında eşin "gevezeliği" boşanma sebebi olabilmektedir (Kıçanov, 1988: 299-308).

Benzer tabular ve etiketler muhtelif dinler tarafından da desteklenmektedir. Örneğin Kur'an'da bir âyette; "İnanan kadınlara da söyle, gözlerini haramdan sakınsınlar, ırzlarını korusunlar ve açığa çıkanlardan, görünenlerden başka ziynetlerini göstermesinler ve örtülerini, göğüslerini örtecek tarzda omuzlarından aşağıya doğru salsınlar; kocalarından, yahut babalarından, yahut kocalarının babasından, yahut oğullarından, yahut üvey oğullarından, yahut erkek kardeşlerinden, yahut erkek kardeşlerinin oğullarından, yahut kız kardeşlerinin oğullarından, yahut Müslüman kadınlardan, yahut kendi malları olan kölelerden, yahut erkeklikten kesilmiş veya kudreti olmayan erkek hizmetçilerden, yahut da henüz kadınların gizli hallerine vakıf olmayan erkek çocuklardan başka erkeklere ziynetlerini göstermesinler; gizledikleri ziynetler, bilinsin diye ayaklarını da vurmasınlar..."

(Nur, 24/31) denmektedir. Yeni Ahit'te kadın kocasının yanında susmalı ve kocasını dinlemelidir: “Kadın sessiz durup itaat ederken öğrenir; kadının bir şey öğretmesi, kocası üzerinde egemenlik kurması yasaktır”.

Neredeyse bütün kültürlerde kadınların erkek, erkeklerin de kadın kıyafeti giymeleri yasaklanmıştır. Eski Ahit'te; “Kadının üzerinde erkek kıyafeti olmamalıdır ve erkek de kadın kıyafeti giymemelidir, çünkü Tanrı karşısında bunu yapan herkes aşağılıktır” denmektedir.

Kadına Karşı Şiddet

Bir kadına fizikî şiddet teamül hukukuyla, dini öğretinin karakteristik özelliklerindendir. Meselâ, Avustralya Aborjinleri arasında bir adam keyfi olarak karısını dövüp, işkence edebilir hatta öldürebilir (Leturno, 1897: 24). Afrika kültüründe erkek, karısını uygunsuz davranıştan dolayı dövebilir, fazla dayak da kadın tarafından boşanmayla sonuçlanabilir (Sinitsina 1989:220-223,227). Ruslarda kadına şiddet sevginin bir parçası olduğu için doğaldır: “Dövüyorsa seviyordur”. “Domostroy”¹² erkek tarafından uygulanan şiddetin ölçüsü şöyle tarif edilmiştir: “Herhangi bir yanlış davranışta kulağına, gözlerine, kalbine vuramaz, demir veya tahta alet kullanamaz; kalbinden vurmak felâkete sebep olur, hamilelerde erken doğuma neden olur. Kırbacla vurmak; akıllıca, acı verecek şekilde, korkutarak ama sadece büyük suçlarda ve öfkeliyken geçerlidir” (Domostroy 1994).

Rus kültüründe tecavüz büyük bir suç değildir. Geleneğin bir parçası olarak görülür: “Genç erkeklerde tecavüz, yaşlılarının ortamına veya gençliğe geçiş izni olarak görülür” (Rusya’da Zina, 1997). Arkaik fikre göre erkek ile kadının bir bütün olarak algılanması (eş olarak) kadına tecavüzü erkeğin statüsünü kaybetmeye eşdeğer görür. Örneğin 15. yüzyılda Rusya’yı ziyaret eden

¹² 16. yüzyılda Rus Çarlığında Silvester tarafından yazılmış olan ev idaresi ve aile düzeni belirleyen bir kitap (Ç. N)

bir yabancınn anlatıklarına göre: “Yarapolk kardeşine gidip kapıdan içeri girdiğinde iki varyag kardeşi Vladimir bir kuleden bunu izlerken öldürür. Vladimir ise kardeşinin Yunan karısına tecavüz eder” (Kontarini, 1989: 41). Böylelikle iktidar mücadelesinde zafer kazandıktan sonra kazanan, mağlup olanın karısına tecavüz ederek, “diğer rakipleri” kendi iradesine tâbi kılmış olur.

Aynı şeyi modern insan psikolojisinde de görmek mümkündür. Sadece insanlık tarihi boyunca devam eden savaşlar değil, aynı zamanda “sıcak noktalardan” gelen bilgiler de kadına tecavüzün, düşmanı yenmenin ve zafer kazananın davranış şekillerini belirleyen önemli bir unsuru olduğunu göstermektedir. Bu davranış normu gündelik hayatta da karşımıza çıkar. Yan komşusuyla cinsel ilişkiye girmek istediği komşu kadının davranışını anlatan bir erkek, evli olan o kadının “Benim kocama saygı duymuyor musun?” sorusunu sorduğunu söylemiştir. Bir diğer kişi Sovyetler döneminde fabrikada çalışan sekreter bir kadınla girdiği cinsel ilişkiyle ilgili olarak; “o kadınla ilişkideyken, bütün parti mensuplarını aşağıladığı” fikriyle çok zevk aldığını söylemiştir. Bu son örneklerde konu tam anlamıyla tecavüz olmasa da, cinsel ilişkide erkek her zaman egemen konumdadır. Kradin haklı olarak; “Hatta bilinçaltında bile kadının rolü tâbi olan (kurban), erkeğin ise yönetenle bütünleşmiş” (Kradin, 2006: 391-397) olduğunu belirtir.

Kadın, zina işlediğinde onu fizikî olarak büyük bir ceza bekler. Rus folklorunda kahraman Dobrinya, günah işleyen karısının “önce, bu dudakları Zmey Gorıniç öpmüştür diyerek dudaklarını ve burnunu, daha sonra ellerini ve kafasını keserek” cezalandırır (Vertlib 1992:46). İslâm’da da benzer anlayışın hakim olduğunu ve zina yapan kadınlara en ağır cezalar (recm) verildiği bilinmektedir (Tsmay, 2001: 263-293). Bugün de kadının sadakatsizliği erkekten daha çok eleştirilmektedir. Eşinin ihanetini öğrenen erkeklerin %95’i boşanma davası açarken, kadınlarda bu oran %3’tür. Hâtta erkeklere göre ihanet şüphesi

bile boşanma için yeterli bir sebeptir. Sırbistan'da 19. yüzyılda bir erkek, geceyi ev dışında geçiren eşini evden atma hakkına sahipti. Kentucky Yasalarına göre karısını birahane gören bir erkek, karısını boşayabilirdi.

3. Yönetimde Kadınlar

Tarihi ve etnografik malzemeler kadınların bazen toplumsal siyâsî hiyerarşide yüksek mevkîe geldiğini göstermektedir. Fakat bu durumda bile statüleri “erkek sembolleriyle” resmîleştirilir. Meselâ Mısır kraliçesi Hatşepsut (M.Ö. 15.yy) sahte sakal takıp, erkek elbisesi giymesi bu tür örneklerdendir. İlginç bir şekilde Rus tarihçiler kraliçe Yelizaveta ve Büyük Katerina'nın da erkek elbisesi giymeyi tercih ettiklerini bildirirler.

Benzer semboller cinsel davranışlara da yansır. Afrika, Güney Bantu'da “erkek gibi kadın” kurumu görülür. Bu kurumda kadınlar yerel lider olabildiklerinden, bu kadınlar bir başka kadınla evlendiklerinde “erkek” olmuş sayılırlar.

Tabii olarak bu kadınların eşleri, kabilenin diğer erkeklerinden çocuk sahibi oluyordu. Kadim dünyadaki cinsel özgürlükle ifade edilen bu davranış şekli aslında yüksek sosyal mevkîi elde etmek için yapılıyordu. K. Tamissier 19. yüzyıl Habeşistanında kadınların şehirleri, hatta bütün bölgeyi yönettikleri görüldüğünü yazmaktadır (Lombroso).

4. Mülkiyetçi İlişkilerin Cinsel Yönü

Geleneksel toplumlarda kadının miras hakkı olmadığı gibi, kadının bizzat kendisi de mirastır (Bryant, 1953). Kuzey halkların kültüründe “kadının ne toprak, ne mülk, ne de hür yaşama hakları vardır” (Tyugashev, 2006). Kadınların önemsiz şahsî mülkleri ise, ne devredilebilir, ne de miras bırakılabildi. Kocasının rızası olmadan hiçbir şekilde mülkiyet tasarrufuna teşebbüs edemezlerdi (Sinitsina, 1989:223). Geleneksel sistemin ölçütlerine göre gelişmiş siyâsî sistemlerde bile liderin eşi sadece

saygıyı miras alabilir, mülk ve iktidar oğluna geçer. Oğul; “annesinin kişiliğinin” sahibi olarak, oğlunun izni olmadan annesi tekrar evlenemez (Bryant, 1953: 258-259). “Anne hakkının” korunduğu yerlerde bile, mülkiyet ve miras hakkı hiçbir zaman anneye ait olmayıp, ailesinden oğluna, kuzenine veya erkek kardeşe intikal eder.

Sonuç olarak teamül hukuku sisteminde kadın, erkeğin malıdır. Erkek, bir kadınla evlenmeden önce onun erkek akrabalarına başlık parası vererek, onun mülkiyetini satın alır. Afrika kültürlerinde oğlunun ilk eşi için başlık parası erkeğin babası tarafından ödenirdi; şimdi ise erkek bunu kendisi ödemektedir. Afrikalı hayvancı toplumlarda erkek eşine bir sürü vermekte, lâkin bu kadına sadece “evde” sürüyle ilgili nasihat verme hakkı tanımaktaydı (Sinitsina 1989:132). Başka bir ifadeyle mülkiyet hakkı erkeğin akrabalarında, kadın sadece kullanım hakkına sahiptir. Toprakta ise resmi olarak anne-kadının bütün ailenin hak kaynağı görülmesine rağmen erkeğin malıdır.

Bu durumda kadının hakkı olan toprağı veya sürüsünü kardeşine, kuzenine veya oğluna devrettiği varsayılmaktadır (Sinitsina 1989:125,132). Kocasının ölmesi durumunda dul kadın yine kocasının akrabaları tarafından miras olarak devralınır. Bu evliliklerden biri, geleneksel kültürde görünen levirat evliliğidir. Bu evlilik türünde dul kadın, kocasının akrabalarından biriyle evlenir (genellikle kocasının kardeşiyle). Yeni evlilikten doğan çocuklar, ölen eşinin çocukları sayılır. Kadın eğer doğurganlığını kaybettiye, bir kadınla da evlenebilirdi. Bu durumlarda dul kadın, eş olarak seçtiği kadının ailesine para öder ve eşi için ölen kocasının akrabalarından bir erkek seçer. Bu birliktelikten doğan çocuklarsa, ölen kocasının çocukları ve varisleri sayılır (Sinitsina 1989:219). Başlık parası, boşanma veya eşlerden birinin ölmesi halinde (kendi ailesine geri dönme şartıyla) geri verilir. Eğer kadın çocuk doğurmadan ölürse, erkek başlık parasının tamamını veya yarısını geri alma hakkına sahiptir. Erkek, kadına hediye

ettiği eşyalarla, ölenin şahsi eşyalarını (kıyafet) alamaz. Eğer erkek çocukları yanında tutmaya karar verirse, başlık parası geri verilmeyip, çocukları eşine verilirse, başlık parasını geri alabiliyordu (Sinitsina 1989: 222, 228-229). Bu örfi hukuk kuralları, kadınların sadece çocuk üreticisi, geleneksel toplumun “yatırımı” olarak görüldüğünün delilidir.

Kadınların özgürlüğünün artmasıyla beraber, kadının mülkiyet hakkı da değişime uğradığına şahit oluruz. İslâm hukukunda kadınlar miras hakkına sahiptir: “Tanrı, oğlunuza, iki kızıınıza verdiğiniz kadar pay vermenizi buyurmuştur. Eğer kadınların sayısı fazlaysa, o zaman üçte ikisi kadınlarındır” (Nisa, 4/11). Bu nedenle M. Kovalevsky Rusya Kafkasyasında islâm hukukunun uygulanmasını teklif eder. Şeriata göre başlık parası gelinin ailesine değil, boşanma veya dul kalması halinde kendini geçindirmesi için geline verilir (Smirnova, Taysayeva 1997:211).

Ruslarda kadın, kocasının evine götürdüğü çeyizin sahibi sayılır. Çeyiz kadının ait olduğu soyun güvencesidir. Çeyiz kadına yaşlanınca maddi güvence sağlamaktadır, çünkü kocasının ölümünden sonra kadın hiçbir şey alamadığından, kadının diğer soya mensubiyeti ölene dek muhafaza edilir. Eskiden çeyiz kız çocuklarına, kızı yoksa kocasına geçmekteydi (Aleksandrov 1984:224). Kocasını ölen dul kadının malların paylaşımında aldığı pay, kadın öldüğünde soya geri döner. Rusya’nın 16. ve 17. yy’larda toprak sahiplerinin toprak hakkını koruyan devlet mevzuatı mülkiyet hakkında da örfi hukuk unsurları taşır. Mevzuat; “soy” yani miras alınan; “kazanılan” hizmet karşılığında alınan ve “satın alınan” şeklinde votçinalara¹³ bölünmekteydi. İlk iki tür toprak erkek çocuklar, yoksa kız çocukları tarafından miras alınabiliyordu. Bu düzen toprakların aile reisinin soyuna geçmesini sağlıyor, dul kadınlar toprağı miras alamıyordu. Onlar sadece satın alınan toprakları, ikinci evliliğe veya manastıra gide ne kadar alabiliyordu (Aleksandrov 1984:175).

¹³ Miras alınabilen arazi (ç.n.)

Modern devletlerde “cinsiyet ayrımcılığını” yok etmeye çalışan Batı modeline uymaya çalışan resmî devlet mevzuatı ya protestolara neden olmakta ya da uygulanmamaktadır. Örneğin, Mali’deki “Müslüman Kadınlar Birliği” başkanı tarafından 2009 yılında evlilik müessesesinde kadınlara erkeklerle eşit haklar verilmesine ilişkin anayasa teklifini binlerce kişi protesto etmiştir. Kadınların miras alırken çocukları ve eşleri ile eşitliğini sadece “entelektüel kadınlar” desteklemiş, “fakir ve eğitimsiz” kadınların çoğunluğu bu yasaya karşı çıkarak, yasanın “kadının kocasına itaat etme ve erkeğin de karısını koruma” ile ilgili islâm kanunlarına aykırı olduğunu söylemişlerdir. Yine, Japonya’da 1948 yılında Medeni Kanun’da yapılan bir değişiklikle mirasın en büyük oğula kalma hükmü değiştirilmiştir. Oysa, gerçekte neredeyse hiçbir şey değişmemiş, “kanunla” adalet sağlanması nadir görülen bir durum olmuştur.

5. Teamül Hukuk Sisteminde

Cinsiyet Ayrımcılığının İdeolojik ve Psikolojik Temelleri

Teamül hukuk sistemi içinde toplumsal cinsiyet asimetrisinin kadınlar dâhil olmak üzere hemen hemen herkes tarafından âdil bir konu olarak algılandığını belirtmek gerekir: “Erkekler atalarımızın kanunlarına göre hareket ediyor. Onlar savaşıdır ve işleri bizden daha zordur” (Karpov, 2006:200) anlayışı hâkimdir. Kadınlara karşı acımasız davranışların altını çizen araştırmacılar, erkeklerin kadınlara “eşya” gibi davrandıklarını belirtirler. Teamül hukuk kültürünün temeli olan arkaik düşünce, hayvanlar dahil bütün eşyayı birer canlı madde olarak görmektedir. Bu nedenle eşyalar ve hayvanlar o zamanki hukuk sisteminde farklı cezalara çarptırılıbiliyordu. Böylesi bir bakış açısında kadınlar büyük servet sayılmakla, bir kadın hayvancılıkla uğraşan toplumlarda bir sığır kadar değerliydi. Sürüdeki hayvanlara insan isimleri veriliyor ve bilinçaltında onları atalarıyla özdeşleştiriyorlardı (Almagor, 1977:138). Örneğin, olağanüstü yeteneklere sa-

hip olduğu iddia edilen Mali ulusal kahramanı Supdyata Keyta (1210-1250) efsaneye göre bu yetenekleri yarı öküz yarı kadın olan annesinden almıştır. Taşındığı taht ve meşruiyeti sağlamak için kullandığı isimler, hep hayvan menşeli olup; “yarı sığır, yarı kadının oğlu”, “öküz”, “öküz çocuk” şeklindedir (Ksenefontova, 2006).

Tek tanrılı dinlerle beraber olağanüstü yeteneklere sahip olmak sadece Tanrıya atfedildi ve dünya yeniden tasnif edilerek, tanımlanmaya başlandı. Özellikle uzun bir süre kadınların gerçekten bir “ruha” mı sahip, yoksa “hayvan” mı oldukları tartışılmıştır: 585 yılında Meson’daki Galya piskoposluğunda münakaşa edilen bu meselede; kadınların hayvan olma durumunda, sonsuz mutluluktan mahrum bırakılmalarına hükmedilmiştir. Avrupalılar 19. yüzyıla kadar kadınlara hayvan gözüyle bakmıştır. Mesela, Manchester kentinde bir adam, 1839 yılında karısını tasma takıp, pazara götürerek satışa çıkarmış, aynı hadise Halifax’da da meydana gelmiştir (Bryant, 1953: 274).

Arkaik bilinç, kadını hipostazı olarak erkekle eşit görür. Antik kaynaklar ve folklor materyalleri bu konuda aslında erkek ile kadın arasında bir bütünlük olduğunu ve bunun devrin kozmogonik fikir sistemine de yansıdığını göstermektedir. Bu tip örnekler Antik Yunan ve Asya toplumlarında mevcut olup, Antik Yunan’da Afrodit, Hindistan’da Aditi ve Prajapati ve eski Mısır’da Ra bu minvaldeki örneklerden bazılarıdır. Afrika folklorunda da Oduduva (Yoruba), Nommo (Dogon), Faro (Pemba) gibi örnekler bulunmaktadır. Yahveh Tanrısına kadın olarak da tapıyorlardı, bu Tanrının kadın ve anne özelliklerini Eski Ahit’te de görmekteyiz (Ksenofontova, 2006).

Rus folklorunda kadın erkek ayırımına pek rastlanmaz: “Karı-koca tek ruhtur veya Karı-koca aynıdır” vs. (Jelobovskiy, 1892:2-31). Sosyal anlamda kadınlar kocalarının devamcıdır. Çinlilere göre onlar “eşlerinin gölgesinde kalırlar” (Tyugaşev, 2006). Afrika kültüründe genelde kadının adı yoktur, ona

onlarla bağdaştırdıkları erkek ismiyle hitabedilir: “Kız, evliliğe kadar çocukluk ismiyle, evlendikten sonra ise kocasının anne babası ona babasının ismiyle hitap ederler. Kendi kocası, kocasının kardeşleri ve onların eşleri, etrafındaki yaşlılar da babasının ismiyle hitap ederler” (Bryant, 1953:141).

Kadınlar kocalarının “bir parçası” olarak onların ayrıcalıklarından da faydalanırlar. Etiyopya imparatorunun maiyetindeki kadınlar, imparatoriçe dahil 19. ve 20. yy'larda iktidar sembolü olan mühürlere sahiplerdi (Çernetsov, 2001: 86-87). Erkek, eşinin davranışlarından sorumluydu. Erkek dava açma veya karısı için savunucusu olma, karısı adına yasal işlemler yapma hakkına sahipti. Kadının davranışından dolayı kocası para cezasına tabi tutulabilirdi. Ama erkekler de birçok şeyde kadınlara bağlıydı. Kadının davranışından kocası sorumluydu. Örneğin Kafkasya'da “Kadının iyi veya kötü imajı, erkeğe yansımaktadır” (Karpov 2006:398-414).

Günümüzde de kadınların kendilerini bağdaştırdıkları erkeklerle sıkı ilişki içinde olduklarına şahit olmaktadır. Tatilden dönen bir sınıf arkadaşım küçük bir şehrin pazar yerinde şahit olduğu olayı şöyle anlatmıştı: sarhoş bir pazarcı kadın, kadınlar pazarında tezgah için kavga etmekteydi. Kadınlardan biri, diğerine “Sen, benim kim olduğumu biliyor musun! Ben ... albayla beraberim!” diyerek tezgahta hak iddia ediyordu. Kısacası yüksek rütbeli bir adamla ilişkide olmak, kadına da üstünlük sağlamış oluyordu. Aynı şekilde bir işyerinde müdürün eşi veya metresinin bu statüyü hissettirdikleri bilinen bir şeydir. Araştırma enstitüsünde birinci dereceden görevli birinin metresi için, iş arkadaşları “patron gibi davranıyor” demişlerdi. Kadınlar arasında bu statüye ulaşmak için kavgalar da görülür. Geçen yüzyılda aynı araştırma enstitüsündeki müdür için yapılan böyle bir kavga, parti yöneticilerinin kulağına gitmiş ve müdür emekliye ayrılmak zorunda kalmıştı. Eşlerin bir bütün olarak görülmesi, kocası ölünce karısının da öldürülmesi geleneğinin

ortaya çıkmasına zemin hazırlayacaktır. Afrika'da kabile liderlerinin ölümünde gömme ritüeli esnasında, karısını da öldürüp beraber gömüyorlardı (Bryant, 1953:320). Herodot'da barbarlar arasında bu tür bir gelenek olduğundan bahseder. Hatta anlatıklarına göre kadınlar bununla gurur duymakta, etrafındakiler de bu durumu kıskanmaktadırlar. Yine, Hindistan'da Brahmanlar arasında bir kadının canlı canlı kocasının cesediyle beraber yakılmasının, kocasını günahlardan azat edeceğine inanılır ki, bundan sonra eşler göklerde 35 milyon yıl mutlu yaşayacaklardır. Çin kültüründe ise kocasının “gölgesi” olan dul kadın, kocası ile öteki tarafta buluşmak için intihar etmesi gerekmektedir. Kadın bu kararını akrabalara ve tanıdıklara söyleyip, onları bu törene davet eder. Eğer bir kız nişanlandıktan sonra müstakbel eşini düğünden önce kaybederse, kız, ölen nişanlının hatıra tabelası (temsilen) ile evlendiriyorlardı. Kadın evlendiği an dul sayılmakta ve bir daha evlenmemektedir (Tyugaşev, 2006).

Kadının erkeğin ayrılmaz parçası olarak görülmesi, teamül hukukunda kadınların zina yapmasına karşı acımasız yaklaşıma neden olmuştur. Bazen onları buna teşvik eden erkekler için de geçerlidir. Bu sebeple Doğu toplumları haremelerini muhafaza altına aldıklarında, buraya gireni ölümle cezalandırmışlardır (Bryant, 1953:291-292). Öte yandan kadın ile erkeğin ayrılmaz bir bütün oldukları fikri, kadınlarla siyâsî arkadaşlık bağları kurma geleneğini ortaya çıkarmıştır. Kuzey halklarında “kadınlar aracılığıyla arkadaşlık” olgusu ortaya çıkmıştır: “arkadaş” başkasının eşini kendine alıyor, bir süre onunla yaşadıktan sonra eşine geri veriyordu; bekar veya dul olanlarda evli erkekle bu ilişkiyi yaşayabiliyordu, özellikle aynı göçebe grubuna mensuplarsa (Tyugaşev, 2006). Buna ilâve olarak kadınlar üst düzey klan, kabile veya devlet yetkilileri ile evlendirilerek, siyâsî ittifakın bir aracı olarak kullanılıyorlardı. Örneğin, Boris Godunov bu minvalde evlilikler yapmıştır. O kadar ki Moskova'da evlenmediği sadece beş ya da altı ailenin kızı kalmıştır (Klyuçevsky, 1904:258-259).

Muhtemelen Boris Godunov çar olarak taht hakkının meşru olmamasından dolayı, bu hakkı payitahtın daha güçlü aileleriyle ittifak kurarak sağlamaya çalışmıştır.

Cinsiyet Ayrımcılığı ve Atalar Kültü

Önceki bölümde belirtildiği gibi ata kültü sosyalleşmenin erken dönemlerinde ortaya çıkmış, ancak kökene bağlı bu fikir ve inançlar modern insanın bilinçaltında yaşamaya devam etmiştir (Boçarov, 2006: 360-376). İlk başlarda “atalar” ölen erkek akrabalar olup, ata statüsünü elde ettiği anda ona varislerinin kaderini belirleme gibi olağanüstü bir yeti yüklenmiştir. Anaerkil toplumlarda bu yetinin gerçek veya efsanevi kadından gelme işaretlerine rastlansa da, yine de babası, dayısı veya ağabey gibi erkek akrabalarının mezarları başında anılmıştır. Zira, dünyada iyi bir hayat sürmek için varislerinin atalarıyla ilişki içinde olmalarını gerektiğinden, bu da cenaze törenleriyle sağlanmaktaydı. Tören, ölen kişinin anne veya baba tarafından yakın akrabaları yönetiyordu. “İnsan yerine getirmedeği bütün toplumsal görevleri için affedilebiliyor, lâkin ailesi için cenaze töreni yapmayıp, gereken kurban verilmezse, sonsuza kadar lanetleniyordu. Töreni yöneten, sadece yaşayan varislerin iyi yaşama sorumluluğunu taşıyor, aynı zamanda icabeden gelenekleri zamanında yerine getirmek suretiyle, ölen kişinin de diğer tarafta rahat etmesini sağlıyordu. Bu gelenekler, kadim hukuki yasalarda yer almakta ve atalara kurban verme teferruatlı olarak anlatılmaktadır (Kovalevsky, 1886:42-43).

Hindularda cenaze törenlerine çok para harcanması, cenaze törenine gerekli ihtimamın gösterilmesi ve törene mutlaka iştirak edilmesi, ölen kişinin gazabından korunma anlamı taşır. Yine bir Çinli öğrencinin “devlet sınavında başarı elde etmek için gösterdiği aşırı çaba, ölen baba ve dedesinin kaderinin az da olsa iyi olacağı” inancı taşır (Kovalevsky 1866:46-47). Bu sebeple birçok halkta erkek çocuğa değer verilmesi, ayınların sadece

erkek çocuk tarafından gerçekleştirilmesi bu inançla ilgilidir. Eski Roma'da ölen kişinin oğlu yoksa, hediye alamayacağından (kurban veya benzeri) gittiği dünyada sonsuz açlığa mahkûmdur (Fustel de Coulanges 1906:31-33). Çin'de oğlu olmayan birinin, on kız çocuğu bile olsa, çocuksuz olarak kabûl edilir (Tyugashev, 2006). Manu yasalarına göre evin büyük oğlu “görevi yerine getirmek için doğmuştur”. O çalışarak “Manu atalarının borcunu öder, kendisi de ölümsüzleşir”. Antik Yunan'da Eshilos, erkek çocuğu ataların ocağının kurtarıcısı olarak adlandırıyorlardı (Fustel de Coulanges, 1906:50). Kültü devam ettirecek olan erkek çocuğun, evlilik içinde doğmuş olması gerekmektedir. Evlilik dışında doğmuş olan erkek çocuk bu role sahip değildir. Kan bağı aile demek anlamına gelmeyip, bunun için kült bağı gerekmektedir. Bu nedenle evlilik kültü ile eşine bağlanmayan kadından doğan erkek çocuklar külte dahil olamıyordu. Zira o, mezara hediye götürme hakkına sahip olmadığından, ailenin devamcısı olamıyordu. Kız çocuk da evlendiğinde başka aileye gidip kocasının kültürüne dahil olacağından, kültürün devamcısı olamazdı (Fustel de Coulange, 1906: 50).

Ata kültürü, toprak mülkiyeti ile ilişkili insanların üzerinde ciddi bir etkiye sahip olduğu görülür. Toprağın gerçek sahipleri atalar, torunlar ise sadece atalarının topraklarını kullanan kişi konumundadırlar. Afrika kabilelerinde toprak sahibi, liderin ataları sayılarak, lider onların iradesiyle toprağı yönetmektedir. Buna dayanarak lider, toprağı kabile içinde kullanıma verebilir fakat asla satamazdı. Benzer inançlar Rus ve Kafkasya halkları arasında da görülür (Boçarov, 2004: 173-199). Kadim Roma'da teamül hukukuna özgü bir şekilde bu kuralların kayıt altına alındığını görürüz. Burada; “kendi tarlasına babasını gömen kişinin, ölenin ruhunun bu tarlayı sonsuza kadar sahibi olacağına delalet ediyor ve bu arazi ailenin kurban sunduğu yere dönüşüyordu”. En büyük erkek çocuk, statüyü miras alarak toprağın yetkisini devralıyordu. Benzer uygulamalar Hint Vedalarıyla, Antik

Yunan toplumunda da rastlanır (Fustel de Coulanges, 1906: 36-40). Başka bir açıdan bakıldığında toprağın bekçisi olmak sorumluluktan ziyade, bir zaruret halidir. Atadan kalan mirası reddetme hakkı yoktur. Örneğin, Eski Yunan ve Roma hukukunda her ne olursa olsun reddi miras hakkının yürürlüğe sokulması kabil değildi. Kızın babasından kalan mirası alamaması, kızın ataların mezarına kurban götürme ayinlerini gerçekleştirememesi ve kocasının ataları için aynı ayinleri gerçekleştiriyor olmasıyla ilgiliydi (Fustel de Coulanges, 1906: 74-76). Ayrıca atalar kültürünün geleneksel yansımaları, Roma hukukundaki özel mülkiyet ve miras hakkı gibi kurallarla rekabet etmekteydi. “Varis diğer mirasçılarla beraber yaşamaya devam ediyor, bunlardan biri vasiyetine bir şekilde onun bugününü ve ölümden sonraki hukuki varlığını birleştiren prensibi ihlal ettiği takdirde, kanun yanlış belgeyi iptal ediyor ve mirası kan bağı olan akrabalara devrediyordu (Maine, 1873:149).

Bu sebeple sömürge bölgelerindeki Avrupalılar kendi yasalarına teamül hukukunun kurallarını da dahil etmek zorunda kalmışlardır. Örneğin, İngilizler Hindistan’daki mülkiyet meselesini Hint geleneklerine göre karara bağlıyorlardı (Kovalevsky, 1886:42).

6. Erkek Statüsünün Kaynağı Olarak Kadınlar

Geleneksel bir toplumda bir erkeğin statüsünün birçok nokta-i nazardan kadınlara bağlı olduğu ve bir kadına sahip olmayan bir erkeğin içtimai hayatta yer edinemeyeceğini ifade etmek gerekir. Evlilik erkeğe içtimai bir statü kazandırırken, bekâr (erkek çocuk) birine her yerde nefret ve acıma duygusuyla yaklaşılır. Nitekim Rus folklorunda bekar adamdan “yarım adam” olarak bahsedilirken, Musevilikte henüz evlenmemiş birisi tam anlamıyla “insan değildir” (Tyugaşev, 2006). Toplumsal hayatın yeniden inşasında belirli bir yaş grubunda olan erkeklerin kendi yaşlıları kızlarla evlendikleri tespit edilmiştir. Böyle bir evlenme modelinin

ilk örnekleri Afrika etnografik materyallerinde yer alır (Kalinovskaya, 1976). Zulularda askerlik görevini yapan erkekler hemen evlendirilir: “Genç erkekler kralın emriyle askerlik için toplandıklarında, hem düşmanla savaşıp, yabancılara saldırıda asker, hem de polis ve işçi olarak istihdam edilirler.... Kadınlar da erkekler gibi yaş grupları veya birlikler içinde toplanırsa da, bu sadece isimden ibarettir. Bir grup içinde olmayan yaşça büyük kızlara da kral tarafından ortak bir grup ismi verilir. Gençlerin evlenmeleri ancak kralın emriyle; birlik dağıldıktan sonra (teskere alma) ve yaşça büyük olan kadın grubuna saçlarını tepelerinde toplamalarıyla evlenmeleri mümkündür. Kralın izni olmadan ne kızlar, ne de erkekler evlenemez (Bryant, 1953:128-131).

Evlilik aşamasında kontrol etme gücü, insanlık tarihinin devamı içinde dikkat çekici bir hususiyettir. Bu doğaldır, çünkü tâbi olanların sosyal dinamiği iktidarın her dönemi için asıl işlevi olmuştur. Örneğin herhangi bir kamu hizmetini yerine getirmemiş, okula gitmemiş soylu çocuklar, asker ve öğrenciler 18. yüzyıl Rusyasında evlenemezlerdi. İktidar, devlet hiyerarşisinde gereken statüyü alamayan birine teamül hukuku sisteminde sosyal olgunluğa ulaşmaya engel oluyordu. 19. yüzyılda evlilikler, memurlar ve askerler arasında iktidar tarafından kontrol ediliyordu (Beremenko, 2006). Ancak evlenmeye karşı bu tür engeller, geleneksel toplumlarda da görülmekte; yaş sınıflamasına dayanan arkaik düzen dağılırken, yaşlılar gençlerin evliliğini geciktirmeye çalışıyordu (Misyugin, 1998). Bununla gençler eski statülerinde kalırken, büyükler oğulları için ayrılan genç kızlarla evleniyorlardı. Böylelikle yaşlılar konumlarını uzun süre koruyor, bir anlamda “gençleşirken”, gençler “erkek çocuk” olarak kalmaya devam ediyorlardı (Boçarov 2000). Burada sadece, belirli sosyal yaş sınıfına mensup kadınlar, erkeklerin sosyal yükselişini garantilemekteydi.

Antik Mısır folklorunda da özellikle Osiris ve İsis mitinde buna benzer örnekler vardır. Büyük erkek kardeş Osiris’in İsis

adında kız kardeşi aynı zamanda eşi vardır. Osiris'in yasal varisi olan küçük erkek kardeşi Seth ve küçük kız kardeşiyle, onun eşi olacak Nefrid (Nefertiti) bulunmaktadır. Fakat Osiris, Nefrid'le de evlenerek, Seth'i tahtından ederek kendi iktidar süresini uzatır. Evlilik yoluyla iktidarı uzatma geleneği, belirli bir zaman içerisinde poligamiye yol açmış olmakla beraber, Tanrıların ölümsüzlüğü fikrinin kaynağı olarak da düşünülmektedir. Yeni evliliklerle elde edilen sosyal ölümsüzlük, aynı zamanda biyolojik ölümsüzlük olarak da algılanmaya başlayacaktır (Misyugin, 1998:120). Seth'in Osiris'i öldürülmesi ise, hükümdarın ritüel olarak öldürüldüğü iktidar ilişkilerinde görülen arkaik davranış biçimidir. Bu Afrika'nın birçok geleneksel kültüründe görülür.

"Kız kardeşler" ilk başta "erkek kardeşlerin" evlendiği kadınlardan ibaret bir yaş grubuydu. "Kız kardeş eş" iktidarın "koruyucusu" olarak toplumda yüksek mevkie sahipti. Sosyo-politik bir kurum olan "kız kardeşle" evlilik, hükümdarın iktidarını meşrulaştırıyordu. V. M. Misyugin'e göre böyle bir durumdaki ilişkiler akrabalık ilişkisini değil, "erkek kardeş" ve "kız kardeş" olarak evlilik gruplarını sınıflandırmaktadır. Kız kardeşler-yöneticiler kurumu güneyden kuzeye, batıdan doğuya birçok Afrika halkları arasında da sözkonusudur (Kubbel, 1960: 149-151). Afrika dışında, Çin, Antik Sparta, Hindistan, Kuzey Amerika ve Mikronezya adalarında da görülmüştür (Ksenofontova, 2006). Bu kurumda "kız kardeş" sayesinde erkek hükümdar statüsünü korumakta, "koruyucu" kadın ise bu yetkilerin bir kısmını kullanmaktadır. Burada kadın, sadece erkek kimse hükümdar olabileceğinden, erkek gibi davranmak zorundadır. Örneğin, Mısır kraliçesi Hatşepsut (M.Ö 1525-1503) erkek kardeşi kocası II. Thutmose öldükten sonra firavun olmuş ve firavunluğu sembolü olarak başında "uraeus" ve takma sakalla resmedilmiştir. Bu tür "erkeksi" sembolleri Hatşepsut resmi seremonilerde kullanmaktaydı. Afrikalı kız kardeş yöneticiler de, bu şekilde davranmaktaydı (Kubbel, 1960). L. E. Kubbel'e göre hükümdarın karısı,

adli ve idari alanda geniş yetkilere hükümdarın kız kardeşi veya eşi öldükten sonra varislerinin annesi sıfatıyla sahip olabilir. Kız kardeş yönetici statüsü “kadınlık özelliklerini” kısıtlamak anlamında olmakla, yani kadın artık ne kocasından, ne de sevgililerinden çocuk sahibi olamazdı (Ksenofontova, 2006).

Erkeğin eşlerinin çokluğu bireyin zenginliğini (çünkü her kadının için başlık parası ödenmekteydi) ve gücünü göstermekteydi. Böylelikle “zenginlik” ve mükemmel sağlık, iktidarı meşrulaştırıyordu. Arkaik liderlerin büyük haremlere sahip olmalarını da burada aramak gerekir. En küçük bir fiziki zafiyet, iktidarı geçersiz kılmaya yeterli olup, bu tür liderler iktidardan derhal indiriliyordu (Boçarov 2006:172-219). Liderler sürekli sağlıklı olduklarını göstermek zorundaydılar. Arap kaynaklarından Rus çarının “maiyetlerinin” yanında kadınla beraber olduğunu görmekteyiz. Knyaz Vladimir’in eşleri ve esirleri bunun ispatı niteliğindedir (Froyanov, 1996: 94-95).

Bu tarz yaklaşımları modern zaman politikacı, iş adamları ve yüksek statüdeki kişilerin davranışlarında da görmek mümkündür. Örneğin Doğu’da yaygın olarak (SSCB dahil) yaşlı devlet liderlerinin “gücünün doruğunda” olarak resmedilmeleri bunun çarpıcı örneklerindendir. Kuşkusuz bu, iktidarın meşruluğunu güçle bağdaştıran bilincin arkaik katmanının dışı vurumudur. Bu tür devletlerde devlet başkanının sağlığı hakkında bilgi paylaşmak tabudur. Kadınlar ise, iktidarın fiziksel gücünün en önemli delilidir. Örneğin 1980’lerin başlarında komünist Bulgaristan’da lider T. Jivkov’un genç karısıyla olan fotoğrafları gazeteleri süslemekteydi. Basın organları bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde bu arkaik formun görünen yüzü olmuştur. Hâlbuki komünist ahlâka göre böyle bir şeyin yaşanması mümkün değildi. Bu davranış tipi Doğu’nun komünist ülkelerinde oldukça yaygındır. Çin’de Mao Zedong’un genç kızlardan oluşan bir haremi olduğu, kızların gençliğinin yaşlı için gençleştirici güce sahip olduğu miti oldukça yaygındır. Bu tür yorumlama, benim

bakış açımı göre çok eşliliği ölümsüzlükle bağdaştıran eski mitlerle ilişkilidir. Yine, Brejnev'in genç bir hostesle olan ilişkisini göstermesi, aynı durumdan kaynaklanıyordu. Bu arketipin etkisi günümüzde Batılı siyâsetçilerinin davranışlarında da görülür. ABD başkanı Bill Clinton'un M. Levinsky ile ilgili skandalı ilginçtir. "Dikkat çeken nokta, skandal sonrası Clinton'un popülaritesinin artmasıydı" (Harris, 2003). Ki, bu başkanın görevden alınma tehlikesine rağmen yaşanmıştı! Aynı şekilde Fransız devlet başbakanı N. Sarkozy ile Carla Bruni'nin evlenmesi, siyasi liderin seks sembolünün "gönlünü fethederek" liderin gücünü gösteriyordu. Genel olarak günlük hayatta da sık sık yaşlı erkeklerin genç kadınlarla sosyal statülerini yükseltmek için beraber oldukları bilinen şeylerdir.

Eskiden evlenmek, erkeğin sosyal bütünlük kazanma anlamına geliyorsa da, sosyal ayrımcılığın artmasıyla erkeğin statüsü kadının belirli bir sınıfa ait olmasına bağlı hâle gelmiştir. Bir malarda bir grupta olan birkaç soy, sosyal durumlarına göre alt tabakaya ait soy ile evlilik bağlarıyla bağlanıyordu. Ortak çıkar şöyleydi: alt tabakadan olan kişilere üst tabakadan kadın vererek, üst tabaka verdikleri kadının sosyal durumuna göre para almaktaydı (Rouland 1999:107).

Eski Roma'da bir kadın hem statünün, hem de servetin "koruyucusu" yani varisi olabilirdi. Tek kız çocuğuna sahip olan bir baba, varisi ilan etmeden veya birini oğulluğa almadan ölürse, kızıyla evlenmesi şartıyla varisi en yakın akrabası oluyordu. Kadının mirası doğrudan alamıyordu, ama kült ve miras kadın üzerinden veriliyordu (Foustel de Coulanges, 1906: 79-81). Avrupa tarihinin muhtelif safhalarına ait materyallerden öğrendiğimize göre yabancı bir hükümdar, işgalci bile olsa toplumun gözünde kendi gücünü belirli bir sınıftan kadınla evlenerek meşrulaştırabilirdi (Grot, 2009: 132-194). Bu tür "koruyucu" örneklerden biri erkeklerin yüksek statü ve zenginlik için evlenmek isteyip birbirlerine karşı rakip oldukları ve yarıştıkları Homeros'un Pe-

nelope'sidir. Bu teamül hukukuna ait sosyal tabakalar günümüzde de devam etmektedir.

Bu konuda en çarpıcı örnek Ekim Devrimi'nden sonra Bolşeviklerin evliliklerinde görülen davranışlardır. 1920'li yıllara ait bilgilere göre “parti önderleri” “işçi” olan sevgililerini terk ederek, soylu kadınlarla evlenmeye başlamışlardır. Evlilikler bir ara o kadar çok artmıştı ki, bir müddet sonra sorun haline gelmeye başlamış, hatta yüksek parti forumlarında tartışma gündemi oluşturmuştu: “Yoldaşların işçi eşlerini terkederek, eski general, subay veya tüccar eşleriyle evlendiklerini rakamlarla söyleyebiliriz” (Parti Etiği, 1989:211). Bunun geleneksel statü sembolleri yoluyla yeni toplumsal kendini tanıma ihtiyacından kaynaklandığı açıktır. Yeni hükümdarlar bu ihtiyacı kendileri hissetmekte ve etrafını toplumda kendi yerinin meşruluğuna ikna etmek için erkeğin toplumdaki sosyal siyasi rolünü belirleyen kadına başvuruyorlardı. Bazen tam tersine, geleneksel toplumlarda gençlerin katıldığı savaşlarla kumandan otoritesi kahramanlığa aidiyeti bekârlık belirliyordu. Örneğin Zuluların liderleri (Çaka, Dingaan vd.) biyolojik genç yaşlarına rağmen, askeri geleneğe sadakatlerini göstermek için bekar kalmayı tercih etmişlerdir. Bu davranış biçimiyle, büyük haremlerinin olmasına rağmen toplumun çıkarları adına alt statüde kalarak, kendilerini kurban etmiş oluyorlardı. Bekârlık, iktidarın en büyük dayanağı olan savaşçılığa adanmışlığı gösterirken, diğer taraftan harem onların gücünün ispatı olarak, liderlik hakkını meşrulaştırıyordu.

Bekârlığın savaşçı statüsü ile korelasyonu, aynı zamanda siyasi gücün evliliği yönetmesi 19. yüzyılda neredeyse bütün Avrupa ülkelerinde görülmektedir. Bunun için askerlerin yönetimden evlilik için izin almaları gerekiyordu (askeri bakanlık veya devlet başkanı). Belirli bir yaşa gelene kadar aile kurmak yasaktı; evlenmede belirli bir kota vardı (her bölüğün belirli kotası) ve evlenenlerden tazminat talep ediliyordu. 1899 yılında tümgeneral S. İ. Bibikov'un başkanlığında kurulan bir komisyon, 19 Mart

1901’de Genelkurmay tarafından desteklenerek, subayların evlenmesine ilişkin yeni bir kanun çıkarmıştı. Mezkûr tarihten sonra devlet memurlarının evlenmesi yolundaki engeller kaldırılarak, evlilik bir statü halini almaya başladı (Beremenko, 2006).

Totaliter dönem liderlerinin orduyla olan dayanışmalarında, liderin biyolojik yaşına rağmen, bekar gençlere ait olduğunu gösteren arketip davranış katmanlarına mahsus davranışlar görülür. Hitler bu tavrı; “benim gelinim Almanya” sözleriyle dile getirirken, yine bir diktatör olan Stalin, askeri üniforma altında bekar kalmayı tercih ediyordu. Bazı liderler evliyken diktatör statüsü kazanmakla, birçok genç kadınla açıkça gönül eğlendikleri davranışlar sergilemişlerdir (Atatürk, Tito). Bu tip davranışlar “ulus adına bir şeyler başarmak” adına kendi “özgür iradelerini” göstermek ve aynı zamanda topluma güç gösterisinde bulunma anlamı taşır. Mussolini ise bilindiği üzere sadece kadınlarla eğlenmemiş, kendi doğum gününü devlet sırrı ilan ederek “sonsuz gençliği” garantilemiştir.

Alt Kültürlerde Cinsiyet İlişkileri

Kendi kendini örgütleme evresine giren modern topluluklar arasında da, teamül hukuk sistemine has cinsiyet ayrımcılığı gözlemlenir. Örneğin, T. Şepanskya’nın verdiği bilgilere göre hippiler arasında kadının konumu, onu oraya getiren adamın konumuyla alâkalıdır. Bir hippie meclisinde erkeğe saygı gösteriliyorsa, kadın da saygı görür. Kadın şahsi bir statüye değil, sadece erkeğin statüsünün yansımasına sahiptir.

Partilerde de lider otoritesi, “fethettiği” kadınlara göre belirlenir: her liderin birçok genç hayranı vardır. Yine sosyal hiyerarşide ilerleme erkeğe “av olan” kadınla ilişkili olup, yaşı genç olanın “eğlence” için kadına yaklaşması yasaktır, kadınlar onun için annedir. Genç, sadece kadınla iletişim hakkı kazanmakla, cinsel bağlantı bu şekilde kısıtlanır. Araştırmacı bir kadına göre: “bazıları için bu av, kadınların çokluğu; bir başkası için başarılı

evlilik; müzisyen ve ressamlar için hayran kazanmaktır. Hippi ortamından çıkan birçok müzisyen ve avangart ressam bu şekilde ün kazanmıştır.

Partilerdeki bütün kadınların erkeklere karşı davranışı ve onların gözündeki yerine göre belirli statüsü vardı: herpa “cinsel ilişki için bir obje”. Lâkin herpa saygın davranış talep eder, “ona ilgi göstermek gerekir”; jaba (kurbağa) ona ilgi göstermek gerekmez, o herkesle gider; lyalka “sürekli yanında olan” kız arkadaşın; kız kardeş arkadaşının kız arkadaşı; anne yaşı büyük ve eğlence tecrübeli kadın anlamı taşır.

Anne, kişisel nasihatçi veya grup lideri Hippi majesteleri, hippie geleneklerini aktaran kişidir. Erkek eğlence ortamına girdiğinde, erkekler için kadın olmaktan çıkar. Majesteleri özgür bir kadındır, onlara kadın olarak davranılmaz. Özel hayatı çok nadir yaşanır ve o bundan memnundur. Cinsel partnerinin çok nadir olması, yani “erkek rolünü” oynamakla, eğlence ortamlarında özgürlük elde eder (Şepanskaya 2005:255-258).

Kadın kolonilerinde “aileyi” kadın kurar. Üyelerinin oynadığı cinsiyet rolleri teamül hukukuna göre erkek kadın arasındaki ilişkiye özgüdür. Ailede tutuklu olduğunda, koca rolünü üstlendiğinde o, “üst yarıdır”. Diğer tarafta, kadınlık görevlerini yerine getirirken, “alt yarıdır”. Kocanın görevi eşini korumak, ailesine bakmak, maddi ihtiyaçlarını gidermek vs.dir. Kadın çamaşır, yemek işleriyle ilgilenir, kocasının dış görünüşüne dikkat eder. Eskiden “kocanın” daha sert görevleri vardı, erkek ailesinin giyecek ve yiyeceğini temin etmekle mükellefti. Şimdi ise “aileler” daha çabuk dağılıyor.

Ailenin dağılması, yani “boşanma” hür irade ile yapılmaktadır. Lâkin aileyi terk etmek için belirli nedenler gerekmektedir. Bu derbederlik, ihanet vs. olabilir. Sürekli “eş” değiştiren erkek veya evli erkekle beraber olan kadın, toplum tarafından yargılanmaktadır (Khohryakov 1991:132-134).

9. Bölüm

Akrabalığın Ortak Hukukî Yönleri

Geleneksel ve Modern Topumlarda Akrabalık

Yaş ilkesinden başka geleneksel toplumların davranış şekillerini belirleyen önemli ölçütlerden biri de akrabalık ilişkileridir. Akrabalık sosyo-biyolojik bir kavram olmakla birlikte, toplumsal evrimin ilk dönemlerinde akrabalık sadece içtimaî bir anlam taşıırken, daha sonraları buna biyolojik anlam da eklenerek, kan bağı ortaya çıkmıştır. Akrabalık, anlamını ilkel yapının çöküşü, mülkiyet anlayışının değişmesi ve bunu biyolojik varislerine iletme amacıyla kazanmıştır. Bir hipoteze göre ilk başlarda ortak tarım işleriyle uğraşan topluluğun bütün üyeleri akraba sayılırken, topluluk dışında kalan herkes yabancı olarak kabul ediliyordu” (Misyugin, 1978: 166-169). Akrabalık yoluyla toplum yeniden düzenlenerek, sadece akrabalar arasında sosyal etkileşim yoğun bir şekilde yaşanmaya başlamıştır (teamül hukuku normlarıyla). Teamül hukukunun normları yabancılar için geçerli değildir. Örneğin bir akrabanın öldürülmesi çok büyük bir suç iken, bir yabancıнын öldürülmesi suç olmadığı gibi, bir teşvik ve gurur kaynağıdır. 20. yüzyıla kadar bazı yerli kabile gelenekleri belli bir meskun bölge sakinleri aynı soy ismi ve kan bağı taşımamalarına rağmen, kendilerini akraba sayıyorlar, kendilerinin gerçek ya da efsanevi bir atadan geldiklerine inanmaktaydılar. Burada, klanın atası bir hayvan veya bitki olabilirdi. Ortaya çıkan ata kültü, akrabaların içtimaî hayatını düzenleyen en önemli faaliyetlerden biri olmakla, mezkûr faaliyetlerle insanlar kendilerini var oldukları akraba topluluğuna ait hissetmekteydiler. Bazen de ortak ata olmayan ortak toplulukların da kendilerini akraba saydıklarına rastlandığı olur: “Anaerkilliğin hakim olduğu halklarda, ortak ata kültüne dair mülâhazalar oldukça azdır.

Yani bu tür halklar akrabalığa bizim yüklediğimiz anlamı yüklememekte, sadece akraba olduklarına inanmaktalar (Semenov, 1974:152-153). Semenov'un bu görüşlerini Rouland da paylaşır (Rouland, 1999: 84-85).

Bunun yanında biyolojik (kan bağı) özelliklere göre kendilerini akraba gören gruplar da vardı. Bu, gerçekten ölen ataların varislerinin birleştiği soya bağlı olarak her soy, atalarının yaşadıkları bölgede yaşarlar (Rouland, 1999:87). Geleneksel toplumlardaki akrabalık mefhumu, modern zamanlarda anlaşıldığı gibi bir mefhum değildir. Geleneksel bir ortamda ortaya çıkan akrabalıkta birbirlerine en yakın olanlar bile, aslında akraba değildirler. Meselâ, ataerkil bir toplumda babanın yanından giden oğul ya da torun soydan sayılırken, anaerkil bir toplumda annenin yanından giden akraba olarak adlandırılır. Yani, toplumdan topluma sıhriyet ilişkileri değişir. Toplumda her zaman anne, baba ve çocuktan oluşan bireysel biyolojik hücre, geniş bir sistem olan ilkel toplumun parçasıdır (Girenko, 1992: 177). Çocuklar fizyolojik ebeveynlerinin yanında üç yaşına kadar kalmaları (bir şekilde yürüyüp yiyelebilene kadar), bu da çocuklar ve ebeveynler arasına herhangi bir yakınlık hissinin oluşmasını engelliyordu. Bir yerden sonra çocuklar “sosyal çocuk” grubuna dahil oluyor ve eğitim için “anne” ve “baba” olarak adlandırılan “sosyal ebeveynlerin” vasililiği altında yaşıyorlardı (Boçarov, 2006: 74-75).

Modern toplumlarda akrabalık, ya doğum belgesi ya da tıbbi gen tahlille belgelendirilen hukukî delile dayanır. Bu tür toplumlarda akrabalık ilişkisi iki yönden kurulur: birinci tip akrabalık, “dikey akrabalık” olarak bilinir ki, buna anne, baba, nine ve dede dahildir. İkinci tip ise, “yatay akrabalık” şeklinde ifade edilir ki, bunun içinde amca, teyze, hala, kuzen, yeğen vb. akrabalar yer alır. Yükselen akrabalıkla yaşça büyükler (varislerden atalara), alçalan akrabalıkta yaşça küçük olanlar (atalardan varislere) kastedilmektedir. Yarım akrabalık da olabilmektedir: eğer kardeşler aynı babadan ise, aynı kandan, aynı anneden iseler, aynı

rahimden sayılırlar. Ancak burada akrabalık dereceleri farklıdır. Örneğin, eğer anne ve oğul birinci dereceden akraba, annanne ve torun veya erkek kardeş, kız kardeş ise ikinci dereceden akrabadırlar. Evlenirken kazanılan ve ayrılırken kaybedilen özellikleri akrabalığın özelliklerinden ayırt etmek gerekir. Bu özellikler, her iki eşin akrabalarının arasındaki ilişkidir. Eşlerin kendileri, bu özelliği taşıyanlardır. Kayınpeder, kayınvalide, kayınbirader, damat, üvey çocuk, üvey anne veya baba, üvey kardeş de özelliği taşıyanlardan sayılır. Kısacası, burada akrabalık aile hukukunun, miras hukukunun temeli olan hukukî bir olgudur.

1. Teamül Hukukunda

Akrabalık Sayısının Doğrusallığı ve Evliliğin Yerelliği

Geleneksel bir toplumda akrabalık ilişkileri içtimaî hayatın hemen hemen her alanında, karşılıklı görev, unvan ve miras paylaşımında düzenleyici bir role sahiptir. Anaerkil toplumların yereldiği Güney Hindistan, Endonezya, Malanezya, Afrika ve Güneydoğu Asya ülkelerinde mülk ve sosyal statü sadece kadınlardan geçer. Çocuk, babasının soyunda sayılmadığı için babadan miras alamaz: anaerkil bir toplumda baba otoritesi ve vazifesini annenin erkek kardeşi olan “dayı” üstlenir. Ancak burada herkesin bildiği mülk ve sosyal statü anneden kızı geçen “anaerkillik” değil, akrabalığın kadınlara dayanmasıyla ilgili olarak yine de erkeklerden yana “işlemesidir”. Zira, ailenin önderi dayıdır, iktidar ona ve erkek kardeşlerine aittir. Kocanın rolü gerçekten de azdır.

Eşler ve kardeşleri arasındaki ilişkilerde evliliğin yerelliği büyük önem taşır. Erkek, yerel formda hiçbir hakka sahip olmamakla; koca, karısının evine taşınır. Bemba’da (Afrika) görülen bu tür evliliklerde; “anaerkil soy”, erkek ve kız kardeş grubundan, bu grubu oluşturan kadının varisleri, onların kadın tarafından akrabaları, yani kız kardeşinin çocukları ve kız kardeşlerinin kızlarının çocuklarından ibarettir. Bu anaerkil grup büyük erkek

kardeşin yönetiminde olur. Kardeş, aile içi sorunlarda hakim görevi görür, evlilikle ilgili işleri halleder, cenaze ile ilgili geleneklerde asıl rol oynar. Bir tek o, eşini kendi evine getirir, çünkü kardeşler arasından sadece o anaerkil kabiledede kalmaktadır.

Böylelikle anaerkil ev halkı, anne tarafından akrabaların erkek temsilcisinden ibaret ve bütün kadınlar tek bir soya aittir. Bu toplumda kocalar yabancı sayılmakta ve farklı soylardan gelmektedirler. Bütün eşler birbirine kardeş derler (onlar evlilikle akraba olmuşlardır). Kocaların yapması gereken ev işleri, evin tamir ve tadilatıyla, eşine ait toprağın işlenmesi yer alır. İşlerini yapmadıkları takdirde, onlara yiyecek bile verilmez. Erkekler zamanın çoğunu anne tarafından akrabalarının yanında geçirirler. Çocuklar, annenin soyuna ait olmakla, erkeğin çocuklar üzerinde kayda değer bir hakkı yoktur, en saygın erkek otoritesi kadının erkek kardeşidir (dayı). Bir Bemba atasözü: “Eğer bir erkeğin çocukları olursa, onlar kimdir?” der. Erkek için çocuk hiçbir anlam ifade etmez, ancak eğer kız kardeşi çocuk doğurduysa, onun kanındandır, çocuklara bakmak zorundadır. Aile önderi görevini büyük kız kardeşin büyük oğlu miras alır. Kadının boşanması veya kocasından boşanma durumunda erkek evi terk eder (Ol’derogge 1975).

Anaerkil toplumlarda erkeğin ödediği başlık parasının az olması, kolaylaştırılmış boşanmalarda görünür. Erkek ve onun soyu büyük paralar ödemek istemez, çünkü sonrasında kadın çok kolay boşanabilir. Gioşon kabilesinde (Amerika Kızılderilileri) örneğin kadın kocasından kurtulmak istediğinde, evden onun eşyalarını atması yeterlidir.

Anaerkil toplumlarda babayerli (virolocal) evliliklerde (kadının, kocasına taşınması) anaerkil soyun bütün üyeleri büyük bir araziye yayılmış olmakla birlikte, her soy; atalarının yaşadığı yer olan kendi kutsal yere sahiptir. Bu, ataları anma yeridir. Büyük aileden oluşan topluluk patriark (lider) ve onun eşi ile çocuklarından ibarettir. Bir atasözünde şöyle denmektedir: “Soy anne-

den, aile babadan gelir". Kişi, babasının evine, gerekli görevlerle annesinin soyuna bağlıdır. Annesinin soyuna ait olmak kişiye köyde miras alma hakkı, herkesin toprak sahibi kabul ettiği bir kişi yapar. Babasının evinde kişi belirli bir iktidara tabidir, annesinin evindeyse hakları miras alacağı dayısına.

Ev, babanın en yakın erkek akrabası tarafından miras alınır, ama toprak bölünürken, kız kardeşlerin çocukları ve kendi çocukları da dikkate alınır. Kadınlar kendi mülkleri üzerindeki her türlü haklarını muhafaza ederler. Çocuklar boşanma durumunda babada kalabilir. Burada bir ideoloji değişimi yaşanmakta; anne ve babanın ataları çocukta canlanır. Akrabalık her iki taraftan ilerler (Ol'derogge, 975).

Erkek tarafından akrabalık, hem geleneksel hem de modern toplumlarda görülür. Ataerkil toplumlarda erkekler (kocalar) egemen konumlarını korumakla birlikte, çift taraflı akrabalık bağıyla miras anne ve baba arasında bölünür. N. Rouland bu tür toplumlar hakkında toprağın baba tarafına, taşınabilir mülkün ise kadın tarafına verildiğini belirtir (Rouland, 1999:90).

Doğumla Akrabalığın Kazanılmasındaki Farklar

L. Morgan ve daha sonraları F. Engels, anne soyunun baba soyundan öncelikli olduğunu iddia etmekteydiler. Soyun değişimi ekonomik gelişme ve özel mülkiyet hakkı ile gerçekleşmiştir. Ancak modern bilimin etnografik verileri bu tezi kabûl etmemektedir. Zira, ekonomik açıdan az gelişmiş toplumlarda akrabalığın baba soyundan, gelişmiş toplumlarda ise anne soyundan devam ettiğini gösteren örnekler vardı. Hâtta baba soyundan akrabalık ilişkilerinin devam etmesi, siyâsî iktidarın soy ile devam etmediği farklı ülkelerde daha çok görülür. Bu durum emek ve toplum demografik yapı ölçüsünün büyüyüp, erkeklere ait iş gücü ve mülkiyetin arttığı yerlerde görülmekte; erkeklerin üretim araçları üzerindeki kontrolü, siyâsî organizasyonun gelişimi üzerinde de kontrolü arttırır (Aberle, 1961: 655-727).

Kadın soyundan devam eden akrabalığa, kadınların topladığı yabancı bitkilerin erkeklerin avladığı hayvanlardan daha çok olduğu tropik ve subtropik bölgelerde rastlanır. Dolayısıyla, farklı bitkileri yetiştirip, hayvanları evcilleştirme yöntemleriyle, akrabalık arasında ilişki vardır (Cresswell, 1975:170-172).

İaşe ve ikâmetin kadın tarafından sağlandığı toplumlarda akrabalık, kadın soyundan devam ederken, erkek emeğinin geçerli olduğu toplumlarda yaşanan yer ve akrabalık, baba tarafından devam eder. Erkek ve kadın emeğinin eşit olduğu yerlerde ise kişi, hayat alanı ve akrabalığın devam edeceği soyu seçme hakkına sahiptir (Rouland, 1999:98).

Genel olarak bilim adamları şu sonuca varmıştır: maddi gerekçeler akrabalık yapılarının oluşumunu etkilemekle beraber, belirleyici bir rol oynamazlar. Erkek emeğinin kadınınkinden üstün olduğu toplumlarda akrabalık baba tarafından devam eder. Bu bütün göçebe hayvancılıkla uğraşan toplumlarda görülür (istisna olarak Tuaregler). Burada hayvanların evcilleştirilme işi erkeklerin üzerindedir. Diğer bütün toplumlarda maddi ihtiyaçlar balıkçılık, tarım, zenaatle sağlanır. Tek taraflı, çift taraflı veya tarafsız akrabalıklar görülür.

2. Teamül Hukukunda Akrabalık ve Miras

Akrabalık müessesesi geleneksel toplumlarda içtimaî hayatın neredeyse önemli bir bölümünün yasal düzenleyicisidir. Akrabalık sistemi, akrabalar arasında karşılıklı görevleri belirleyerek statü ve mülkü miras almayı yönlendirmiştir. Miras alınırken, üstünlük eski sahibe soyundan en yakın olan kişiye verilir (yakınlık, baba-oğul, kuzen-dayı düzenine göre değişir). Ölenin kendisinin de mülkün bir kısmını cenaze işlerine kullandırtma hakkı vardı. Ölen kimseden sonra onun yerini alacak kişi belirlenir. Miras hakkının ölümle ilişkisi yoktur. Miras hakkı ölümle değil (bizlerdeki gibi) varisin reşit olup, olmamasıyla ilgili bir durumdur. Toplumsal işlevlerin miras olarak intikali, karizmatik

liderlere aittir (şifacı, büyücü vs.). Modern toplumlarda miras ölümden sonra alınırken, toplumsal işlevler hayattayken alınır (Rouland, 1999: 95).

Miras kuralları mülkiyetin sosyal işlevini ne kadar yerine getirip getirmedığı dikkâte alınarak hazırlanmıştır. Geleneksel toplumlar, mülk verasetini hem toplulukların yekpare doğasını korumak, hem de mülkün nesilden nesle intikalini sağlamak adına miras kurallarını düzenlemeyi hedeflemişlerdir. Mirasın değeri maddi değerden çok “soy” değerine bağlıdır (babadan ve dayıdan miras alınan inekler farklı değerlere sahiptir). Miras, soy anlamı taşır: her insan akrabaları aracılığıyla atasına soyun kurucusuna bağlıdır; aynı şekilde mülkü ilk oluşturan, alan veya miras alan kişiyle bağdaşır, varis de mülkün son sahibi değildir. Buradan da örneğin kardeşin kardeşten miras alma ve sonraki nesillere miras bırakma hakkı doğar. Bu sosyal işlev toplumdan topluma değişir. Bazı mülkler sadece erkeklerden erkeklere miras kalırken (baba veya anne tarafından miras alma gibi); değerli eşya, takı ve benzeri şeyler, anneden kıza miras kalır. Bazı durumlarda geride kalan mülk mensup olunan topluluk için o kadar önemlidir ki, bu noktada varis kişi değil, topluluğun kendisi olur. İkinci dereceden (bireysel) bir mülkiyet tipi daha vardır ki, o da: onun sahibi kararlarında özgürdür. Geleneksel toplumlarda mülkün akrabalar arasında ortak olması, en önemli hukukî göstergedir (Rouland, 1999:95-97).

3 Akrabalık Terimleri

Akrabalık ilişkilerini içeren akrabalık terimleri, geleneksel toplumlarda sosyal hayat ve topluluğu ifade eden özellik taşır. Birçok Afrika toplumunda çocuklar kendilerinden büyük olan bütün erkeklere, sosyal görevleri ve toplumdaki konumları gereği baba derler. Bu çocukların biyolojik babaları bu gruba dahil de olmayabilir. Ruslarda akrabalık terimlerinin kullanılmasına 1930’lu yıllarda rastlanır (Reşetov, 1995: 219-230). Akrabalık

terimleri antropologlar için sosyal kurumlar ve onların tarihsel dinamiği, toplumsal gelişimin erken dönemlerinde aile, evlilik, statü, mülkiyet hakkı ve egzogami gibi konularda bilgiler sunar (Girenko, 1992: 197).

Akrabalık ilişkilerinde birkaç sistem olmakla beraber, ilim adamları bu sistemin sayısı konusunda ortak bir görüşe sahip değillerdir. Kan bağı ile kurulan bireysel akrabalıklar, aslında bireysel oldukları anlamına gelmez. Bunun akrabalık terimlerine yansımaları örneğin babayı ve babanın kardeşlerini ifade etmek için kullanılan ortak bir terim (hala), onları annenin kardeşlerinden kesin bir şekilde ayırır. Aynı şekilde annenin kız kardeşleri için kullanılan terim (teyze), onları babanın kız kardeşlerinden (hala) ayırır (sınıflandırma terminolojisi). Akrabalık terminolojisi, bireyin hak ve yükümlülüklerine işaret eder: “Eğer bir kadın örneğin kuzenine ağabey diyorsa, bu onlar arasında her türlü ekonomik ve siyasi ilişkiye rağmen evliliğin olamayacağını gösterir. Tam tersi, biri diğerine “eşim” diyorsa, o zaman bu akrabalık evliliğinin onaylandığı kategoriye dahildir” (Rouland 1999:79-80). Akrabalık terimleri bireyin toplumdaki hiyerarşik statüsünü yansıtır. Birçok geleneksel toplumda “çocuk” ve “oğul” kelimeleri “köle” veya “kul” kelimeleriyle eş anlamlıdır. Eğer ilk başta terimler tahmin edildiği gibi gruplar arasında (yaş sınıfları) hiyerarşiyi işaret ederse de, daha sonra sınırsız güce sahip patriark ve biyolojik çocuklar arasındaki hiyerarşiyi ifade eder. Örneğin bir kabile lideri savaşçıları “çocukları” olarak sayar. Lider, üzerine düşen bütün babalık görevlerini- bunlar arasında esas olan “çocuklarının” evlilik için gerekli olan maddi ihtiyaçlarını temin etmektir- yerini getirir. Bu görevi gerçek biyolojik babaların çoğu zaman fakirlikten dolayı yerine getiremedikleri bilinen bir husustur. Feodal hükümdarların çoğu kendine tâbi olanlara “baba” gibi davranırlar. Bu yolda, Çarlık Rusyasında Büyük Petro (I.) senato kararıyla resmi olarak “baba” unvanı almıştı. Nitekim günümüzde birçok ülke lideri; “milletin babası” olarak adlandırıl-

maktadır. Örneğin Tanzanya'nın eski cumhurbaşkanı J. Nyerere, ülkenin anayasasına göre "milletin babası" unvanına sahipti.

Babanın gücü, mezarlarında ritüeller yaparak, hükümdar atalarından iktidarını meşru kılan atalar kültürüne dayanır. Siyâsi ve içtimaî hayat gelişip, liderin ataları toplumsal bir ibadet objesi haline gelmesiyle, feodal devlet idarecileri ve savaşçılar da hükümdarlarının soyundan gelen kutsal ata kültürüne sahiptir. "Ata kültürü" gelişmiş modern devletler için de geçerlidir. Merkezi devletin "kurucu atası"nın başında anma törenlerinin (örneğin çelenk koyma, saygı duruşu) yapıldığı kutsal mezarlar (örneğin mozole, türbe, v.b.) bunlardandır. Bir başka ifadeyle akrabalık terminolojisi, belirli bir yerden sonra kişilere birtakım sorumluluklar yükleyerek, yönetim çizgisini sadeleştirmek için kullanılır: bir tarafta "baba ilgisi", diğer tarafta tam itaat.

Günümüz dünyasının gündelik hayatında akrabalık terimleri sosyal ilişkilerin derecesini belirtir. Yoldan geçen birine bir şey sorarken, olumlu bir karşılık vermesini umarak; "babacım" (ya da genç bir adama, ağabey) diyerek onun üstünlüğüne vurgu yaparız. Türkistan halkları arasında hâlâ büyüklerle "anne" ve "baba", yaşlılara ise "kardeş" denmektedir. Modern Fransa'da aile demokrasisine önem veren ebeveynler, çocuklarının onlara "anne ve baba" değil, doğrudan isimleriyle hitap etmesini istemektedirler (Rouland 1999:80).

Geleneksel toplumlarda akrabalık terimleri toplumsal ilişkiyi yönetmekte, özellikle de kullanılan gücün türünü ve karakterini belirlemektedir. Örneğin Afrika'da Nuer kabilesi akraba oldukları için kendilerini diğer komşularından üstün görürler. Onların kabileleri birçok gruba, gruplar da bölümlerden ibaret parçalara bölünmüştür. Bölümlere ataların adı verilen köylerde yaşayan bütün köy halkı yakın akraba ve kardeş sayılırlar.

Birkaç köy sakini kendilerini kuzen olarak adlandırdıkları bir segment oluşturmaktadır ki, birkaç segment daha büyük bir grup ise, bunlar ikinci kuzen grubunu oluştururlar. Her oluşum

ve akraba grubun savaş zamanında karşılıklı yükümlükleri vardır. Kabileler arası savaş meşru sayıldığından, başka bir kabile-den birinin öldürülmesi para cezasına tâbi değildir. Hayvanları otlatmak için meraların işgali de meşrudur. Lâkin diğer etnik gruplarla olan savaşlarda olduğu gibi evler yıkılmaz, kabilelerden köle yapılmaz (E. E. Evans-Pritchard 1985).

“Gemi Kardeşliği”

Akrabalık mefhumunun içtimaî doğası, başka bir olgu ile tanımlanabilecek doğal bir deney ile ispatlanmıştır. Bu vaka geç dönem Afrika ve Hindistan’dan ABD’ye farklı işlerde çalıştırılmak üzere insanların köle olarak satıldığı 19. yüzyılda ortaya çıkan “Gemi kardeşliği”ne dayanır (Dridzo, 2005: 231-246). “Gemi Kardeşliği” aynı gemide taşınan kölelerin gemi ambarlarında paylaştıkları kader arkadaşlığının daha sonra birbirlerini akraba kabûl ederek, kendilerini “kardeş” olarak tanımlamalarıdır. Bu sebeple birbirlerine kardeş veya kız kardeş demektedirler. Bu ilişkilerde kişiler sadece birbirilerine yardım edip desteklemekle kalmayıp, vardıkları yerlerde ve diğer kolonilerde de bunu devam ettirirler. “Erkek kardeş ve kız kardeş” arasındaki ilişki, cinsel tabularla yönetilerek, bu “akraba” topluluğuna evlilik yasağı getirilerek, grup egzogamik bir kolektife dönüştürülür. Bazen de tam tersine, endogaminin var olduğu bir topluluk oluşur. Anlaşılacağı üzere “doğal” akrabalıktaki gibi bu “akrabaların” da hayatı cinsel yasaklarla yönetilir.

Akrabalığın derecesi, geminin büyüklüğüne göre değiştiği gibi, kardeşlik de aynı veya ayrı gemilerle gelenler arasında da değişir. Meselâ, aynı gemiyle daha sonra (birkaç sene sonra olabilir) gelenler de birileriyle “kardeş” sayılırlar, fakat birinci dereceden yakın akraba olamazlar.

Yakın kardeşler için kural egzogami iken, uzak akraba veya en azından onların kız ve erkek çocukları için endogamiye izin verilir. Bu kardeşlikte herkes, “akrabaların” nasihatine, iş bir-

liğine, ekonomik desteğine güvenebilir (Dridzo, 2005: 241). Kan bağına bağı olmaksızın, zorla başka coğrafya ve kültürel mekânlara taşınan bu insanlar, gittikleri yeni yerlerde toplumsal faaliyet ve üretimi sağlayan alışkın oldukları kurallarla birbirlerine bağlanırlar.

Bu tür olgular dünyanın çeşitli yerlerdeki etnik grupları arasında da tespit edilmiştir. Aslında gemi kardeşliğinde görüldüğü gibi, felâketzedeler kendilerine verdikleri bu isim altında içtimai bir organizasyon yaratmışlardır. Afrika kabileleri bu soy organizasyonunun bir örneğidir. Endonezyalılar büyük bir aile topluluğu, Hindistan'dan gelenler ise kast toplumunun egzogami birliğini kurarlar (Popov, 2009: 99).

Kan Davası

Kan davası, feodal toplumların yasal bilincini büyük ölçüde belirleyen ve günümüze kadar etkisini devam ettiren geleneksel bir müessesedir. Kan davaları sadece Japonya gibi ekonomik tekâmülü üst seviyelere ulaşmış Doğu ülkelerinde değil, aynı zamanda Batı'nın muhtelif ülkelerinde de rastlanır. Kan davası müessesesinin ortaya çıkışı, ilkel toplumlarda akrabalık ilişkilerini güçlendirilmesiyle ilgilidir. Özellikle, akrabalık ilişkilerinde muhtelif boy ve kabilelere istinat eden kimselerin ekonomik izolasyonu, kan davası müessesesinin ortaya çıkmasında önemli bir amildir. Afrikalı Nuerler örneğinde görüldüğü gibi, birlik olduklarının farkında olan geniş bir topluluk içinde, kendilerini “biz” olarak tanımlayan ve aralarında akrabalık ilişkisi olan farklı seviyelerde kolektifler yeralır. Belirli terimlerle ifade edilen akrabalık ilişkileri, sadece karşılıklı görevleri değil, aynı zamanda kullanılabilir şiddeti de belirler. Kısacası, teamül hukuku her zaman lokal karakter taşımakta, etkisi sadece “kendilerinden olanı” kapsarken, “yabancılar” bu alanın dışında tutulmaktadır.

“Yabancıların” öldürülmesi veya onlara farklı bir şekilde zarar verilmesi suç sayılmayıp, tam tersine “gençliğin” göstergesi

olarak desteklenerek, bu tür davranışlar gençliğe geçişin başlangıç ayını sayılır. “Yabancıya” saldırırken savaşçı olacak kişiler bu özelliklerini sergilemek zorundadırlar. Örneğin; “Genç bir Hintli bir kimseyi öldürmediği takdirde kafasına tüy takamaz, “tüy takamadığı” için de kendisine eş seçmesi mümkün değildir (Burnett Tylor, 1924: 300). Keza, Ruslarda yabancılardan bir şey çalmak, takdire şayan bir davranıştır.

Kan davasının en önemli ölçütü olan iktisadî tecrit, insanları toplumun parçası olan diğer insanlarla karşı karşıya getirir. Maddi hasarın ortaya çıkışı, doğal olarak çatışmanın başlangıcı olur ve bunun karşılığında karşı tarafa zarar verme, taraflardan birinin öldürülüp, yaralanması veya kadınlardan birine tecavüz vb. şeklinde tahakkuk eder. Bir üyesi mağdur olan taraf, intikam için karşı harekete geçer. Bu konuda farklı halklarla ilgili etno-tarihi kaynaklar, intikamın bütün akraba toplulukların kutsal görevi olduğunu gösterir. “Kutsallık” bu insanların hukuk bilincinde ki ata kültü ile ilgili olarak intikam alınmadığı takdirde, bunun atalar üzerinde olumsuz etki yaratacağı ve ataların da akrabaları cezalandırılacağı düşünülür. Örneğin, Osetler öldürülen kişinin mezarı başında düzenledikleri intikam töreniyle, ölenin ruhunu sakinleştirdiklerine inanırlar. Yahudiler ise, maktulün kanının intikam, intikam! diye bağırdığına inanırlar ki, intikamın kaynağı yine hayatta olanların ölümler karşısında kendi görevlerini yerine getirmeye matuftur (Kovalevsky 1886:15). Onlara göre intikam, “ahlâkî açıdan masumâne bir katildir” ve “kötü niyetli değildir.” (Tylor, 1924: 303)

Birçok milletin atasözü, deyim ve efsanelerinde intikam hakkı görülür. Arap folklorunda öldürülen kişinin kanı, kuşa dönüşürken, kuş; “katilin kanına doymama izin ver” diye bağırır. Kuş, ancak, intikam alındığında ortadan yok olur. 6. yüzyılda Alman folklorunda intikam; “dindarâne bir eylem” sayılmaktaydı. Aynı şekilde İzlanda Sagalarında öldürülen kişinin akrabalarının intikam almamaları, utanç verici bir durumdur. Tanrının kör folk-

lor kahramanına intikam alması için görme yetisini geri verme hikayesi de Sagalarda yer alır (Kovalevsky 1886:16). Avustralya Aborjinleri arasında intikam, en kutsal görevlerdendir (Tylor, 1924: 302). Yine, 19. yüzyıl Kafkasyasında intikam saklanmaya çalışılmaz, bilâkis kutsal bir görevi ifa edildiği için topluma ilân edilir. M. M. Kovalevsky yerel halk arasında sık sık meydana gelen faili meçhul cinayetlerin Rus hakimiyeti dönemiyle başladığını, yâni Rus mahkemelerinin Kafkasya'da kurulmasından sonra gerçekleştiğine dikkat çeker. Eskiden hasmına karşı saldırı açık bir şekilde yapılırken, suçlu, işlediği cinayeti akrabalığın gerektiği kutsal görevi yerine getirmiş olmakla açıklardı (Kovalevsky: 1886: 7-8). Geleneksel toplum ve topluluklarda her türlü ölüm şekli bu intikama dahildir. Örneğin Avustralya yerlileri, nedensiz bir şekilde ölen kimsenin, büyüden öldüğüne inanırlar: “Her ölüm Avustralyalılar tarafından cinayet olarak görülür. Bir kişi öldüğünde, akrabalar büyü yaban kötü büyücüyü bulmaya çalışır ve birinden emin oldukları takdirde onu bulup öldürürler (Tylor 1924:303).

Kan davalarında sadece fail değil, aynı zamanda failin mensup olduğu toplulukta bulunan yakın akrabaları da sorumlu olarak öldürebilir. Kovalevsky, bu konuda Osetlerin faili bulamadıkları takdirde onun akrabalarından birini bulup öldürdüklerini belirttiği gözlemlerinde, intikamdan kaçmak için aile topluluklarının sık sık yer değiştirdiklerini kaydeder (Kovalevsky 1886:24). Zamanla kan davasının yerini, sembolik cinayetler alacaktır.

Eski Çek hukukunda: “Eğer kurbanın akrabası intikam duygusunu içine gömerse, o zaman katil sembolik de olsa öldürülmeli ve bu ölümüne boyun eğmeli şeklinde geçerken, aynı sembolik intikam şekli Leh hukukunda da rastlanır” (Kovalevsky 1886:14-15). Görsel olarak sembolik ölüm şekli, modern zamanlara özgü yerli “Kafkas Esiri” (Kavkazskiy Plenik) filminde Çeçen bir babanın öldürülen oğlu için intikam alırken, Rus askerini sembolik bir şekilde nasıl öldürdüğünü anlatır. Alman

hukuku, kadınların intikamcı olmalarına izin vermezken, Çeklerde dul veya bekâr kadınların şahsen intikam almalarında herhangi bir sakınca görülmez.

İntikama tabi kişilerin çevresini daraltma, sadece suçluların kalması Slav inançlarında da görülür. M. Kovalevsky, buna örnek olarak Knyaz Oleg ve İgor'un Yunanlılarla olan anlaşmasını verir. 19. yüzyıl Osetyasında "cinayet işleyen kişi, sonsuza kadar akrabaların intikam vebalinden kurtulduğu gibi, aynı zamanda ölene matuf anma töreni düzenleme, aile ritüellerini hayata geçirme gibi görevleri de üstlenir (Kovalevsky 1886-14-15, 52).

Kan davası esnasında bütün soyu kaybetmeme adına intikamı sınırlayan bir takım normlar vardır ve bu normların temeli eşit intikam ilkesi üzerine kuruludur (Talion yasası). Bu ilkeleri eski kanunlarda ilk olarak İbrani ve İslâm yasalarında görürüz. Musa'nın ilkesi "göze göz dişe diş, hayata hayat, yaraya yara"dır. Bazı ilim adamlarına göre bu anlayışın oluşumu, her bir kültür temsilcisinin hukuk anlayışında temel olan adalet kavramının ortaya çıkışıyla ilgili olup; bir taraf diğerine zarar verdiğinde, adalet sağlanmalıdır. Taylor 20. yüzyılda Etiyopya halklarının birinden şöyle bir örnek verir: "Anne, küçük oğlunun üzerine ağaçtan düşerek, onun ölümüne sebep olan genci takip ediyordu. Mahkeme, kadının diğer çocuğu ağacın tepesine çıkararak, oğlunu öldürmesi için çocuğu gönderebileceğine karar vermişti" (Taylor 1924:304). Eski Hint yasalarında, Afrika mevzuatında ve Slavlarda zarar gören kişinin, zarar veren kişiye uygulayabileceği gücü belirleyen normlardan bahsedilir (Kovalevsky 1886:44-45).

Modern Afganistan'da yaşayan Peştunlar; "göze göz, dişe diş, kana kan" ilkesinden hareketle, günümüzde bile toprak veya sulama yüzünden çıkan küçük anlaşmazlıkları, kanlı kavgalarla, husumet nesilden nesile aktarmaktadırlar. Bazen uzlaşmak için bir kaç kız gelin veya yeni ergen kızlar "barış için" karşı tarafa verildiği olur.

Kan davasını engelleyecek normlara bazı kültürlerde zaman ve mekâna bağlı olarak, örneğin “sığınma hakkı” gibi yasaklar öngören yasalara rastlanır. Oset geleneklerinde eski kilise kalıntıları ve bir yabancınn evi, bu tür sığınma yerlerindendir. Sığınma halinde ev sahibi, misafirini her türlü tehlikeden korumak zorunda olup, bu onun kutsal görevi olarak addedilir. Ev sahibinin yardım etmeyi reddetmesi halinde şerefi lekelenmiş demektir. Bu sebeple sığınma hakkı, suçluların sık sık başvurdukları yollardan biridir. Günümüz Afganistan’ında geleneklere uyma konusunda, kabileler ve suçluları takip eden devlet görevlileri arasında bu yüzden sorunlar yaşanmaktadır. Bir Peştun kıssasında şöyle bir olay cereyan eder: “Çete bir köye saldırır ve köy halkı köylerini korumak için aralarında çıkan çatışmada zavallı yaşlı bir kadının iki oğlu ölür. Çete dağıtıldıktan sonra bunlardan iki çete mensubu tesadüfen bu yaşlı kadının evine sığınrlar. Köylüler çete mensuplarını cezalandırmak için yaşlı kadından bunları istediklerinde, kadın onların cezalandırılıp, öldürüleceklerini bildiğinden misafirlerini köylülere teslim etmez”. Keza, kan davaları da Ramazan ayının ilk haftalarında yasaktır.

İntikamın maddi bedeli kan parası olup, bunun anlamı işlenen cinayeti madden tazmin etmektir. Bu sebeple Osetlerde kişi suçluyu yakalayamadığı takdirde, onun mülküne el koyma hakkına sahiptir. Mala mülke el konulma Slav ve eski Kelt hukukunda yer alırken, Alman hukukunda viranın (weregild, tazminat) miktarı ciddi bir şekilde belirtilmiştir.

Kadim hukukta kimin tazminat ödeyeceğı ve kime fayda sağlayacağı açık bir şekilde kayıt altına alınmıştır. Slavlarda, özellikle Rus hukukunda intikam hakkı ve tazminat alma hakkı her zaman öldürülen kişinin en yakın akrabasına aittir ve o, bunu kimseyle bölüşmek zorunda değildir. Kelt ve Alman hukukunda kan bedeli bütün soy tarafından ödenir.

Saksonya’da tazminat bedelinin üçte biri suçlunun akrabaları, üçte ikisi de kendisi veya varisleri tarafından ödenmek zorunda-

dır. Alman hukukunda tazminat (weregild) miktarı “belirlenmiş olmakla, bu miktarı her defasında insana yönelik benzer suçlarda ödemek gereklidir”. Tazminat miktarı kişilerin sosyal ve iktisadî gücüne göre şekillenmiş olmakla birlikte, kurbanın yakınları tabii olarak en yüksek miktarın ödenmesi konusunda ısrarcıdırlar. Ancak, bazı durumlarda weregild ödeyecek kişiler de yüksek miktar ödeme yapmakta ısrar ettikleri vakidir. Paranın miktarı, gerek alanın, gerekse verenin toplumsal konumunun göstergesi olduğundan, miktar ne kadar büyük olursa bireylerin, soyların, ailelerin sosyal prestijlerinin o kadar yüksek olduğu anlamına gelir. Weregild, aynı zamanda düşman ailelerin barışmasının da bedelidir. Ancak alınan tazminat miktarı önemine binaen serbestçe harcanmayıp, bazen kişiler ölürken mülkleriyle beraber weregildi de kiliseye bırakırlar (Gureviç, 1972: 200-201).

Osetler, gerekli meblağı tedarik ettikten sonra karşılıklı anlaşmalara göre genellikle belirli aralıklarla fail tarafından hediye olarak inek veya koç almaya devam ederler. Ödeme sonrası “barış” sağlanır ve suçlulardan biri sofraya açar. Eğer suçlu gereken parayı ödeyemezse, o ve akrabaları köleleştirilir. Bu ödeme şekli, bazen köle olarak hayatlarının sonuna kadar hizmet ederek devam ettiği olur (Kovalevsky, 1886: 56-72).

Ancak, her cinayet kan davasına sebep olmaz. Bu öldürülen kişinin statüsüyle ilgilidir. Örneğin, bir ailenin kölesi ya da hizmetçisi öldürülürse, bu sadece maddî bir hasar olarak görülür.

Osetler bu tür bir suçu malın zarar görmesi olarak değerlendirerek, mukabilinde mağdur tarafı mülk vererek tazmin ederler. Rus hukukunda da benzer durum görülmektedir: “köle veya hizmetkârın öldürülmesi karşılığında kan bedeli yoktur, bu başkasının malına mülküne zarar verme” anlamı taşır. Aynı şey “soysuzlar” için de geçerlidir. Soysuzlar, geleneksel toplum normlarına göre hukuk anlamında insan sayılmamakta, bir kimse ancak herhangi bir akraba veya soy topluluğuna ait olduğu takdirde birey sayılmaktadır.

Kan Davasına Tâbi Suçlar

İntikam olgusu, atalar kültü ile ilişkili olarak; aynı zamanda aile şerefine hakaret, zina ve mülkiyetin dokunulmazlığı da buna dahildir.

İntikam alma görevi kocaya ve kadının akrabalarına ait olmakla, bu suç ata kültüyle ilişkili ideolojik fikirlerle teşvik edilir. Buna göre evli bir kadın ile ilişkiye giren erkek, kadının kocasının soyuna telafisi mümkün olmayan bir zarar vermiş demektir. Eğer bu birliktelikten (zina), anma törenlerinde kurban verme gibi ritüellerini gerçekleştirmesi gereken bir erkek çocuk doğarsa, bu erkek çocuk atalarının ruhlarına fayda değil zarar verir, çünkü o yabancı birinin kanını taşımaktadır. Bu da, bütün soy atalardan beklenen himaye ve şefaatten mahrum olma demektir. Bu nedenle Osetler örneğin suçluyu çevrelerinden uzaklaştırmaya, köylerinden göndermeye, sürgün etmeye çalışırlar. Başkasının karısını baştan çıkaran kişi, kadının kocasının intikamından sadece bir şekilde kurtulabilir ki, o da; zina yapan kişi, zina yaptığı kadının göğsünü ağzına alarak, kendisini onun oğlu olarak adlandırmalı ve bir daha ona karşı ahlâksız duygular beslememeye yemin etmelidir (Kovalevsky, 1886: 131-143).

Mezarlara Hakaret

Bu suçun kökleri de ata kültüyle alâkalı olarak, atalara zarar vererek, hayattakileri ataların himayesinden mahrum bırakmaktır. Bu suç genel olarak iktidarı yeni ele geçiren liderler tarafından, eski hükümdarın mezarını yıkıp, geçmiş atalardan daha güçlü olduklarını ispat etmeye yönelik olarak gerçekleştirilir. Benzer uygulamalar 20. yüzyılda Avrupalı sömürgeciler tarafından sömürgelerde uygulanmıştır. Zira, yerliler ataların himayesine güvenerek, sömürgeciler karşı sert bir şekilde direniyorlardı. Bu fikirler günümüzde de siyasi liderlerin mezarlarının korunması veya yıkılması gibi siyasi mücadeleye bağlı geleneksel olarak

devam etmektedir. Bazı durumlarda mal hırsızlığının da kan davasına döndüğü olur. Siyâsî örgütlenme geliştikçe kamu otoritesi tarafından öngörülen ceza ile misilleme yöntemi kullanılmaya başlamıştır: “Bir kişi, kral veya mahkeme huzurunda bir kimseyi kılıç veya mızrakla yaralaması halinde, derhal eli kesilirdi (Çek hukuku). Ancak erken feodal dönemde, kan davasının ortaya çıkmasını önleme konusunda otoritenin rolü oldukça sınırlıydı. Örneğin “Kral, suçluyu âdil intikam peşinde olan akrabalarından koruyamazdı... Kral (Çeklerde) suçluyu korumaya kalkması halinde, akrabaları ondan kanunu bozmamasını rica eder, kral da onların ricasını yerine getirirdi. Getirmediği takdirde şehrin ve kalenin sakinleri suçluyu saklandığı yerden zorla çıkararak, intikamlarını alıp, mülküne el koyarlar, mülkü de krala geçerd” (Kovalevsky, 1886: 48).

Suçun Yorumlanması

Geleneksel toplumlarda alışagelmış ölçülerde suçun sebebiyle, taammüden olup olmadığına veya toplumun çıkarlarını koruyup korumadığına bakılmaz: “Böylelikle soylar üyelerinin çıkarlarını korurken, yaptıklarının ahlâkî olup olmaması da önemli değildir ... Onlar suçu üyelerinden birine, oradan da bütün topluluğa verilmiş bir zarar olarak görürler. İşlenen hata yahut suçun bilinçli veya bilinçsiz olması, suçlunun iradesiyle gerçekleşip gerçekleşmemesi akraba topluluk için anlamı olmamakla, onlar için sadece intikam önemlidir. Bu sebeple teamül hukukunda birinin hayatına bilinçli olarak kast etme veya kazayla ölüm gibi olayın suçunu artıran veya azaltan durum sözkonusu değildir” (Kovalevsky, 1886). 1850’li yıllarda yazılan Osetlerin örfi hukukunda şöyle denmektedir: “Eğer bir kişi dikkâtsizlik veya bilinçsizce bir atı koştururken başkasını ezip öldürürse, akrabalar at üzerindeki kişiyi suçlu bulur ve onu öldürürler. Aynı şey ava gittiklerinde, kasıtsız yaralama veya öldürme halinde de geçerlidir”. Kasıtsız suç aynı şekilde 16. yüzyıl Danimarkasında cezaya

tabi tutulurken, Alman ve Rus hukukunda kasıtsız suç, kasıtlı suçtan daha az ceza alır (Kovalevsky, 1886: 91).

İnsanların suça yönelik geliştirdikleri bu “pragmatist” yaklaşım tarzı, hukuk bilinciyle değil, “büyü” ile açıklanmaktadır. Kişinin ortada hiçbir sebep yokken, kazara bir suç işlemesi onun kötü güçler tarafından ele geçirildiğine vehmedip, failin kesinlikle öldürülmesini gerektirir. Bu düşünce tarzı ister pragmatist olsun, isterse büyü inancıyla olsun, ölümü bir şiddet eylemi olarak görmek ve kısasa kısas uygulamasıdır. İlk durumda insanın içindeki “kötü güç” ortaya çıksa da, ikinci durumda yani hastalıktan, yaşlılıktan veya kazara ölüm durumunda kötü gücün kaynağını bulmak gerekir. Kısacası bu gücü taşıyan, toplum için tehlikeli olan kişiyi bulmayı gerektirdiğinden, bu mantığa uygun olarak, hem cansız nesneler, hem de hayvanlar cezalandırılır.

1. Modern Toplumlarda Kan Davası

Daha önce belirttiğimiz gibi kan davası olgusu sadece Japonya gibi Doğu ülkelerinde değil, aynı zamanda İtalya, Sırbistan, Arnavutluk, Yunanistan gibi ülkelerde de devam etmekte (Zyukov, 2009: 20), keza Sovyet sonrası yeniden kurulan Gürcistan, Abhazya, Türkmenistan, Tacikistan, Kırgızistan, Kazakistan ve Azerbaycan gibi ülkelerde de kan davası kendine hâlâ yer bulmaktadır. Rusya topraklarında özellikle Kuzey Kafkasya halkları içinde başta Adıgeler olmak üzere İnguşlar, Kabardin-Balkarlar, Karaçaylar, Çeçenlerde kan davaları devam etmektedir (Diasamidze, 1974).

Kan davası müessesesi Afrika’da olduğu gibi, bazen iktidar mücadelesinde taraftarları organize etmek için de kullanılır. Böyle durumlardan birini 1970’lerde “Kara Kıta”da bulunan bir Sovyet gazeteci; UNİTA (Angola’nın Tam Bağımsızlığı için Ulusal Birlik) adıyla Angola’nın meşru hükümetiyle, uzun yıllar savaşıyor bu örgüte esir düşen bir kişi, kumandanlarının “nkia-

po” ayinini kan davası yaratmak için kullandığını anlatmıştı. Bu ayin, savaştacak kişilerin, düşmanlarından birinin bu amaç için öldürülen bir hamile kadının fetüsünü yemesi idi: “Kumandan (UNİTA mensubu, ayini yöneten kumandan) savaşçıların buna inanacaklarını biliyordu. Hamile kadının fetüsünün tadına bakan kişi için, kadının kabilesiyle, müttefiklerinin kendilerine sonsuza kadar düşman olacağı anlamına geliyordu. Bundan hareketle, savaşçı da hayatta kalmak için onlardan olan herkesi öldürmeliydi. O zamanlar öldürülmesi gereken kişi, bahçede duran kadın MPLA (Angola’nın iktidardaki partisi) başkanının karısıydı. Cumhurbaşkanı, eğer o zaman “nkiapo” ayini uygulasaydım, hayatımın sonuna kadar hepinizi öldürmek zorunda kalırdım” diyecektir (Kulik, 1983: 37).

Kafkasya’da Kan Davası

Sovyet hukukuna göre RSFSR ceza kanununun 102 ve 231. maddelerine binaen, kan davaları “feodal kalıntılar olup, suçtu. Ancak bütün buna rağmen Sovyetler zamanlarında Kafkasya’da Sovyet ceza kanununun hilâfına kan davaları devam etmiştir. En azından cinayet olmasa bile, kan parası olarak var olmaya devam etmiştir: “Modern şartlarda kan parası, birinin cinayet sonucu ölmesine bağlı olarak, “Kan bedeli” yaşlılar tarafından belirlenmekte ve suçlu (veya suçlunun akrabaları) zarar gören aileye maddî bir bedel öder (Paneş, 1995: 13).

SSCB’nin çöküşüyle, 1930’ların sonlarında artık yok edildiği düşünülen kan davası müessesesinin yeniden yeni bir güçle ortaya çıktığı görülmüştür. Örneğin Vinogradova’nın makalesinde geçen bir örnekte görüldüğü gibi; 1999’da bir baba, tecavüzcü oğlunu kendi eliyle öldürdükten sonra yaptığı açıklamada; “Oğlum, olaydan sonra benim kendisini bir yere götürüp saklamamı istedi, ama ben insanlıktan çıkan oğlum için bütün ailenin hayatını tehlikeye atamazdım. İrma’nın (tecavüz edilen ve öldürülen kız) akrabaları her şeyi öğrendiklerinde mutlaka intikam peşine

düşeceklerdi” biçiminde konuşmuştur. Mahkeme, cinayetin öfkeli bir anda işlendiğini, yoksa bir babanın oğlunu akıl sağlığı yerindeyken öldüremeyeceğine kanaat getirerek, babayı haklı bulmuştur.

Bu durum, teamül hukukunun yazılı hukuktan üstün olduğunu göstermektedir. Keza, 1998’de tecavüzcü bir katil, aile meclisi kararıyla kendi kardeşi tarafından öldürülmüş, kardeşi mahkemenin vardığı aynı kararla beraat etmiştir. Yine 1999’da kayınvalidesine tecavüz ederek öldüren bir başka olayda, damat için damadın akrabaları kan parası teklif etmelerine rağmen, gelinin reddetmesi üzerine, kısa bir süre sonra gelinin kardeşi damadı öldürmüştü, “kasıtsız suç” işlediği kanaatiyle beraat etmiştir. Bir başka bir hadisede ise Nikola Pavlov adında biri, bir erkek çocuğa tecavüz ettiği öğrenilmesi üzerine, köylüler tarafından taş ve sopalarla linç edilerek öldürülmüştür. Ölüm belgesinde “balkondan düşme sonucu ölüm” yazmaktaydı. Katil tecavüzcü, hükümet tarafından yakalansa bile, onun ölümü kanuna göre değil, örfi hukuka göre verilecekti: “Suçlunun yakalandığını öğrenen Zurab Bartits (kurbanın babası), polise gelerek; “O piçi getirdiğinizde ben onu silahla karşılayacağım. Ve ben onun arabadan canlı bir şekilde indiğini gördüğümde ateş edeceğim. Yoluma çıkan ve o hayvanı öldürmeme engel olan kim olursa, onu da öldüreceğim” demiştir. Sonuçta katil (Dmitriy), göğsüne isabet eden on kurşunla ölü olarak getirilmiş, polisler kamuoyuna; “failin kaçmaya çalışırken” ateş edilerek öldürüldüğünü açıklamıştır. Aynı zamanda “tecavüzcünün akrabaları tecavüzcüyü öldürdüğünde, soyun yaşlıları, ölünün arkasından ağlamayı ve yas tutmayı yasaklarlar. Suçluya mezar kazılmadığı gibi, onu evden uzakta bir çukur kazıp gömerek, mezarının bulunmasını da engellerler”. Abhazya kolluk kuvvetleri temsilcileri tepkilerini şu şekilde dile getirmişlerdir: “Kanun, tecavüzcüden intikam almayı kabûl etmez, bu doğru. Lâkin alçakları yok eden insanları yargılayabilir miyiz?” (Vinogradova 2000).

Çeçen Cumhuriyeti (İçkerya) 1996'da Rusya Federasyonu ceza kanunlarıyla hiçbir ortak yanı olmayan şeriat kanunlarını kabûl etmişlerdi. Şeriat kanunlarına göre katil-maktul ilişkisinde katilin maktulün ailesine teslim edilmesi gerekmektedir. İnguşetya'nın eski başbakanı R. Auşyev kan davalarının yasallaştırılması ve çok eşliliğin mevzuata dahil edilmesini savunmuş, ancak bu gerçekleşmediği gibi, Auşyev'de makamından olmuştu.

Günümüz Rusya Federasyonu yasama organları bu soruna çözüm arayışlarından olmak üzere, 1 Mart 2007'de "Anayasal Mevzuat Federasyon Konseyi" komite toplantısında "Aracı kişi ile tarafları barıştırmak" projesini gündeme getirmiştir. Bugün yine Çeçenistan'da aralarında kan davası olan kişileri barıştırmak için komisyonlar kurulmuş bulunmaktadır. Bütün il, ilçe ve meskûn mahallerde kurulan bu komisyonlar, aynı yılın Ramazan ayında aralarında kan davası bulunan 90 aileden 60'ını uzlaştıırıp, barıştırmaya muvaffak olmuştur. Müftü ve kadılar müslümanlar için kutsal olan Ramazan ayında kan davasına karışmış veya kan dökenlerin affedilmelerini istemişlerdi. Komisyon sayesinde yarım asırdır davalık olan aileler barışmıştır (Sozaev – Guryev, 2010). Bugün kan davasıyla ilgili olarak ciddi bir dönüşüm gözlenmekte ve kan davasının kolluk kuvvetleriyle işbirliği yapan ve suçlulara, özellikle de suçlu gruba karşı şahitlik eden veya bu gruba yardım etmekten imtina eden vs. kişiler arasında yayıldığı iddia edilmektedir (Zyukov 2009:20). Dağıstan'da yapılan suç araştırmalarında, kan davasının suçluya teamül hukukunda daha farklı ceza verildiği için bu cezayı meşru saymamaları olduğunu onaylamaktadır. Sonuç olarak resmi kanuna göre ceza alan suçluyu dönüşünde de teamül hukukuna uygun bir ceza beklemektedir. Burada "kişilere karşı işlenen suçlardan ceza alan Dağıstan etnosunun temsilcilerinin 15-20 yıl ceza çektikten sonra tahliye edilmelerinin ardından öldürüldüğü gerçeğiyle karşılaşız. Hatta sıklıkla intikam, ceza sisteminin içine de dahil olmaktadır. Dolayısıyla Rusya Federasyonu ceza kanunları, asıl amacı adale-

tin sağlanmasına erişememektedir” (Zyukov 2009;160). Bu sebeple yerli yüksek mevkide olan memurlar kan davasının meşru olmasını savunmaktadırlar. Nitekim, 16 Ağustos 2009’da haberlerde Dağıstan’ın yüksek mevkide bulunan bir bürokratinin bir Bakanın öldürülmesiyle ilgili olarak suçluyu tespit edip, onları öldürecek kan davacılarından oluşan birlikler kurmayı önerdiği haberi yayınlanmıştı.

Keza, kısa bir süre önce uluslararası ses getiren bir başka kan davası örneği, Osetin Vitaliy Kaloyev’in, Zürih’te hava trafik kontrolünde çalışan birini öldürmesiyle yaşanmıştır. Olay Konstanz gölü üzerinde uçağın kaza yapması sonucu bu kazada Vitaliy Kaloyev bütün ailesini, eşi ve iki çocuğunu kaybetmişti. Kaloyev bundan sorumlu tuttuğu hava trafik kontrolörünü öldürmüştür. İsviçre kanunlarına göre Vitaliy Kaloyev suçlu bulunmuş ve sekiz yıl hapis cezasına çarptırılmış, ancak iki yıl sonra örnek davranışından dolayı serbest bırakılmıştı. Ülkesine geri dönen Kaloyev, kahraman olarak karşılanmış ve Kuzey Osetya’nın İnşaat ve Mimarlık Bakanlığına Bakan yardımcısı olarak tayin edilmiştir.

Doğu’da Teamül Hukukunda Akrabalığın Yönleri

1. Kavmiyetçilik ve Nepotizm

Günümüz toplumlarında akrabalık ilişkileri güçlü bağlarla kendi işlevini yerine getirmeye devam etmektedir. Modern toplumun her bir alanında akrabalık bağlarıyla birbirine bağlanan insanların kavmiyetçilik ve nepotizm sebebiyle Doğu’da büyük boyutlara ulaşan rüşvet ve iltimaslara yol açtığı bilinmektedir. Özellikle Doğu ülkelerinde bu oldukça yaygındır.

Örneğin, Çin’deki modern ekonomik atılımların başında bulunan çoğu kimse, belirli ailelere mensup kişilerden oluşmaktadır. Bu kişiler Çin’de herhangi bir ekonomik bir girişimde bulunamazken, mezkûr durum bize Çin’de hâlâ atalar kültürünün bir yansıması olan akrabalık ilişkilerinin bir şekilde sosyal işlevini yürüttüğünü göstermektedir (Susokolov, 2006:146-147).

Benzer durum Hindistan için de geçerli olup, kast çıkarlarına uygun olarak belli başlı aileler akrabalık bağlarına istinat ederek, Hindistan'da ekonomik pastanın büyük bir dilimini ellerinde tutmaktadırlar. Böylelikle akrabalık kurumu kendine yeni ekonomik bir rol biçmiş görünüyor (White, 1995, 445).

Aynı ekonomik ilişkiler, gelişmekte olan ülkelerin kayıt dışı ekonomilerinin temelini oluşturmakta ve gelişen ülkelerin hakim sektörü haline gelmiştir. Örneğin, Peru'ya ilişkin 80'lerin sonlarında kayıt dışı ekonomi hakkında Hernando De Soto tarafından yayınlanan bir çalışmada; "Farklı nesillerin birleştirdiği ailenin yerini, şehirlerde ticaret ve üretim ilişkileri almıştır: bir işte amca ve kuzenlerin birlikte çalışmaları gayet normaldir... Bir şehre ilk defa gelen bir kişi, kısa bir süre sonra akrabaları veya yerlileri dışında kimsenin çalışmak istemediğini anlamakta gecikmeyecektir. Araştırmalara göre Lima'da iyi yerlere gelen kişiler, akrabalarını bulan göçmenlerdir. Arkadaş, dayı ve kuzenlere destek olmak için harcanan zaman ve kaynak, geniş ve etkili bir pazar oluşmasını da engellemektedir (Soto, 1995: 176). Bu tip ilişkiler bir nevi sigorta işlevi görmektedir.

Akrabaların kendi aralarında kurmuş oldukları ekonomik ilişkilerde taraflardan birinin sahtekârlık yapması veya iktisadî yapıya zarar vermesi halinde, mağdur olan kişi, suçlunun akrabalarına başvurarak, zararını tazmin etmesini sağlayabilir. Bu şekilde iktisadî hayat içerisinde kaybolan itibarını koruyabilir. İtibar, ekonomik düzenin en önemli halkasıdır. Bu arada bireyin itibarı da "belirli bir aileye, sınıfa, topluluğa" mensup olmaya bağlıdır. Burada akrabalık, iş çıkarlarından önemlidir.

Akrabalığa dayalı toplumsal yapılar pazar ekonomisinin ilerlemesinde ciddi bir engel teşkil eder. Bunun en çarpıcı örneklerine Afrika'da rastlanır. Örneğin başarılı bir iş adamı, kendi akrabalarından kaçmak, bazen de ülkeyi terk etmek zorunda kaldığı olur. Çünkü kendisinden yardım bekleyen çok sayıda akrabası (kabile üyesi) vardır. Ancak madalyonun diğer yüzü, her şeyi-

ni kaybettiği zamanda ancak akrabalarından yardım alabilir. Bu tür akrabalık ilişkileri gözlemlerime göre 1950 yıllarda Rusya'da da vardı. Leningrad'ın yerlisi olan babam, annesinin memleketi olan Novgorod bölgesinden gelen birçok akrabasını misafir etmek zorunda kalırdı. Misafir geldiğinde ilk iş, babamın bilmediği akrabalarının akrabalık derecesini öğrenmektir. Babaannem de birçok akrabasının varlığından habersizdi. Zaman zaman gerçekten de akrabalarımızın olan köylülerden çeşitli erzakları gelir, babam da onlara ayakkabı, kıyafet vs. gönderirdi. Bu durum Sovyetlerin bilinçli olarak yıkmaya çalıştığı yapıların ne kadar köklü ve sağlam olduğunu gösteriyordu.

2. Siyasette Kavmiyetçilik ve Nepotizm

Akrabalık anlayışıyla oluşturulan büyük kolektif yapılar, başta Doğu ülkeleri olmak üzere birçok modern devletin siyâsî senaryolarının en önemli oyuncularından biridir. Kendilerini akrabalarıyla tanıtan siyâsî liderler, akrabalar arasındaki karşılıklı ilişkiye dayanmakla, bu tür kolektifleri siyâsî iktidar için oldukça rekabetçi hale getirmektedir. Görünüş itibarıyla Batılı siyâsî modele göre şekillenen kurum ve kuruluşlar, içte aşiret ve kabile yapılarıyla, çeşitli etnik grupların inhisarına bırakılmış şekilde ihdas edilmişlerdir. Bu tür yapılarda siyâsî mücadele erken döneme ait sosyal akraba topluluklarında görülen geleneksel mücadeleye dayanır. Liderler iktidara geldiklerinde devletin yönetim kadrolarını kendi "partililerinden" oluştururlar. Burada üyelerin liyakatı değil, teamül hukukuna uygun sadakat ve akrabalık dayanışması esastır. "Kabilecilik" olarak tanımladığımız bu olgu (İngilizce. tribe), Afrika ile özdeşleşmiş olmakla beraber, aslında bütün Doğu için geçerlidir.

Kabilecilik, Kafkasya ve Orta Asya cumhuriyetlerinde oldukça yaygındır, fakat bilinen nedenlerden dolayı araştırmalar yapılamamaktadır. Örneğin Adıgelerin yerel yönetim organlarının tamamı Bjeduğ kabilesinden müteşekkildir. Bunun yanında öyle

şartlar oluşturulur ki, başka bir kabileden kimse ne partiye, ne de idari bir konuma gelebilir. Araştırmacı ve görgü şahitlerine göre bu bölgelerde Sovyet dönemi siyasal yapının oluşmasında kabile bilinci önemli rol oynamıştır. Bu “klan” içerisindeki kan bağı ilişkileri sembolik egzogamiye dayanarak, taklit edilmiştir, çünkü evlilikler daha çok Ruslarla yapılmıştır (Paneş, 1995, 13-15, 31).

Sovyetler Birliği’nin çökmesinin ardından Kafkasya ve Orta Asya cumhuriyetlerinde kavmiyetçilik yeniden ayağa kalkarak daha da yaygınlaşmıştır. Uzmanlara göre bunlardan biri, “demokrasi kurma adı altında ülkede hiyerarşik kabile düzenine dayanan etno-politik yapının kök saldı” Kazakistan’dır. Kazak siyâsî seçkinlerinin faaliyetleri, özellikle devlet istihdam politikalarında “Cüz” esasına dayanmaktadır. Dolayısıyla Kazakistan’da kabilecilik resmi olmasa da, devletçiliğinin temelinde varlığını sürdürmektedir (Gusev 2005).

Kabilecilik, Kırgızistan’da da yaygındır. Sovyet iktidarının ilk yılları Kırgızistan’da hayvan ve mera için mücadele eden kabile mücadelelerinin benzeri, devlet organlarında mevkiler içinde gruplar şeklinde görülür. Kabileler arasındaki mücadele; “İktidarı, kendinden olana ver” sloganı ile her seçim öncesi güncel bir vakıadır. Kabilecilik olgusu, tarımın kollektifleştirilmesi esnasında daha da yaygınlaşmış, soy esasına dayalı kolhozların kurulması şeklinde alarak, kolhoz sisteminin sonuna kadar bu şekilde varlığını devam ettirmiştir. Bu durum günümüz Kırgızistanında seçim dönemlerinde siyâsetin gerçek bir unsuru olarak kalmaya devam etmektedir. Bu sebeple, milletvekili adayları akraba ve kabile üyelerine güvenerek sadece kendi şehirlerinden aday olurlar. Soyaların bireyler için sorumlu olmaları; hilekârlık yapan bir tüccar veya hırsızlık yapan bir memurun verdiği zararın akrabalar tarafından karşılanması örneği geleneğin devam ettiğinin göstergesidir. Tezat bir şekilde kabilecilik sadece kırsal kesimde değil, aynı zamanda şehirlerde yaşayan insanlar arasın-

da da yaygın olup, bunun nedeni iç kentleşmedir. Taşradaki boy veya kabile yapısı göç ile şehre taşınırken, göç eden bu kitle aynı zamanda toplumun eğitimli kesimini de etkileyerek, onlarla ülke yönetiminde birleşmektedirler.

Araştırmalara göre bugün hemen hemen her Kırgız, ister cahil, ister yüksek tahsilli olsun, bilinçli yahut bilinçsiz bir şekilde kendisini bir boya ait hisseder. Herhangi bir bürokrat veya Bakan kendi kabilesi ve soyuyla ilişkilerini koruyarak, onları destekler ve onlardan destek alır ki, devlet başkanı da buna dahildir. Kısacası sistem, bütün iktidar piramidi akraba ve yerlilerin dahil olmasıyla ayakta durur (Omarov, 2007). Örneğin Kırgızistan'daki 2005 ve 2009'da ortaya çıkan ayaklanmaların en önemli nedeni, kuzey ve güney boyları arasındaki gücün nüfus açısından haksız dağılımından kaynaklanmasıdır. Günümüz Kırgız toplumunda demokrasi kıyafeti altında kabilecilik, ülkenin bütün siyâsî yapısını kökünden etkileyerek; "Demokrasi maskeli kavmiyetçilik, Kırgızistan siyâsetinin gerçeğine dönüşmekte, son derece sınırlı olan entelijensiya liberal Batı ideolojisini anlamakta veya o bakış açısını paylaşmaktadır (Omarov, 2007). Siyâsî hayatın asıl aktörleri, kabile ve mono milli klan taşıyıcıları olan köy toplumdur (Omarov 2007).

Yine günümüz Tacikistan'daki istikrar, Duşanbe sakinleri arasındaki akraba yahut yarı akraba topluluklar arasında sağlanan kırılğan bir anlaşmayla ayakta durmaktadır. "Mahalgorai" yerelciliğin Tacik versiyonudur. Toplumun siyasal ayrışması; sağ-sol, komünist, İslamcı vs. değil, etno-bölgesel özelliklere göre şekillenmektedir. Bu "A" bölgesindeki komünist veya molların "B" bölgesindeki komünist veya mollaya destek vermeyeceği anlamına gelmektedir. Molla, daima kendi bölgesindeki anlaşmayı tercih eder. Aynı şekilde dağlık bir ilçeden Duşanbe'ye gelip, akademiye seçilecek olan bir Tacik filoloğa, bir başka meslekdaşı onun yetersiz bir filolog olduğu için değil, başkente farklı bölgeden geldiği için destek vermeyecektir. Keza Duşanbe'de oturan

bir tarihçi, geçmişe ait birini değerlendirirken, önce onun nereden, hangi bölgeden gelmiş olduğuna bakacaktır. Tabii olarak, farklı bölgelerden gelenin şansı olmayacaktır. Bu yönüyle Tacik tarihi oldukça zengindir ve herkese karşı bir delil bulunur. Sonuç olarak aynı dağlık bölgeden olan bir komünist, bir filolog ve bir İslamcı tek bir grup, diğer bölgeden gelenler ise başka bir grup oluştururlar (Abdulpayev, 2009). Şahsi gözlemlerime dayanarak Kafkasya ve Orta Asya cumhuriyetlerinden Leningrad ve Moskova'daki bilim merkezlerine gelen filolog, tarihçi ve etnografların da aynı bilince sahip olduklarını söyleyebilirim. “Perestrojka” döneminde bu uzmanlar vatanlarında bu konuların menfi karşılanacağı endişesiyle Kafkasya ve Orta Asya'da kabilecilik hakkında makaleler yazmayı ve yayınlamayı reddediyorlardı. Yerel komünist ve Sovyet idarî organları o zaman hâkim olan ideolojik doktrine göre feodal kalıntı sayılan ve “gelişmiş sosyalizmde” var olmayacağı varsayılan bu tür ilişkileri merkezden saklamayı tercih etmişlerdir.

Kabileciliğe yakın bir başka olgu da nepotizmdir. Bu terim akrabaları, arkadaşları ve yakınları mevki sahibi birinin kendi işine zarar verme pahasına kayırması demektir. Bazen kabilecilikle aynı anlamda kullanılan terim, idari görevlere akraba ve yerli arkadaşları getirerek, kollayıp, gözetme anlamına gelmektedir. Neredeyse her yerde kınanan bu durum, muhalefet ve muhaliflerin iktidarı nepotizmle suçlaması bütün Doğu devletlerinin karakteristik siyasi kültür özelliğidir. Eğer karşılıklı sorumlulukla birbirine bağlı sosyal akraba topluluklarında bir lider “kendî” akrabalarını değil de “yabancıyı” kayırırsa, o yabancı da kendi akrabalarını kayıracağından, lider yabancından bir şey kazanamayacağı gibi, tek sosyal desteğin olan akrabalarından olma tehlikesiyle karşı karşıyadır.

Gerçekten de sosyal akraba gruplarından oluşan geleneksel bir toplumda, yerliler karşısında sözlerini yerine getirmemek ağır suç sayılır. Bu nedenle devlet kurulurken, her grubun çıkı-

rına göre hareket eden yönetim unsurları ortaya çıkar. Örneğin liderlerin seçilmesiyle akraba gruplarından ayrılma ritüelleri yapılmakta, bu da onları sadece kendi klanı için değil, herkes için çalışacak şekilde özgürleştirir.

İktidar çizgisinin sağlamlığı açısından hiyerarşik tâbiyette, bireysel sadakat ilkesi önemlidir. Gerçekten de liderin ilk olarak savaşçıların çıkarlarını korumaya odaklı hareket tarzı, akraba grupların (klanların) egoistçe kendi çıkarlarını düşündükleri topluma aykırıdır. Sadakat, ya alt görevlerde bulunanların lidere tâbi olma biçimi ya da geleneksel toplumda “yabancıların, soy-suz ve kabilesi olmayan insanların” lidere sadece bu hayatta var oldukları için tâbi olmaları etkidir. Bu nedenle liderin çıkarlarını hayata geçirecek bir savaşçı grubu ortaya çıkarak, gerektiğinde “kendî” insanına karşı zor kullanabilir.

Bu ve benzeri konular Doğu devlet adamlarının karşı karşıya kaldıkları sorunlardandır. Pazar ekonomisi olmadan devleti entegre edecek tek başlangıç noktası idarî bürokrasidir. Ancak bürokrasi de, kalabalık olan sosyal akraba (kabile) gruplarına karşıdır. Bu nedenle devlet idaresinde Batılı ilkelere göre hareket etme ülkenin bütünlüğüne karşı bir tehdit unsurudur. “Kendi insanına” yönelme ise, muhalifler tarafından nepotizm olarak adlandırılmaktadır. Bu ülkelerde her iktidar değişimi, aynı it-hamlarla yapılır ve tam da bu nedenle yeni yönetim aynı yöntemle başvurur. Bu anlamda Tacikistan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı bünyesinde bulunan Stratejik Araştırmalar Merkezi’nin direktörünün bir makalesi oldukça dikkat çekicidir. Makalede şunlar yazmaktadır: “Tacikistan Cumhurbaşkanı, doğru eğitime sahip olmaları ve cumhurbaşkanlığı için bütün şartları sağlamaları durumunda akrabalarını ve arkadaşlarını önde gelen görevlere atama hakkına sahiptir. Cumhurbaşkanının çocukları, toplumun diğer çocukları gibi topluma uyum sağlamak ve hizmet etmekle mükelleftir, bu onların vazifesidir. Tacikistan’da aile bağları her zaman kullanılageldiği gibi, bundan sonra kullanıl-

maya da devam edeceğini göstermektedir. Örneğin, Tacikistan İslami Rönesans Partisi, cumhurbaşkanının kardeşi Muhiddin Kabiri ve partinin eski lideri Said Abdullo Nuri'nin oğlu tarafından yönetilmektedir. Ancak kimse bu partinin, bir akraba partisi olduğunu söyleyemez ...”

Makalenin devamında yazar, bunu bütün Orta Asya devletleri ve demografik sorunları, akrabaların birbirinden uzak olduğu birkaç Batı Avrupa ülkesi hariç, dünyadaki birçok ülkeye has bir özellik olarak değerlendirir. Kırgızistan'da eski cumhurbaşkanı Asker Akayev, bir zamanlar yüksek devlet makamlarına kendi akrabalarını atamakla suçlanmış, bu yüzden 2005 yılında darbe ile görevden uzaklaştırılmıştı. Onun yerine cumhurbaşkanı olan Kurmanbek Bakiyev ise, çok geçmeden muhalefet tarafından aynı şekilde itham edilecek, onun yerine geçici olarak gelen Kırgız yönetimi de, kısa süre sonra devlet mevkilerini akraba ve dostlarına dağıtmaya başlayacaktır (Çorşanbiyev, 2010).

Gerçekten de bu tür durumlara karşı negatif yaklaşım ideolojik olarak medeni toplumun temelinde olması gereken “ideal tip” bürokrasiyi izah eden M. Weber'e aittir. O, kadrolara alımı belirli ölçülere göre değil, profesyonel görevleri yerine getirmede bireysel yeteneğe göre (liyakat) yapılması gerektiğini düşünür. Hedef, memurların belirli bir grubun değil, devletin çıkarları için çalışmasıdır.

Çok eski bürokratik geleneğe sahip olan Çin'de, Konfüçyüs de birtakım benzer fıkirlere sahiptir. Çin'de eskiden beri devlet memurlarının özel eğitim sistemi gereği; memuriyet ölçütleri zengin ve tanınmış bir soya ait olmalarıyla değil, devlet sınavlarıyla kontrol edilen, yetenek ve zekâyı dayanıyordu. Konfüçyüs tapınağında yapılan sınavlarda başarılı olan memurların isimlerinin kazıldığı duvarlar hâlâ korunmaktadır. Aynı sınavlar Çin'de kısa bir süre önce rüşvet ve nepotizmle mücadele için yeniden başlatılmıştır. Genel olarak bu yönüyle Doğu ülkelerinin durumu çıkmaz bir sokaktır. Ne var ki, bir ya-

nıyla nepotizmi reddetmek sosyal istikrarı, devlet yönetimindeki istikrarı bozabileceği gibi, diğer taraftan nepotizmin resmileştirilmesi, ülkenin “üçüncü dünya ülkesi” listesine girmesine ve Batı ile ekonomik ilişkilerin bozulmasına, uluslararası finansal destekten yoksun kalmasına yol açmaktadır. Üstelik “medeni dünya” son on yılda “despotluğa” karşı şiddet de dahil olmak üzere mücadele edeceğini ilân etmiş bulunurken.

Rusya’da Nepotizm: Tarih ve Günümüz

Rusya’da 1917 Ekim İhtilâline kadar Rusyadaki “dikey” iktidar, Doğu ülkelerine has ilkelere göre teşekkül etmişti. İmparatorluğun (Çarlık) yönetim bürokrasisi akrabalarla doluydu. Bu konuda eski narodniklerden S. Y. Yelpatyevskiy, devlet aygıtı hakkında şunları yazar: “Petersburg memurlarının adı zikredilirken mutlaka özel bir yakınlık, bağlılık ifade eden bir yakının tanışıklığı hissedilirdi. Ve herkes, her şeyin farkındaydı. Kimin kiminle evli olduğu ve ileride kimin kiminle evleneceği bilinirdi. Petersburg’la bağı olan her memurun mutlaka bir amcası, dayısı veyahut anne-babası, bölük arkadaşı, hâmisı vardı. Petersburg’dan gelen mektuplar beklenmedik bir ziyaret ve özel gecelerin sebebi olurdu. Bu hayat tarzı, Petersburg’un ayrılmaz bir parçasıydı” (Yelpatyevskiy, 1984: 81-82). Sadece başkent Petersburg’a has olmayan bu durum, Rusyanın diğer şehir ve yönetimlerinde de geçerli olduğunu belirten yazar, bu tür kayırmacılık faaliyetlerini şu şekilde anlatır: “Şans eseri memurların ve işçilerin nasıl seçildiğine tanıklık ettim. Sibiryadan döndükten sonra Nijni Novgorod’da bir pazar meydanına yakın bir yerde kalmak zorunda kalmıştım. Benimle birlikte aynı koridorda, pazara alışveriş yapmak için gelenler arasında Gadalov kardeşlerinden biri vardı. Bir sabah gürültüyle uyanıp baktığımda, koridor 6-12 yaş aralığındaki çocuklar ve köylülerle doluydu. Çocuklar ve köylüler süslenip, temiz kıyafetler, temiz ayakkabılar, inek yağıyla taralı düz çizgiyle ayrılmış saçlarıyla bütün aileler çocuklarını

Gadalovlara hizmete etmek için getirmişlerdi. Ben yarı uyku-lu gözlerle, üzerinde sabahlıkla Gadalovun çocukları seçmeye başladığını gördüm. Sonradan öğrendiğime göre bu çocukların tamamı Gadalovların köyündenmiş. Çocukların babaları sürekli Gadalov'la akraba, aynı köyden olduklarını söylemeye çalışıyorlar; “babanız benim vaftiz babamdır” sözleri duyuluyordu. Pazardan alınan çocukları Gadalovun kahyasının gözetiminde Krasnoyarsk'a gönderiyorlardı. İşte bu akraba, tanıdık, yerli çocuklardan Gadalovların iş yerlerinde çalışan bir işçi ordusu çıkıyordu” (Yelpatyevskiy, 1984: 174-175). Benzer bir durum dönemin Rus edebi klâsîği Griboyedov'un eseri “Gore ot Uma” komedisinde Famusov'un şu sözleriyle ifade edilir: “Yabancı çalışanın çok nadir görülür. Büyükler, kardeşimin baldızının çocuklarıdır...”

Nepotizmle mücadele Stalin döneminde komünistler tarafından aktif şekilde yürürlüğe girdiği günlerde, Stalin bizzat kendisi davranışıyla baştan itibaren bu tür aile ilişkilerini reddediyordu. Stalin efsaneye göre kendi oğlunu “öldürtürken” (oğlunu Ruslara esir düşen bir Alman mareşal ile takas etmeyi redetmesi üzerine Almanlar tarafından öldürülmüştür) ve; “Ben bir eri (Sovyet), bir mareşale (Alman) değişmem” dediği meşhur ifadeyi kullanmıştı. Stalin bu tavrını, kendi akrabalarına karşı da uygulamıştır. Bu anlamda Stalin, kendi klanından sembolik olarak ayrılma ritüelleri gösteren lider davranışıyla (akrabaların öldürülmesi), toplumu yönetebilmiştir. “Kadronun her şeyi çözeceği” sloganı, Sovyetler Birliği Merkezi Komitesi bürokratik yönetimi mükemmelleştirmeleri için rehber görevi üstlenmesiyle; kadro seçiminde “niteliklerine göre adam seçmek, nepotizme, yalakalığa izin vermeden, komünist sayısını ve tüm organlarda iş kalitesini arttırma, herhangi bir göreve eleman alınırken işçilerin yeteneklerine bakılması, devlet yönetimi ve diğer organlarına sınırlı maddi destek” (Kalanoviç 2003) verilmesi öngörülmüştü. Böyle bir politikayla, ülkenin geleneksel

yapısının değiştirilerek, tarımdan sanayiye geçilmesi bekleniyordu. Bu beklentiler, yönetim metotlarıyla hayata geçirilerek, başarıyı ulaştırılacak bütün kaynakların mobilize edilmesini getirecekti. Böylelikle devlet görevlerine istihdamda “yetenek” esas alınarak seçme yoluna gidilmiş, sorun birçok kurban verilerek göreceli olarak çözülmüştü.

Sonraki yıllarda Sovyet sistemi mutlak sistemden çıktıktan sonra “burada yabancılar olamaz” anlayışıyla yeni bir yönetim anlayışı oluşturmaya başladı. Burada da bütün işleri lider yönetiyordu. Örneğin, L. Brejnev’in yakın akraba ve çevresi devletin en yüksek mevkilerine getirilmişlerdi: damadı Y. Çurbanov Sovyetler Birliği İçişleri Bakanlığı Birinci Bakan Yardımcısı, oğlu Yuriy Brejnev Sovyetler Birliği Dış Ticaret Bakanlığı Birinci Bakan Yardımcısı olmuş, arkadaşları da devletin yüksek mevkilerini işgal etmişlerdi: “Nepotizm, tepeye kadar sirayet etmiş, Brejnev üst mevkilere kendi sadık akraba ve arkadaşlarını tayin ediyordu. Bu yıkıcı uygulama her yerde artıp, güçlenerek devam ediyordu. Örneğin Kazakistan’da Kunayev, Azerbaycan’da Aliyev, Özbekistan’da Raşidov, Gürcistan’da Mjavanadze, Başkurdistan’da Şakirov, Moldova’da Boduil, Krasnodar’da Medunov ve benzeri isimler siyâsî kadroları kendi adamlarıyla doldurarak, güçlerini kendi çıkarları için kullanmışlardı” (Baranov 2004).

Geleneksellik, Brejnev’in kendi hayatında Stalin’den daha farklı izler bırakmıştı. Bu duruma şahit olanlardan biri şöyle anlatmıştı: “Üzerinde birçok yemek olan uzun büyük bir masa düşünün. Masanın başında Brejnev’in eşi Vitya, eşinin solunda Lenya oturmakta, masanın iki yanına da akrabalar dizilmişti. Sanki rütbelerine göre oturmuşlar gibi. Viktoriya Petrovna, sadece kendi çocuklarına değil, yeğenlerine de bakıyordu... Tatile Brejnev’le beraber bütün aile efradı âdeti kabile şeklinde gidiyordu; yeğenler, kardeşler, kardeşlerin eşleri. O, aile ortamını seviyordu” (Vasilyeva, 1992) Brejnev’in gelininin hatıralarında; “Yuri (Brejnev’in oğlu) ile evlendiğimizde Brejnev kendisine

“baba”, eşine ise “anne” diye hitabetmemi istiyordu. İlk başlarda bana bu oldukça zor geldi, çünkü benim annem ve babam hayattaydı. Brejnev, bir gün benim yanımda Viktorya Petrovna’ya şöyle dedi: “Vitya, Vitya, gelinimiz bize saygı duymuyor”. “Neden?” “Çünkü bize anne, baba demek istemiyor” diye sitem etti. Ondan sonra onlara anne baba demeye başladım... Lâkin onların bir sürü kardeşi, kardeş eşleri, çocukları, torunları vardı. Sonuç olarak sürekli desteğe ihtiyacı olan kocaman bir aile klanı oluşuyordu. Klan kendi içinde bölünüyor, bölündükçe ilişkiler de zorlaşıyordu. Klan, kendi içinde Brejnev ve Petovna’nın akrabaları olarak bölünmüştü. Kocasına itaat eden Viktorya Petrovna, birçok şeyde eşini destekliyor, ama aynı zamanda onun akrabalarının, kendi akrabalarının önüne geçmelerine de izin vermiyordu (Vasilyeva, 1992: 458-476).

Keza Boris Yeltsin döneminde “aile” kelimesi politik tartışmalarda özel bir isim hâline gelmişti. Aile, devlet mevkilerine gelen akraba ve arkadaşların baskınlığıyla bağdaştırılıyordu. Vladimir Putin’in göreve gelmesiyle, bu defa devlet kadrolarına yapılan atamalar “yerli” (hemşehri) prensibine göre yapılmaya başlandı. “Aile” ve “Sverdlovlar” (Yeltsin’in yerlileri) yerine “Petersburglular” ve KGB’de Putin’in eski iş arkadaşı olanlar yer aldı. Devlet hizmetinde yakın akrabaların veya biri diğerine tâbi olacak mevkilerde çalışanların akraba olması yasaktı (2005 yılında alınan karar), ama bu kanundan resmi olarak vazgeçilmişti. Zubkov 2007 yılında Rus hükûmetine başkanlık ettiğinde Savunma Bakanı A. Serdyukov başbakanın kendisiyle akraba olması hasebiyle cumhurbaşkanına istifasını sunmak zorunda kalmıştı. Kaldı ki, kabine yukarıdan verilen talimatla kurulmuştu.

İlginçtir ki devlet iktidarının “varise” devredilmesi yahut intikalinin terminolojide karşılığı “monarşi” olmakla birlikte, şahitler ve kitle iletişim araçları Putin’in yakın çevresinin Putin’i “baba” Başbakan Medvedev’i “oğul” olarak adlandırdıklarını söylüyorlardı.

Rusya’da pazar ilişkilerinin gelişmesiyle özel şirket ve kurumlarda da belirleyici olan akrabalık ve arkadaşlık ilişkileridir. Günümüzde yapılan araştırmalara göre Rusya’daki küçük ve orta işletmelerin bazı alanlarındaki özel şirketlerin %80’ine yakını aile şirketleridir. “Aile kolektifi” kadroyu akraba ve tanıdıkları işe alarak dolduran büyük şirketlerde de bu durum sıklıkla görülmektedir (Rodstvenniki, 2003). Özel sektördeki kayırmacılığın sebepleri bir ölçüde anlaşılabilir bir durumdur. Çünkü bu tür işletmelerin Rusya gibi memleketlerde ana hedefi yüksek derecede kurumsal ekip gerektiren rekabette ayakta kalmaktır. Bu da, akrabalık ve dostluk yoluyla sağlanmaktadır. Ancak, yetenekli bir “yabancı” bulunduğu takdirde, vasat bir akrabanın işinden olması yine de ihtimal dışı değildir.

Kişilerin birbirleriyle olan akrabalık bağları ve yakın ilişkileri, İş Kanunu’nun 20. maddesine göre aynı işte çalışmalarını yasaklamıştır. Ancak 2002 yılında yeni çıkarılan iş kanunuyla, devlet dairelerinde ve devletin modernleşmesi için çalışan kurumlarında nepotizm birden artmıştır. Özellikle bu kurumlarda üstünlük, sözde yetenekli, sıra dışı düşünen insanlara veriliyordu. Aynı şey üniversiteler ve bilim akademileri için de geçerlidir. Bu alanda hâlâ varlığını devam ettiren yöneticilerin seçim kurumu sözde bu işi yapmalıydı. Ama tam aksine, burada “başkanlar” küçük kolektifler tarafından seçilmekte (ya da bilim insanları kurulu), onlar akrabalık, arkadaşlık ve yerlilik prensibine dayalı gruplar oluşturarak, gelecek dönemlerini de garantiye almış oluyorlardı. Kısacası sosyal hareketliliğin temelinde akrabalığın yattığı “arkaik” ilkeler, yeniden nefes almış görünüyor (Boçarov, 2008: 7-12).

Bu konu ne yazık ki yeterince araştırılmamaktadır. Bu nedenle modern Rusya’da nepotizmi şahısların gözlemlerine göre yorumlamak gerekiyor. Bu konuda rejisör A. Konçalovskiy başından geçen bir olayı şöyle anlatır: “Rusya’nın güneyinde yaşayan akrabalarımın biri beni arayarak; oğluna, yerel gümrük yöneti-

minde işe alınmasında yardım etmemi istiyordu. Bu tanıdığımı sevdiğimden yardım edeceğimi söyledim. Rejisör olan benim, Rusya'nın güney ucunda yeralan gümrükle ne işim olabilirdi ki? Elbette, hiçbir şey. Lâkin ben gümrükle alâkalı işleri bilen birkaç kişiyi tanıyan birkaç kişi tanıyordum. Gerçi ben ne zaman bir memuru sıkıştırmaya çalışsam, başarısız oluyordum: görünen o ki, yönetimdeki yerlere “kendi insanlarını” yerleştiriyorlardı. Yapımcı aynı zamanda kendi arkadaşından bahsederek üzüntüyle şöyle demektedir: “Ben kendim İç İşleri Bakanlığı Akademisini dereceyle en iyi öğrenciler arasında bitirdim. Eee, ne oldu? Bizlerden yönetime sadece “torpili” olanlar alındı. Lâkin arkadaşlarımdan genç, parlak, coşku dolu olanlarından hiçbiri, ama hiçbiri alınmadı...” (Konçalovskiy, 2008). Kayırmacılıkla ilgili bu tür birçok bilgiye internetten de ulaşılabilir.

Bu durum BDT ülkelerinde de aynıdır. Örneğin Ukrayna'da “Viktor Yanukoviç'in yakın çevresi – kardeşleri, çocukları, anne babası, akrabaları – en azından 40 kişi devlet organlarında farklı görevlerde” yeralmaktadır (Partiya Regionov...2010).

Alt kültürlerde Akrabalık

Örgütlenme biçiminde ortaya çıkan modern topluluklarda düzenlenmeler, akrabalık kıstası kullanılarak yaratılır. Hippiler üzerinde araştırmalar yapan T. B. Şepanskaya'nın yazdıkları bu minvaldedir (Schepanskaya, 2005: 247-259). Alt kültürle mensup olan yapıların kendilerini bir aile gibi tanıttıkları artık bilinmektedir. Yazar, bu tür topluluklarda periyodik olarak birilerinin nasıl geniş şecere çizerek, insanları biraraya sıkıştırmaya çalıştığından bahseder (Şepanskaya, 2005: 249). Kısacası kullanılan akrabalık terimleri, grup içindeki ilişkileri ve grupta statüleri belirler.

Bu topluluklarda samimi olup olmadıklarından ziyâde, evlât edinme ritüellerindeki anne-oğul veya baba-oğul ilişkilerinin kurulması önemlidir. Böylelikle bir koruma kalkanı oluşturu-

lur. Anne veya baba her zaman için oğlunu korur fikri yerleşir. Mez-kûr fikir yoluyla grup içinde bir statü elde edilir. Anne-oğul ilişkisi dikey bir bağlantı oluştururken, grubun orta tabakası kendine yatay ilişkide yer bulur. Buna “astral eşleşme” veya “sistem kardeşliği” adı da verilir. Bu merhalede “kardeşler” birbirine saygı duyar. Kardeşlik, bir kural olarak ellerine ufak bir çizik atıp kanlarını birleştirmek suretiyle yapılır. Kızlar da kendi aralarında “kız kardeşlik” müessesesi kurarlar ve böylelikle cinsel anlamda çevredeki erkeklerin “av nesnesi” olmaktan çıkarlar. Başka bir ifadeyle, hippilik gibi toplulukların içindeki akrabalık terimleriyle oluşturulan hiyerarşi, cinsel anlamda kısıtlamalar getirir. Kendi aileleri içindeki bir kadına “yan gözle bakmamak” kuralı konmuş olur (Şepanskaya, 2005: 258).

1. Hapishanede Akrabalığın Geleneksel Hukukî Yönleri

Mahkûmlar da hapishane hayatı içinde “aile” olarak birleşirler. Aile genelde iki, bazen de 5-6 kişiden oluşur. Aile kavramı bu gibi yerlerde genel olarak ekonomik işlevlerin yerine getirilmesi ve iş bölümünün yapılmasını öngörür. Kişisel mülkün korunması, eşyaların denetimi ve aile üyelerinin maddi katkısı hapishane ailesinde beklenen işlerdir. Bu nedenle elinden iş gelen kişiler hapishanede en saygı gören üyelerdir. Aile üyesi olmak için herkesin maddi katkı sağlaması gerekir. Bu nedenle mahkûmlar için gereken eşyaları değiş tokuş yapan kişiler ailenin saygın üyeleridir. Eğer aile üyelerinden biri ilâve gelir kaynağından mahrum olursa (kargo, şahsi para) diğer mahkûmlar ona yardım eder. “Evdekilerden” biri ceza hücresine girdiğinde ona da yardım edilir. Hücre cezasına çarptırılan bir mahkûma, aile üyeleri koğuşa döndüğünde eşyalarına sinen hücre kokusunu unutturmak için yeni çamaşırlar verir, bayram yemeği hazırlanır-ki, erzak çıkmadan önce ayarlanır; içki de bulunur, içki yoksa koyu demlenmiş çay. Arkadaşı karşılamak kutsal bir iştir. Karşılamaya sadece “aile” üyeleri değil, diğer mahkûmlar da katılır. Sürekli

para yemek “aileden” kovulmayla sonuçlanır. “Ailede” grup çıkarları önemlidir. “Babalar” sınırsız otoriteye sahip olmalarına rağmen, zaman zaman isyanlar da çıkar.

Yönetimle iş birliği yapan mahkûmlar da kendi aralarında bir “aile” topluluğu oluştururlar. Aralarında arkadaşlık ilişkileri hüküm sürer. “Dışlanmışlar” doğal olarak aile oluşturamadıkları gibi, denemeye kalkanlar da diğer mahkûmlar tarafından “harem” olarak adlandırılarak, onlara kötü davranılır.

Hapishanelerde ortak topluluklardan biri de “yerlilik” (hemşehri) üzerinden birleşmedir. Bir il veya ilçe, bölge veya cumhuriyetten gelenler bu gruba dahildir. Milliyetçi özelliğe göre birleşen yerli gruplar da vardır. Yerliler (hemşehri) grubu üyeleri sık sık birbirlerine yardım eder. Gruba ait olmak tartışmalı durumlarda yardım almalarını kolaylaştırır. Yerlilerden lider yardımı almak kolaydır. Ama bütün mahkûmlar aile oluşturmaz. Aralarında yalnız olan da çoktur. Lâkin yine de birçoğu şu veya bu gruba üye olarak yerlilerden yardım alırlar (Hohryakov, 1991: 85-86).

Yatay ilişki, mahkûmları “kan kardeşliği” içinde birleştirir. Kanunlar hiyerarşi merdivenin en alt basamağında olanların bile kan payını elinden almaz. Tutuklular kan kardeşi olmalıdır. Kan kardeşleri: “beraber otururlarken bir tabağı ikiye böler, bir kaşıktan yer, soğukta açlıkta bir kuru ekmeği bile ortadan böler ya da son kıyafetini diğerine verir” (Yefimova, 2013:248) Bu tip aileler kadın hapishaneleri için de geçerlidir. Bu ailelerdeki ilişkiler, dışarıdaki aile ilişkilerine daha çok benzer. Kadın hapishanelerinde koca işlevini yerine getiren bir kadın vardır. Buna “üst yarı” denir. Diğer taraf “alt yarıdır” ve eş yükümlülüklerini yerine getirir. Kocanın görevleri eşlerin korunması, ailenin iyiliğinin gözetilmesi, geçimi sağlamak gibi konulara indirgenir. “Karısı” ise kocasını giydirir yedirir, yemek yapar, “eşinin” dış görünümüne özen gösterir. Mahkûmların anlattıklarına göre “kocaların” görevleri eskiden daha sertti, onlar aileye kıyafet ve yemek temin etme, belirtilen normlar dışında kendi üzerlerine

düŖen diğeri iŖleri de yapmakla sorumludur. Ŗimdilerde “kocalar” daha farklıdır. Eskiden kadınlar “kocalarını” toplumun desteğini alarak ayıplasa da artık her Ŗey daha özgürdür. Bu nedenle “aileler” daha istikrarsızdır. “Ailelerin” dağılması, “boŖanma” serbest iradeye bağılıdır. Lâkin aileyi terk eden kadın sebeplerini açıklamak zorundadır. Sürekli kadın değıştiren “koca” veya aynı Ŗekilde “koca” değıştiren kadın, topluluk tarafından yargılanır (Hohryakov 1991:131-134).

Sonuç

Sonuçları özetleyelim.

1) Evrensel olarak varlığını hâlâ devam ettiren “teamül hukuku”nun toplumsal örgütlenme esnasında oluştuğunu görmekteyiz. İlk olarak sosyogenезin erken aşamalarında ortaya çıkan teamül hukuku, geleneksel toplumda sosyal düzeni sağlar. Ortaya çıkan davranış normları hayatta kalma ilkesine paralel bir şekilde toplum tarafından benimsenir. Bu davranış şekilleri doğüstü otoritelerin yani atalar, ruhlar, Tanrıların fantastik görüntüleriyle aktörlerin bilincinde somut hale gelir. Bu tür normların uygulanmasını sağlayan psikolojik kontrol mekanizmalarına otoritelerin sosyal kontrol mekanizması eklenir.

Teamül hukuk sistemi bu hâliyle normların oluşumu, faaliyet ve üretim sistemini belirler. İlkel toplumlarda teamül hukuku tek yönetim mekanizması olsa da, modern toplumda, toplumsal bilincin gelişmesiyle bu normlar artık yazılı (devlet) kanunlarla beraber hareket eder. Bu sadece arkaik toplumsal ilişkileri yönlendiren geleneksel tecrübenin varlığını devam ettirdiği Doğu toplumlarında değil, aynı zamanda özörgütlenme ile oluşan segmentlerin oluştuğu Batı toplumları için de geçerlidir. Alt kültürlerde bu tür normlar, gördüğümüz gibi arkaik normlara benzer şekilde ortaya çıkmaktadır. Her ikisinin de teamül hukukuna has, temelinde hayatta kalma esasının olduğu tek bir algoritma ile ortaya çıktığı varsayılmaktadır. Eğer ilkel toplum tabiata karşı mücadele ettiyse, alt kültürler de topluma karşı mücadele etmektedir.

İlk teamül hukuk kuralları, yaş sınıflarının ilişkisini, cinsiyet ve akrabalık ilişkilerini düzenlemiştir. Bugün modern toplumda bu normlar örfi hukuk olarak uygulanmaya devam etmektedir. Bu kurallar insanı merkez alan Batı hukuk bilincinin negatif değerlendirmesine sebep olmaktadır: cinsiyet eşitsizliği, yaş eşitsizliği, rüşvet, nepotizm vs. gibi. Lâkin bu kurallar sadece Doğu’da var olmakla kalmamakta, aynı zamanda deklare edilen değerler ve kabûl edilen kanunlara rağmen Batı ülkelerinin

güncel tecrübesini de belirlemektedir. İlkel toplumu belirleyen teamül hukuk normları Doğu'nun post-endüstriyel ülkelerinde resmi olarak ilişkileri yönlendirebilmektedir. Bu konuda en çarpıcı örnek, yaşa dayalı en “kadim” sosyal hiyerarşinin bütün toplumu ihata ettiği Japonya'dır. Bu sebeple doğu toplumları teamülü yok sayıp, salt batılı kanunları kullanmaları sosyal felaketlere yol açabilir.

2) Hukukçular ve antropologlar arasında hukuka bakış açısı farklıdır. Hukukçular açısından hukuk, evrensel özelliklere, tek bir faaliyet ve gelişim kanununa sahip toplumun paradigmasıdır. Burada hukuk, devlet ile beraber belirli gelişim aşamasında ortaya çıkan sosyal ilişkilerin düzenleyicisi rolündedir. Böyle bir yaklaşımda sosyal düzeni korumanın yöntemlerinin gelişim dönemleri net bir şekilde belirlenmiştir. Birincisi yazılı olan kanunlar ve onların icrasını denetleyen kurumlar olmadan, ikincisi ise her ikisi ile. Hukuk anlayışı burada din, ahlâk gibi düzenleyicilerden farklı olarak bağımsız bir sosyal kurum statüsünü aldığı son dönemle ilişkilidir. Hukukun bağımsızlaşması, onu kendi vatandaşlarına karşı meşru bir araç olarak kullanan devletin oluşumuyla gerçekleşmiştir. Hukuk ilmi için bu yaklaşım karakteristiktir. Anropologlar açısından hukuk, bireysel özelliklere sahip bir kültür paradigmasıdır. Kültür kavramıyla benzersiz ve genel tekamül kanunlarına tâbi olmayan belirli bir toplum anlaşılır. Burada hukuk kendi davranışlarını adalet açısından değerlendiren kültür taşıyıcılarının davranışlarında gösterir.

Hukuk antropolojisinin ilk dönemlerde hukuk bilimi gibi toplum paradigması üzerine odaklanmasının bugünkü merkez noktası kültür olmuştur. Bu, onun toplumdan yani geleneksel hukukun evrensel özelliklerini, arkaik olanın devlet kanunlarına dönüşmesi, teamül hukukunun yazılı kanunlarla ilişkisini araştırmadan vazgeçtiği anlamına gelmemektedir.

3) Yukarıda bahsettiğimiz metodolojik yaklaşımdan yola çıkıldığında, Doğu toplumlarındaki teamül hukukunun ortaya çı-

kardığı diğer mekanizmaları izole edebilme imkânı ortaya çıkar. Zira, devletlerin kabûl ettikleri mevzuatlar kendi hukuk kültürleriyle uyuşmamaktadır. Bu tür devletlerde alınan Batı hukukunu en iyi ihtimalle devletin siyâsî seçkinleri benimsemektedir.

Benim bakış açım göre belirli bir kültürel modele göre gelişen Doğu devletleri, tarihsel olarak değişmeksizin sosyal modele göre evrimleşen tamamen farklı toplumsal bağlam ifade eden Batı hukukunu almaları olmuştur. Lâkin hiyerarşi ilkesi üzerinde kurulan yabancı bir ortamda Batı hukuku güçsüzdür, çünkü bu hukuk rekabete dayalı toplumdaki ilişkileri düzenlemek için ortaya çıkmıştır.

Bu nedenle Doğu'da bu normlar farklı işlevler üstlenmekle; ya dekoratif bir karakter taşımakta ya da “hiyerarşinin” sağlamlaştırılması için siyâsî mücadelenin bir aracına dönüşmekte ve bu mücadeleye hizmet eden geleneksel tecrübeleri kamufle etmektedir. Bundan başka Batılı kanunlar Doğu'yu geliştirmedeği gibi, tam tersine devleti siyâsî ve hukukî alanlarda “arkaikleştirmektedir.”

Bu çalışma ilgilenenlere teamül hukukunun derinlemesine ve belli bir amaca yönelik okunmasının önemini, mevzuatta ve adli icra safhalarında nasıl kullanılması gerektiğini anlatmaktadır.

Ekler

İslâm Hukuku

İslâm hukuku, genel olarak hukuku bir olgu olarak değil, İslâm dininin ayrılmaz bir parçası olarak görmekte ve bu hukuk şeriatla, yâni Kur'an'ın hükümleriyle bağdaştırılmaktadır. Bu hâliyle İslâm hukuku, dinin özünü yansıtmakla, hukuki düzenleyici rolü gölgede kalmaktadır. İslâm hukuku dini varoluşla, hukuki hükümleri İslâmî kuralları içeren ibâdetler, genel dini ve ahlâkî kanunları ile ilişkili olarak iki özelliğe sahiptir. İslâm hukukunda insanın Tanrıyla, diğer insanlara karşı sorumlulukları arasında herhangi bir ayırım yoktur. Müslüman hukukunun esas kaynağı;

temelinde ilahi vahiyle, onların düzenlediği inanç esasları, dini uygulama kanunları olan Kur'an ve sünnettir.

Dini kurallara dayanma ve inanç esaslarını koruma, İslam hukukunun bütün alanlarını kapsar. İslâm hukukunda merkezi alanın kuralları, sadece müslümanlar arasında geçerlidir. Bu kurallar müslüman bir kadına müslüman olmayan erkekle evlenmeyi yasakladığı gibi, nikâh kıyılırken bulunan şahitlerin de müslüman olması şartı koşar.

Muâmelât, mülkiyet hakkını yönetirken, bütün mülkün Allah'a ait olduğunu söyler. Örneğin; millileştirme ve tarım reformunda peygamberin, su ve toprak gibi bazı şeylerin şahsi mülk yapılamayacağı konusundaki hükmü hatırlatılır.

İslâm devlet hukuku, devlet başkanının müslüman olmasını buyurur. İslâm siyâsî hukuka göre göre, islâm devletinde yasama organı; dinî ve hukûkî konularda bilgiye sahip, otorite sahibi mücâhitlere aittir. İslâm devletinin amacı, İslam'ın bütün buyruklarını gerçekleştirmek ve "müslüman hayat tarzını" hâkim kılmaktır. Müslüman yargı hukukunda, hâkimin sadece Müslümanların özel hayatında islâmın dini ve ahlâkî buyruklarını yerine getiren biri olması gerektiğine dâir kuralları vardır. Aynı şey şahitler için de geçerlidir. Burada asıl önemli olan, karşı tarafın suçsuzluğunu ispat etmek için Allah adına yemin etmesidir. Bazı durumlarda dinî yemin, İslâm hukuku için yeterli hukukî delil sayılır (örneğin kocanın eşini sadakatsizlikle suçlaması).

İslâm'da uluslararası ilişkileri yönetmedeki esas fikir, ülke ve halkların "Dârü'l-İslâm" ve "Dârü'l-Harb" olarak iki gruba ayrılmasıdır. Uluslararası İslâm hukukunda "kılıç cihadı" yani islâmdan dönenler [mürtedler] veya hangi devletin vatandaşı olduğu fark etmeksizin müslümanlara zulmedenlere karşı savaş açık bir hükme sahiptir. Hâtta günümüzde bile farklı İslâm devletlerinin dış siyasetinin hukukî temelini belirleyen ilk önce "Müslüman dayanışması" ve diğer ülkelerdeki müslümanların korunmasını dikkate almasıdır.

Ukûbât en tehlikeli suçlardan biri olarak, karşılığında ölüm cezası hükmedilen irtidâdı yani dinden dönmeyi sayar. Suç işleyen bir müslüman farklı şekillerde cezalandırılır. Çoğu zaman pişmanlık, suçlunun ceza almamasını sağlar. Farklı suçlar için uygulanan yaptırımlar, suçun karşılığını din belirler. İslâm hukukuna göre ahlâkî normların ihlal edilmesi de dahil olmak üzere herhangi bir suç, müslüman mahkemesi tarafından cezalandırılabilir. Meselâ, Fas, Ürdün, Pakistan'ın gibi ülkelerin hukuk mevzuatı Ramazan ayında oruç tutmayanlara ceza uygulamaktadır. Pakistan'da devlet memurları günde beş kere namaz kılmakla mükellef oldukları gibi, erkeklerin kadınlarla beraber çalışmaları veya kadınlarla beraber eğitim kurumlarında bulunmaları da yasaktır. İran'daki özel müslüman mahkemeleri, kıyafet kurallarını çiğneyen veya toplumsal davranış normlarını ihlâl edenlere cezai işlem uygulamakta, özellikle de toplumsal yerlerde kadınların erkeklerle ilişkide olmalarını engellemekte, genel olarak kadınları tecrit etmektedir.

İslâm hukuk teorisi, normlar ve genel olarak islâma bağlılık derecesinin farklarını belirler. İslâm hukukunun koruduğu hak ve çıkarlar “Allah'ın hakkı” ve “bireylerin hakkı” olmak üzere ikiye ayırır. Müslüman hukukunda bunlara iki norm eşlik eder. Bazen hem Allah'a ve bireylere ait olan hakları koruyan üçüncü bir kural da geçerlidir. Hudud [Hudûdullah] kategorisinden olan daha ağır suçlar “Allah'ın hakkına” el uzatmaktır. Bu tür suçların cezası Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmiş olup, bu suçlara sadece gereken dînî vazîfeleri ihlâl etmek değil, casusluk ve zimmete para geçirme de dâhildir.

Din ile sıkı sıkıya bağlı olan Kur'an ve sünnetin belirlediği bu normlar evlilik, aile ilişkileri veya mülkiyet konularıyla, cezaî müeyyideleri tanzim eder. Ancak kuralların büyük bir kısmı inananlar tarafından mantık ve içtihat temelinde devreye girer. Kur'an ve sünnet, ibadetin bütün kurallarını içinde barındırmış olmasına karşı, insanların davranış kuralları (muâmelât) müs-

lûman hukukundaki genel kurallara göre daha azdır. Bu, muâmelât'ın ilâhî vahiyle irtibatı ve müslüman dînî davranış kurallarında benzerinin olmadığı anlamına gelmez.

Merkezinde islâmî kaide ve dinî hükümler içeren şariat, Allah'ın iradesini ifade ettiği için kesinlikle uygulanması gereken bir şeydir ve inananlar arasında değişmez. Fıkıh, Kur'an ve sünnetin hukukî normlarını pratik dile tercüme eden müminlerin rasyonel yaratıcılığının sonucudur.

Ancak, islâmî din olarak kabûl (dogma ve kült) eden bazı millet ve etnik gruplar arasında insanî ilişkileri düzenlemede islâm hukukuna aykırı geleneklere, eski toplumsal kurallara uymaya devam ettikleri görülür. Arabistan'da Bedeviler, Kuzey Afrika'da Berberiler veya tropik Afrika'nın müslüman halkları kendi içlerinde ve kabileler arası ilişkilerde geleneklerini muhafaza ederek, müslüman hukukunun norm sisteminin yayılmasına karşı çıkmaktadırlar. Bu ikilik bugün de devam etmektedir. Örneğin Yemen'de İslâm hukuku geleneksel bir şekilde sadece şehirlerde uygulanmakta, kabilelerin yaşadığı bölgelerde islâm öncesi gelenekler hüküm sürmektedir. Kabile geleneklerinin canlı olması, İslâm hukukuna rağmen bazı islâm ülkelerinde geleneksel mahkemelerin var olmasıyla kendini göstermektedir. Bu tür geleneksel mahkemeler, kadı mahkemeleriyle beraber Irak'ta 50'li yılların sonuna, Güney Yemen Halk Cumhuriyetinde, 70'li yıllara kadar varlığını devam ettirmiş; kabile geleneklerini hukukun esası sayan mevzuatın hâkim olduğu Ürdün'de de bugün aynı şekilde devam etmektedir. Bununla beraber İslâmın muamelât ve ibadete taalluk eden kısmı, sözkonusu ülkelerdeki kabileler tarafından oldukça sıralı bir şekilde kabûl edilmektedir.

Türkiye'de müslüman kültür normları oldukça geniş bir alana yayılmış, mevcut hukukî sistem İslâm hukukunun hiçbir izini taşımamaktadır. Aynı durum Sovyet sonrası cumhuriyetlerde, yerel halkın müslüman olduğu yerlerde kendi ritüellerini uyguladıkları, fakat hukukun İslâm hukuku ile hiçbir bağı olmadığı

Rusya için de geçerlidir. Rusya’da kaynak olarak müslümanlıktan gelen, ama İslâm’dan uzak olan insanların bile gündelik hayatta uyguladıkları geleneksel kanunlar vardır. İnsanlar İslâm hukuk kurallarının, hukukî olarak ve sadece dini ihtiyaç olarak farklarını sık sık dile getirmektedirler. Gerçi bu sınır, hukukî normların devletle olan ilişkisinde değil, bu veya diğer kanunun gerçekleştirilmesine uygulanan yaptırım şekline göre çizilmektedir. Bununla beraber Kur’an’da bile “dünyevî” ve “uhrevî” olmak üzere müeyyide de iki grup kural yer almaktadır. Kur’an’ın belirlediği evlilik, boşanma, miras ve benzeri konularda delil, mahkemeler için mecburi olmakla birlikte, ihlâlleri halinde cezalandırma “yerel” geleneklere tâbidir. Bu normlar hukuka aitken, dinî veya tamamen ahlâkî olan diğer davranış normları, Kur’an’ın belirlediği kurallara uymama hâli “uhrevî” cezayı öngörür. Kur’an ve sünnette yazılan kurallar hukukî değil, dinîdir. Kur’an’a göre insan hayatı, insanı dinî kurallara göre değerlendiren Tanrı tarafından sürekli kontrol edilmektedir. Bazı davranış kurallarının ihlâli hakkında Kur’an şöyle demektedir: “Allah’tan korkun ve bilin ki en son onun huzurunda toplanacaksınız!”. Ahiret günü “her ruh kazandığı kadarını alacak”, herkes amel defterini alacak, günahkârlara karşı “kendi kulakları, gözleri, tenleri şahitlik edecek”. Mahkemeden sonra günahkârlar cehenneme, müminler ise cennete gidecektir.

İslâm’ın dini normlar, namaz kılma, hacca gitme, zekat verme ve oruç tutmayı şart koşan ibâdet ile, Kur’an ve sünnette yer alan davranış kurallarının muâmelât ve ahlâkla ilişkili olarak, bunların ihlali halinde yaptırım ve cezayı öngören kuralları ikiye ayırmıştır. Bu bağlamda ikinci kategori farklı normlar barındırmaktadır. Bunlar, sadece dinî yaptırımlarla desteklenen davranış normları (örneğin, İslâm’dan dönenler “cehennem ateşinde” yanacak); suç işlendiğinde uygulanan dinî yaptırımlar (örneğin, kasıtsız cinayete karşı dinî tazminat, belirli dönemde oruç tutmak); ihlal edenin din ile ilgisi olmayan ve içerik olarak

hukukî yaptırımlarla aynı olan (ihamet için fizikî ceza) “dünyevî” sorumluluklarla garantilenmiş davranış normları; ihlali hâlinde dinî ceza ile beraber “dünyevî” bir yaptırıma da tabi tutulan normlardır (örneğin, kasıtlı cinayet işleyen “cehenneme gider” ama ondan önce ölüm cezasına çarptırılır). Ancak her halükârda ihlâl eden kişiye “dünyevî” cezaların uygulanması dışında bu kişi, dini kuralları çiğneyen bir günahkâr olarak değerlendirilir ve ölümden sonra bunun cezasını çekeceği varsayılır.

Devletin farklı dinî normlar uygulaması, zamanında İslâm hukukunun yetkilendirilmesi, Kur’an ve sünnetin buyurduğu, özellikle yaptırımlarının resmi olarak kabûl edilmesiyle ilgiliydi. İki tür yaptırım vardır: Birincisi, Kur’an ve sünnetin öngördüğü, ihlâlî hâlinde aynı zamanda devletin de kullanabileceği hukukî yaptırımlara benzeyen yaptırımlar ... Cinayet için ölüm cezası; ihamet için 100 kırbaç, yalan ifade verene 80 kırbaç, hırsızlıkta elin kesilmesi, soygunda elin veya ayağın kesilmesi ya da çarmıh, isyanda ölüm cezası...

Sünni müslüman hukuk geleneği, günahkârların dünyevî cezâ işlemlerinin bir kısmını devlete vermektedir. İslâm devleti bu din sisteminin bir unsuru olarak ortaya çıkmakta, aynen islâm dini kurumlarının (müftü, kadı) devlet mekanizmasının parçası olduğu gibi... Daha çok Kur’an veya sünnetin buyurduğu kuralların ihlâlinde öngörülen cezaları devlet düzenlemektedir. Örneğin ihamet için yalnızca dini yaptırımla eşdeğer fizikî ceza değil, aslen Kur’an da geçmeyen recm cezası da uygulanır. Kasıtlı cinayette ölüm cezası, genel olarak kan bedeli ile değiştirilir. İş bu sebeple, İslâm hukuku dini davranış normlarıyla uyuşmasına rağmen, din ile bir bütünlük teşkil etmediği görülür.

Şeriat, Fıkıh ve Müslüman Hukuku

Günümüzde fıkıh, şeriatın bir parçası yani pratik kararların (normlar) oluşturduğu “İslâm hukuk ilmi” anlamına gelmektedir. Diğer taraftan ilâhiyat yani kelâm, dinî inanç meselelerinin

sorularını araştırırken, tasavvuf iç kanaat ve tekâmül sorularını araştırır.

“Muhammed peygamberin insanlara ulaştırdığı” şeriatla ilâhi vahyin olduğu varsayılmaktadır. Bu nedenle şeriatın pratik normları insanların her dönem çıkar ve gerekliliklerini yansıtarak kutsiyet taşımakla, zorunlu ve değişmezdir. bütün İslâm hukuk okulları tarafından anlaşılır olan Kur'an ve sünnetin “pratik” emirleri, şeriatın bir unsuru olması, aynı zamanda fıkha dahildir; fakat fıkıhta göreceli küçük bir yere sahiptir. Fıkıhın büyük kısmı hukukçuların içtihadı temel alan kararlarından oluşmaktadır. İctihat, Kur'an ve sünnetin aynı anlama gelmeyen ve davranış kurallarında düzeltme gerektiren genel hükümlerin yeniden yorumlanması, Kur'an ve sünnete aykırı olmadığı sürece yeni kanunlar oluşturmak anlamına gelir. Bilim adamları arasında en yaygın bakış biçimi, şeriatla, fıkıhın eşleşmesidir. İslâm hukuku, şeriata indirgenmekte ve müslümanların îmanlarıyla sağlamlaştırılan hak ve vazîfelerinin yasama sistemidir. Fıkıh, gerçek otorite, kanun gücüne sahip İslâm mevzuatının kodeks ve kanunları olarak kendini gösterir.

Müslüman Hukukunun Kaynakları ve Yapısı

Fıkıh ile ilgili kaynaklar çok araştırılmış ve özgünlüğünü korumaktadır. Kur'anı İslâm hukukunun bir parçası olarak tasvir edebilmek için, insanların ilişkilerini düzenleyen kaidelerin arasında ahlâka uygun olmayan, dolayısıyla müminler tarafından yorumlanması gereken kurallar mevcuttur. Bazı davranış kurallarından pek çoğu, Peygamberin toplumda şahsî meseleleri çözmesi, yaşanmış bazı hadiseleri değerlendirmesi veya kendisine sorulan sorulara cevap vermesiyle ortaya çıkmıştır. Bu sebeple sünnete ilişkin normatif hükümlerin büyük bir kısmı, gündelik kökene sahiptir. Muhammed peygamberin 632'de ölümünden 8. yüzyılın başına kadar İslâm hukuku gündelik hayat üzerinden devam etmiştir. Peygamber bütün sahabelerine kendi sünneti-

ne dayanarak, yeni davranış kuralları oluşturma izni verilmiştir. Bu tür normlar daha sonra “sahabelerinin sözleri” olarak adlandırılmıştır. Kur’an ile sünnetin buyurdıkları da sahabelerin ve onların yolundan giden ilk kişilerin gündelik normatif kararları, teorik olarak İslâm hukukunun her alanda temeli sayılmaktadır.

Zamanla Kur’an ve sünnetin, Peygamber ve sahabelerin kesin hükümlerinin eksikliği hissedilmeye başladı 8.yy’da toplumsal gelişimin boşlukların doldurulmasında belirtilen kaynakların yükümlülükleri uyarlama işini, fıkıh okullarının kurucularıyla, onların takipçileri fakihler üstleneceklerdir. Peygamberin ölümünden on yıllar sonra hukukçular, İslâm hukukunun farklı okullara kaynak teşkil edecek olan hadisler ortaya çıkarmışlardır. Halife Ömer döneminde (634-644) kadıların, hatta Peygamberin ilgilenmediği konularda kendine yardımcı olan fakihleri vardır. İslâm hukuk nazariyesine hâkim olacak kişiler, Kur’an ve sünnet meselelerinde kendi bakış açılarına göre değil, fakihlerin verecekleri nihai karar fetvaya göre seçileceklerdir.

8. yüzyılın ortalarından itibaren Halifelik’te İslâm hukukuyla ilgili önemli okulların ortaya çıkmasıyla, fıkıhta yeni bir devir başlar. Bu dönem, İslâm hukukunun gelişiminde bir altın çağ olan ve iki buçuk yüzyıl süren mezheplerin kurucu imamlarının kodifikasyon dönemidir. 8. yüzyılın ortalarında birçok hâkim, halifenin öncelik verdiği veya yerel halk arasında popüler olan yorumları desteklemişlerdir.

10. ve 11. yy’larda durum değişmiş, Kur’an ve sünnetin cevap veremediği konularda hükema, kendi hukuk bilgilerine göre değil, İslâm hukuk okulunun verdiği hükümlere göre karar vermek zorundalardı. Böylelikle, aynı zamanda âlim olan hukukçuların rolü, hukukun gelişimine uygun olarak artmaya devam etmiştir: oluşumun ilk aşamalarında İslâm hukuk doktrini, Kur’an ve sünnete dayalı davranış normlarını aramakla uğraşırken, daha sonraları rasyonel yöntemlerin sistemleştirilmesine yönelerek, bu davranış normlarından hukuk normları “çıkarmaya” çalışmıştır;

yorumların çokluğunun yarattığı karışıklık ve ortaya çıkan yeni toplumsal ilişkileri tanzim etme mecburiyeti, çabasını İslâm hukukunun metodolojik ve teorik yönden geliştirilmesi üzerine teksif etmiştir. Bu gereklilik, tartışmalı soruların çözümünde farklı okul ve yorumların dayandığı temel noktalarda farklı normların olmasıyla ilgilidir. 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, genel olarak İslâm hukuku ve kaynaklarıyla ilgili ciddi değişikliklere gidildiği görülür. Gelişmiş müslüman ülkelerin hukuk sisteminde fıkıh, yerini Batı Avrupa örneğini esas alan hukûkî mevzuata bırakmıştır. Aynı şekilde İslâm hukukunun kaynakları 1869-1877 yıllarında yapılan ve 20. yüzyılın ortalarına kadar geçerli olan farklı alan ve kuruluşların kodifikasyonudur; Lübnan, Ürdün ve Kuveyt gibi bazı Arap ülkelerinde icra edilen, Osmanlı İmparatorluğu'nun İslamî özel hukuk (medeni hukuk) kuralları kodeksi olan Mecelle'dir. Mecelle, o dönem müslüman normlarını devlet yasası haline getiren ilk ve tek hukuk eseri olup, 20. yüzyıl başlarında İslâm devletlerinde "kişisel statü" çerçevesinde kabûl edilen ilk kodekstir. Günümüzde Mısır, Cezayir, Suriye, Irak, Lübnan, Tunus, Ürdün, Somali vd. gibi İslâm devletlerinin yayınladıkları hukukî kurallar, yâni fikhın belirlediği prensip ve normları sağlamlaştırmaktır. Diğer grupta yeralan; Suudi Arabistan, Basra körfez devletleri, Libya, İran, Pakistan, Sudan gibi devletlerde İslâm hukukunun etki alanı daha geniş bir alana sahip olup, sadece "kişisel statüyü" değil ceza, finans, ekonomi, hatta devletin bazı hukukî organlarını da kontrol etmektedir. Libya, İran, Pakistan ve Sudan'ın hukuk sisteminde son zamanlarda fikhın rolünün arttığı görülmektedir. Genel olarak İslâm hukukunun normlarını devlet mevzuatına dahil edilmesi son yıllarda daha yaygın bir hal almıştır.

İslâm Hukuk Yapısının Genel Karakteristiği

İslâm hukuku; Kur'an ve sünnetin belirlediği, Tanrıdan gelen yasal düzenlemelerle, İslâm hukukunun diğer rasyonel

kaynaklara dayalı, müçtehitler ve fakihlerin fikir birliğinden kıyastan ortaya çıkan iki kurala dayanır.

İslâm doktrinine göre, sünnet ve Kur'an'ın bütün kuralları da iki kategoriye ayrılır:

1. Kesin, farklı yorumlara açık olmayan, dinî uygulama ve bazı normların kurallarının belirtildiği insan ilişkilerini yönlendirenler;

2. Soyut ve yeterince anlaşılır olmayan, farklı anlamlara sahip, aynı zamanda içtihadı dayalı farklı davranış normlarıyla müçtehitlerin doğru olmayan sonuca varmalarına neden olanlar.

İslâm hukuk yapısının karakteristiği için önemli olan normlarının tahlilidir. İslâm hukuk bilimi fıkıh, hukukunun normlarını inançlılar için her soruyla ilgili Allah tarafından bildirilen davranış kuralları olarak görürler. Bunlar, açık bir şekilde vahiy yoluyla veya dolaylı olarak Allah'ın iradesini yorumlayan şeriat âlimlerinin vardığı sonuçlardır. Her bir normun İslâm hukuk okulunun kabûl ettiği farklı "kaynaklara" dayanması gerektirir varsayılır.

Muhteva olarak İslâm hukukunun bütün kaideleri onun öğretisini iki gruba ayırır:

1. İnsanın davranışlarını değerlendiren emirler. Bu bağlamda bütün davranışlar beş kategoriye ayrılır: mecburi olanlar, tavsiye edilenler, izin verilenler, kınananlar ve yasak olanlar. Kişi davranışlarının şu veya diğer bir kategoriye dâhil edilmesinin tek esası dini ölçüler, yani sonuç olarak Allah'ın iradesini ifade eden şeriatın bu davranışa olan yaklaşımıdır.

2. Belirli durumlarla davranış normlarını ve davranış şartlarıyla, sonuçlarını belirleyen normlar. Örneğin kastî cinayet için ölüm cezasına çarptırılmak gibi.

İslâm hukukunda normların büyük bir kısmı sorunlu olması, hukukun "kolektif" karakteri ve onun bütün müslümanların "genel" çıkarlarının tatmin edilmesine yönelik olmasıyla açıklanır. İslâm hukukunun bu özelliği, müslümanların haklarının değil,

görevlerinin sağlamaştırılmasına yönelik olduğu görülmektedir. Şeriat, bir kimsenin belirlenmiş hukuk kurallarını ihlâl etmesi durumunda bu kuralları bilmiyor olmasını dikkâte almadığı gibi, tam tersine müslümanların bu kuralları bildiğini varsayar.

Ritüel ve dini davranış normlarına ilişkin özel ve aile hukuku, şeriatla her zaman önemli olmuştur. Bu alanın esas kurumları: evlilik, boşanma, akrabalık, aileye maddi gelir sağlama, çocukların terbiye edilmesiyle ilgili görevler, veraset, kanuna uygun miras, vesayet gibi. Özel-hukukî alanlara mülkiyet konuları, anlaşmalar, görevlerin yerine getirilmesi düzenini yöneten muâmelâta aittir.

Ceza hukukunun şematik oluşu ve yukarıda belirtilen iki alandan daha az detaylandırılmasıyla diğerlerinden ayrılır. “İktidar kaideleri” yani kamu hukuku, modern anlamda devlet ve idari hukuk ilişkilerini yöneten kurum ve kuralları kapsar. Ona yakın diğer normlar; hilâfetin devlet ile ilişkilerini, savaş ve barış meselelerini, müslüman toplumunun diğer dinlerle olan ilişkisi, halkın İslâm’a yaklaşımı ve hukuki duruma göre kategorize etme gibi konularla ilgili olanlar siyer’dir.

Modern Hukuk Sisteminde İslâm Hukuku

İslâm hukuku, hukuk kurallarının kullanılma ölçüsünü ve mevcut mevzuata olan etkisinin derecesini esas alarak devletleri aşağıdaki gibi sınıflandırabiliriz:

1. Suudi Arabistan ve İran: Buralarda İslâm hukuku çok geniş bir sahada yürürlükte olup, bu bölgelerde anayasaya ve yönetim şekline doğrudan etki etmektedir. İran anayasası kabul edilen bütün yasaların şeriatla uygun olmasını mecburi kılmaktadır. Burada kanun maddeleri benimsenen İslâmî fıkıh okulunun belirli norm ve prensiplerinin sağlamaştırılmasına yöneliktir: Suudi Arabistan’da Hanbeli, İran’da Caferi gibi. Şahsi statü bağlamında İslâm hukuku geleneksel formda kullanılmaya devam etmektedir. Bu yargı sistemi prensibine, mahkeme aşama

kuralları dahildir. İran'da Şah rejiminin devrilmesinden sonra sadece hukukî değil, giyim kuşama ilişkin müslümanların sosyal etkinlik zamanlarında da ahlâkî normların en ufak ihlâli ciddi cezayı öngörmektedir. 1981 yılında suç işleyenlere karşı ciddi cezaların uygulandığı bir sistemi öngören kanun kabul edilmişti. Ülkede faaliyet gösteren mahkemeler, islâmî kurallara uymak zorundadır. İran ve Suudi Arabistan'da islâmî denetleme teşkilatları ve hisbe vardır. Ticaret ve ahlâk kuralları ile, toplumsal düzenin ihlâlinde mahkeme ağır cezalar vermektedir.

2. Yemen Arap Cumhuriyeti, Lübnan, Pakistan, Sudan gibi ülkelerde; İslâm hukukunun etkisi oldukça büyüktür ve son yıllarda daha da artma eğilimi görülmektedir. İslâm hukukunun prensip ve normları anayasa karakteri taşıyan asıl eylemleri etkilemektedir. Meselâ Pakistan'daki askeri rejim, yapılan genel seçimlerin iptalini islâmî kurallara uymamakla açıklamıştır. 1977 yılında Libya'da Kur'an normal anayasanın yerine geçen "toplum kanunu" olarak ilân edilmişti. Yemen Arap Cumhuriyeti 1970 anayasası, Pakistan 1973 yılı anayasasıyla İslâm hukukunu devlet mevzuatının esas kaynağı olarak ilân etmiş, Sudan'ın 1985 anayasası ise İslâm hukukunu geleneklerle birlikte yürürlüğe sokmuştur. Sözkonusu ülkelerde İslâm hukuku hiçbir değişikliğe uğramadan, mahkemelerde işlevini devam ettirmektedir.

3. Birleşik Arap Emirlikleri, Bahreyn, Kuveyt: Bu ülkelerin esas kanunları islâmın devlet hüviyetini sağlamlaştırmakta ve İslâm hukukunu devlet mevzuatının asıl kaynağı olarak kabul etmiştir. Bu ülkelerin hukuk sistemleri ilk iki kategorideki ülkeler kadar olmasa da, yine de İslâm hukukunun etkisini hissettirmektedir.

Örneğin Kuveyt'in 1960'larda (1964 yılındaki eklerle), Bahreyn'in 1976'daki ceza yasası alkollü içecekler tüketmeyi ve kumar oynamayı cezaya tabi tutmaktadır. Birleşik Arap Emirlikleri'nin devlet mevzuatı cami hatiplerinin hukukî vaziyetlerini de dikkâte almaktadır. Bahreyn yasaları kanunların

yetersiz olduğu yerlerde İslâm hukukunun genel prensipleri ve belirli normlarının kullanılacağını va'z etmektedir.

4. Mısır, Suriye, Irak, Lübnan, Fas, Ürdün, Cezayir, Somali, Moritanya, Nijerya, Afganistan: Bu devletlerin anayasaları, İslâm hukuku ve islâmın durumunu sağlamlaştırmaktadır. Birçoğunun anayasası devlet başkanının sadece müslüman olması gerektiğini, İslâm hukukunun da devlet mevzuatının kaynağı olduğunu belirtmektedir.

5. Aile ve ahlâka yönden kabûl edilen kanunların neredeyse hemen hepsi İslâm hukukuna dayanmaktadır. Mısır, Suriye, Irak'ın medeni kanunlarına göre miras ile ilgili bütün konular İslâm hukuku ve buna uygun kanunlarla düzenlenmektedir. Miras, veraset, vesayet gibi konularla ilgili kanunlar, bu ülkelerin birçoğunda kabûl edilmiştir. Mısır, Suriye, Irak, Cezayir, Afganistan, Ürdün'ün medeni kanunlarının ilk maddeleri, kanunların çözemediği sorunlarda mahkemenin İslâm hukukuna başvurmasını öngörmektedir.

6. Tanzanya, Mali, Çad, Hindistan, Filipinler: Bu ülkelerde de İslâm hukuku, kişisel statü ile ilgili ilişkileri düzenlemekte, hatta fıkıh kuralları bu ülkelerde kabûl edilen mevzuatları da etkilemektedir. Tanzanya'da 1971 yılında câri olan medeni kanun, müslüman ahlâkının çeşitli normlarını kabul etmiştir. Bu ülkelerde İslâmî mahkemeler faaliyet göstermekte, 1982 yılında bu tür mahkemeler Filipinler'de de kabul edilmiştir.

II. Müslüman Devlet Kavramı

Sünni hukukta devlet kavramının merkezi kurumu halife olup halife, devletin (hilâfet) ve müminlerin başı olması hesabıyla siyâsî ve dinî karar alma yetkisine sahiptir. Geleneksel yönetim şeklinde esas yer şûrâ, yönetimi de müminlere aittir. Devletin asıl işi, bütün devlet organlarını İslâm hukuku ile birbirine bağlamak ve hukukunun emirlerini uygulamalarını sağlamaktır. Şii devlet kavramında ise sadece mukaddes hüviyeti

öne çıkarmaktadır (imamet). Bütün idarî yetki, bir hükümdarda olması gereken özelliklerin bulunduğu günahsız imamda toplanmaktadır. Müslümanlar, “gizli” olan imam arasında aracılık yapan Şii dini liderlere özel bir rol atfederler. İslâm hukukunun buyurduğu her şey, sadece devlet yönetimi ve faaliyetlerinde değil, aynı zamanda toplumsal ilişkilerle, özel hayatta da uygulanmasını şart koşar.

Bütün modern dünya dinleri arasında en çok islâm siyâset, devlet ve hukuk işleriyle içiçedir. Burada onları bağlayan şey hukuktur. Hukuk, Doğu ülkelerinin gelişimini hukuk ideolojisi ve psikolojisi yardımıyla sağlamıştır. İslâm hukukunun etki alanı ideolojik olarak belirli kurallardan daha geniştir. Başka bir ifadeyle İslâm hukukuna normatif yaklaşım, belirli hukuk ve görevleri doğuran normlar bütünü olarak öğrenilmesi modern hukuk sistemindeki yerini almakta yetersizdir. Bütün ülkelerin hukukunu; hukuk kültürü, hukuk bilinci seviyesi, hukuk ideolojisi ve psikoloji etkilemektedir. Hukukî nedenler, görüşler, fikirler hukukî normların teşekkülünde ideolojik ve psikolojik kaynak rolünü oynamaktadır. Anglosakson ülkelerin sisteminde hukuk, toplumsal bilinçte ilk başta sübjektif anlamda mahkemenin koruyabileceği haklar ve özgürlüklerle ilişkiliyken, kıta hukuk sisteminde hukuk, “kanun” kavramıyla aynı anlama gelmektedir. İslâm hukukunda ise evrensel dinî-ahlâki-hukuk eğitiminin bütünü, her davranışın yönlendiricisi, resmi anlamda ise büyük hukuk okulları ve ardıllarının fikirleri, esas hukukî ilkelerin ve belirli işlerin çözümünün yer aldığı yüzlerce “hukuk kitabı”ndan müteşekkildir.

Hinduizm Hukuku

Bu konuda en geniş bilgi Maurya imparatorluğunun (M. Ö. 4-2 yy.) ortaya çıktığı Magadho-Maurian (M. Ö. 1.yy) dönemine aittir. Döneme ait edebi eserler arasında kadim bir Hint siyâset incelemesi olan Arthashastra’nın özel bir yeri vardır. Arthashast-

ra, dinî ritüel ve özellikle popüler olan “Manu Yasaları” ve Dharmaśāstra/Dharmasūtra gibi hukuki Brahman metinlerini derleyen Maurya imparatoru Çandragupta’nın müşaviri Kautilya’nın eseridir (Reşotnikov 2003-201).

1. Farklı Halk Gruplarının Hukukî Vaziyeti

Hindu hukukunda hukuk eserleri, eski Hint toplumunun kast sistemine göre tanzim edildiğine işaret eder. Eski Hint toplumunun sosyal sınıflara bölünmesi, parçalanmış kabilelerde başlar. Sosyal bölünme çeşitli sosyal grupları yani Varnaları ortaya çıkarmıştır: Brahmanlar (rahipler, bilginler), Kşatriyalar (asker, yönetici), Vaişyalar (toprak sahipleri) ve Şudr (himzetkarlar). Sınıflar hakkında bilgi ilk defa Vedik edebiyatının ilk numunelerinde geçer. Daha sonraki Vedik metinlerde Brahman ve Kşatriyaların dinî ve askerî yönetim faaliyetlerinin veraset kurları belirtilmiştir. Brahmanlar tarihin bir döneminde dinî kült ile vedik ilâhileri ele geçirirler. Kşatriler, kuzey Hindistan’ın nehir boylarını Arilerin ele geçirmesi üzerine, Vaişyalar (“viş” halk, kabile, yerleşke) ziraat ve zanaata odaklanırlar. Şur varnasının teşekkülüyle, yerli kabilelerin egemenlik altına alınması birbiriyle ilişkili olarak, Ari toplumu içindeki sosyal bölünme bu durumda rol oynar. Şudralar sadece yerli halk olmayıp, Ari toplumunun fakir kısmı, borcunu ödeyemeyenler de Şudralara dahildir. Bunlar, bazen sadece borçlarını ödemek için hizmet eden, bazen de kölelere dönüşen kimselerdir.

Manu Yasaları (Yasalar..., 1960:VIII 415) köleler yediye ayırır (doğal olarak köleliğin yedi kaynağı): savaşta esir alınanlar, bakımları mukabilinde köle olanlar, evde doğmuş olan köleler, satın alınanlar, hediye edilenler, miras olarak geçenler, ceza olarak gelen köleler. Kadim Hindistan’da sahip (efendi), kölesinin hayatı ve ölümüyle ilgili kararlar alma hakkına sahipti. Köle hiçbir hakka sahip olmamakla, yaptığı anlaşmalar da geçersizdir (Yasalar....1960:VIII 415). Köleler satılırken,

satış fiyatının %20-25 kadarı vergi ödeniyor, diğer eşya satışı gibi kiralanıp, borç karşılığında alınabiliyordu. Kadın kölenin çocukları, sahibinin mal varlığından sayılmaktaydı (Yasalar...1960:IX 48, 54-55).

Dharmaśāstra'da bir yandan köle ile Şudra, köle ile hizmet edenler arasında sınır çekilirken, diğerlerinde sınır yoktur. Manu Yasalarında “dasa” aynı zamanda hem köle, hem de hizmet eden kişi anlamına gelmektedir (Yasalar...1960:X 32).

Dharmaśāstra; Nrahman, Kṣatriya, Vayşi ve Şudralar arasında dinî ritüeller, yasaklar ve emirlere dayanan dinî ve hukukî yasaların sınırlarını kesin olarak belirlemiştir. Şudralar örneğin kurban verme ve evlilik dışında “samskara”nın başka ritüellerini uygulayamazlar. Her Varnanın yaptığı iş mirastır. Kutsal kitapların öğrenilmesi “iki kere dünyaya gelmiş” olarak tanımlanan Brahmanlar, Kṣatriyalar ve Vayşilerin işidir (Şudralar bir kere dünyaya gelir). Dünyaya ikinci geliş, kutsal kitapları öğrenmenin başlamasıyla ilgilidir. Dharmaśāstra'nın birçok bölümü insan davranışları, onların dokunulmaz sayılan Ari toplumunun dışındaki sınıflarla teması, bu temasta “kirlenildiği” için “temizlenmek” gibi kesin bir şekilde düzenlemeye ayrılmıştır. Kişinin işlediği suçun cezası, Dharmaśāstra'da ait olduğu sınıfa göre belirlenmektedir (Jidkov, Kraşenninnikova 1998:152).

Hukuk ile belirlenen Varnaların sınırı, bireyin devlet veya komüne ait toprakla olan ilişkisine bağlı toplumsal üretim ve dağıtımdaki yerini belirler. Devlet topraklarının artımını Ari fetihleri ve savaşlar sağlamıştır. Ele geçirilen topraklar devlet iktidarının güçlenmesi ve yaygınlaşmasıyla devlet hazinesine ilâve edilerek, Arthashastra'ya göre köle ve bağımlı kiracıların emeği kullanılmaktadır. Topraklar yönetimdeki kişilere, soylulara ödül veya “yemek” olarak verilmekteydi. Toprak sahipleri bir bölge, köy veya birkaç evin vergi toplama hakkına da sahiptiler.

Hindistan'da topluluğun mülkiyet hakkı, toplumun istikrarlı oluşuyla belirlenmişti. Topluluk kendine ait toprakları satma,

kiralama, hediye etme veya tapınaklara bağışlama hakkına sahip olduğu gibi, topluluk mülkiyetine yollar, sulama tesisleri, meralar da dahildi. Kira ve vergi toplama işini ait olduğu topluluğun yönetici sınıfı köylülerden tahsil ettikleri verginin bir kısmını kendileri için alırlardı.

Ortak toprak kullanım hakkı, özel köylü toprak hakkı ile beraber büyük bir aile toprak sahibi olduğunda onu satma, kiralama, hediye etme hakkına sahipti. Ortak kullanım hakkındaki tek kısıtlama, toprağı kullanan köylünün devlete veya devlette birine devretmesi halinde toprağın devredildiğı kişiye vergi ödemek zorundaydı.

Zengin Vayşilerin topraklarında kiralama usulü çalışan işçiler, “dokunulmaz” sınıfındandı ve ilave ürün üretmekteydi. Kadim Hindistan’da köle emeğı, diğer işlerde olduğu gibi zanaatta da çok fazla kullanılmıyordu.

Mülkiyet farklılaşmasının güçlenmesiyle M. Ö. 1.yy’da Var-na statüsünde kişinin toplumdaki yerinde farklılıklar başladı. Manu yasa metinlerinde hayvan otlatan ve zanaatkar Brahmanlar, aktörler, hizmetçiler vardı ki, bunlara “Şudralara” davranıldığı gibi davranılması istendiğı belirtiliyordu.

Şehirlerin ve ticaretin gelişmesi Vayşiler arasında büyük tüccarlar ve kabiliyetli zanaatkarların ortaya çıkmasına sebep oldu. Bunlar üst tabaka bir grup oluşturarak, zaman içinde kralın ticaret memurları, vergi ve haraç toplayan görevlilerine dönüşeceklerdir (Lazarev 1996:91).

Eskiden zengin tüccarların yüksek konumunun anlatıldığı Budist ve Jain literatüründe, Dharmaśāstra’nın emirlerinin aksine, bunlar Kṣatriyer sınıfına ait sayılarak, yüksek mevkii konumuna geçtikleri görülecektir. Sınıflara bölünmeleri, Şudraların Varnaları da etkiledi. Bunu Manu yasalarında şöyle ifade edilmektedir (Manu Yasaları 1960:X,129): “Şudra, imkânı olsa bile, zenginlik biriktirmemelidir, çünkü zenginlik biriktiren Şudra, Brahmanları baskı altına alır”. Şudra sınıfının yani Varnaların

heterojenik yapısını Şudralarda sınıf ayrımının güçlenmesiyle “dışlanan” en pis işleri yapan paryaların ortaya çıkmasında görebiliriz. Manu yasalarında “dışlanmışlar için, tiksindirici olanlardan” bahsedilir (Manu Yasaları 1960: X 39).

İlk prototip devletin kurucuları olan Rajalar, ordu kumandanı sıfatıyla dış güvenliğin sağlama, tapınaklara ait Brahman ve soyluların topraklarından vergi toplamanın yanında, yargı yetkisine sahiptiler. Bu oluşumda Rajalar seçilmiş kimseler olup, iktidarın miras olarak devredilmesi daha sonra ortaya çıkacaktır. Hükümdarın seçilmesinde bütün yetki yaşlılar konseyinin elindeydi. Ancak, zamanla hükümdarın iktidarını sağlamlaştırması ve yerel yönetim kurumlarının oluşmasıyla, yaşlılar konseyi eski gücünü yitirmesiyle, hükümdarın yanında sadece danışmanlar yani "parişad" sıfatıyla kalmış, fakat hükümdarların eğitilmiş Brahman üst tabakasına olan bağımlılığı, yönetimdeki sınıfların rekabeti değiştirmemiştir (Kraşennikov 1988:104).

Eski Hint hükümdarlarının iktidarı kelimenin tam anlamıyla despotik değildir. Bu iktidar sadece toplulukların kendilerini tecrit etmesiyle değil, geleneksel dinî ve ahlâkî kurallarla konumları belli, devlette baskın soyluların dahiliyle ayakta tutulmaktaydı. Din, Hint hükümdarlarının yasama işlevini kısıtlamakta ve Vedalarda yazılı olan hukuk normlarının değişmezliği ve dokunulmazlığını öngörüyordu. Vedalar sadece Brahmanlar tarafından yorumlanabilirdi. Bu gelenek Büyük Asoka zamanında devlet kanunun da hukuk kaynağı olarak sayılmasıyla değişecektir (Korostovsev, Katsnelson, Kuzinşin 1980:235).

2. Kadim Hindistan’da

Hukuk Sistemi ve Hukukun Kaynakları

Hindistan’ın sosyal, ekonomik, kültürel ve siyâsî gelişimini belirleyen hukukun spesifik özellikleri, hukuk kaynaklarında özellikle de siyaset ve hukuk yorumlarının yer aldığı Dharmas-

hastra'da geçer. Dharma'nın anlamı oldukça geniştir. Bu her inançlı Hindu için hayatının farklı yönlerini düzenleyen dinî erdem, ahlâk, davranış kuralları ve kaideler külliyyatıdır. Eski Hint hukukunda “dharma” kavramı ile beraber Avrupa'da kanun kavramına çok yakın olan “nyaya” kavramı vardır. Anlamı; ihlal edilmesi halinde devlet tarafından cezaya tabi tutulmayı gerektiren genel olarak kabul edilmiş davranış normu demektir.

Brahmanlar tarafından öğrencileri için oluşturulan “dharma-sashtralar” sadece hukukun otorite kaynağı olarak kabûl edilmemiş, daha sonraları “arthasashtralardan” kendi hukuklarına ait olanı alarak kullanımdan çıkarmışlardır. Dharmasashtralara hukuki konuların dahil edilmesi, hükümdarın dharmasının barışın ve düzenin koruyucusu olarak belirlenmesi içindir.

Ne yazık ki, eski Hindistan'da yüzyıllar önce yazılıp, yayılan dharmasashstraların ne tam metnine, ne de ne zaman yazıldığı tarihe ulaşılabilmiştir. Dharmasashstralar farklı bilgiler içermekte olup, bunların birçoğu sonradan eklenerek yeniden tanzim edilmiştir. Bu metinlerin 2. veya 3. yy'a ait olduğu dışında başka hiç bir bilgi yoktur.

Büyük dharmasastralar, M. Ö. 1.yy'ın ikinci yarısından itibaren M.S.'ye kadar gelen Gauma, Baudhayana, Apastamba, Vasiṣṭha isimli dharmasutralardır. Onların temelinde yani Manusmriti, Manu Yasaları, Yājñavalkya Smṛti, Naradasmṛiti (3. veya 4.yy) gibi geniş bir literatür ortaya çıkmıştır.

3. Manu Yasaları

Manu, tanrısal bir varlıktır-dünyanın kurucusudur. Mani yasaları, bütün Hint hukuk ve kurumların kabul edilmiş temelidir. Manu Yasaları gündelik hayatta hem ruhbanların, hem de inanların yapması gereken kanunlar olup, din ve kanunun birleşmiş şeklidir. Bu kanunlar nesilden nesle intikal eden, Brahmanlar tarafından yazılan metinler, inançlı üç üst sınıf Hinduların doğumlarından ölümlerine kadar hayatlarını düzenlemektir; bir

Hindu gençliğinde nasıl kutsal kitap okumalı, evde hangi kurallara uymalı, yaşlandığında bir münzevi veya keşiş olarak hayatını nasıl geçirmeli gibi.

Mani yasaları, Dharmasastralara ait olup, onlarda genetik olarak daha eski olan Dharmasutralara bağlıdır. Eğer Dharmasutralar Vedalara dayanan belirlenmiş normlar toplamı ise, Dharmasastralar “daha sistemli, araştırma ve öğrenme amaçlı, şiir olarak yazılan hukuki metinlerdir” (Manu Yasaları 1992:5). Manm yasaları geçerli olan kanunlar değil, erdem ve eğitim öğretileridirler. Örneğin bir “hırsız, saçları açık halde hükümdara koşarak, hırsızlığı ben yaptım, beni cezalandır demelidir” (Manu Yasaları 1992:12). Hırsız, ceza aletini kendi seçmelidir: “Hırsız omzuna sopayı, her iki ucu sivri olan mızrağı veya demir sopayı omzuna almalıdır” (Mani Yasaları 1992:174). “Gece ve gündüz kadınlar kocalarına bağlı olmak zorundadır” (Mani Yasaları 1992:185).

Dharmasutralarda kişiye karşı işlenen “himsa” adı altında toplanan yâni cinayet, zina, hırsızlık gibi suçlara ilişkin konulara daha sonraları anlaşma ve miras meseleleriyle, bunların ihlâli halinde ortaya çıkan sorunlar da (borç ödememe, arsa sınırının belirlenmesi, mirasın bölünmesi vs.) eklenerek, Dharmasastralarda hukuki kurallar düzenlenip, sınıflandırılmıştır. Manu yasalarından başlayarak Dharmasastralar, 18 yargı kuralına dayanırılmıştır.

Birinci grup yargı normları Manu yasalarına göre anlaşma şartlarıyla alâkalı; borcun ödenmemesi, yabancıya ait olanın satılması, ticari veya bir başka topluluğa iştirak etme, maaşın ödenmemesi, anlaşmanın bozulması, alış veya satışın iptali, mal sahibiyle, çoban arasında ortaya çıkan ihtilaf konularını içerirken (Manu Yasaları 1960:7, C. 4, 8, C. 5), ikinci grup normlar, mecburi ilişkilerden belirli suçları içermektedir. Bunlar, toprak hudutlarıyla (an meselesi) ilgili anlaşmazlıklar, hayvanların hasada zarar ziyân vermesi, dedikodudan hareketle hakaret etme,

hırsızlık, cinayet, tecavüz ve ihanet (Manu Yasaları 1960, 8, C. 6) gibi konulardır. Bütün bunlar, Dharmasastralarda kadim Hint hukukunun temelini meydana getirir. Yargının devamındaki kurallar da öncekilere bağlı olarak; aile, evlilik, miras hukuku ve suça giren kumarla ilgilidir (Manu Yasaları 1960: 8, C. 7). Dolayısıyla Shastralardaki kuralların mantığı, modern sanayi toplum sisteminden farklı olup, burada medeni ve ceza hukuku normlarını birbirinden ayıramazsınız.

Diğer bir meşhur Dharmasastralardan biri de Yajnavalkya'dır. Yajnavalkya, Manu yasalarına göre daha ziyade, zamanı usûl kurallarına ayırmıştır.

Hinduizmin temel hükümlerinden biri, bireyin mükemmelliğe ve ruhsal özgürlüğe giden yolda önem vermesi gereken dört ahlâk basamağıdır (artha, kama, dharma, mokşa). Bu dört basamağa uygun dört ashrama, Hindunun hayatının aşamalarıdır: Brahmacharya, eğitim ve öz disiplin dönemi, Grihastha aile reisi, aile olma, Vanaprastha, dünyevî hayattan vazgeçerek, ormanda ruhunu günahlardan arındırma ve hisleri kontrol etme, Sannyasa, ruhun kurtuluşu için hayattan çekilme.

Nāradaşmti bitmiş bir hukuki eserdir. Yazan her suç için belirli ceza yazmaz, “ceza yerini bulur” şeklinde nasihat eder veya “onu yargıç veya hükümdar cezalandırsın” diyerek, genel kabûl gören yerel normlara bırakır. Bu durum Dharmasastra'nın pratik amaç güttüğünü gösterir. Bütün Dharmasastralar tek bir dini felsefi mefhumun esas olan prensipte birleşmiştir. Bu en başta Dharma kavramıdır. Varnaların eşitsizliği, ritüelin temizlik ve temizlik için yıkanma sistemidir. Hint hukuk kaynağının esasını teşkil eden geleneksel dini bakış açısına göre bu hukukun içeriği ve sınırları Vedalarla belirlenmiştir. Dharmasastraların içinde çelişki olmayacağı sonucu buradan gelmektedir. Çelişkiler çıktığı takdirde- ki, aslında pek çok çelişki vardı- onlar bu durumu Manu yasalarında aşağıdaki şekilde yorumlarlar: “kutsal vahiyin iki yerinde çelişki varsa, o zaman her ikisi de hakiki Dharmadır”

(Manu Yasaları 1960:11 14).

Kadim Hindistan tarihinin belirli bir dönemine ait hukuk kaynakları arasında siyaset bilimi yani Arthashastra külliyatı da yer alır. Günümüze ulaşan bu eserlerden biri siyaset ve devlet yönetimine ilişkin bilimsel bir incelemedir. Eserin yazarı Maurya Hanedanlığının hükümdarı Chandragupta'nın müşaviri Çanakya olduğu düşünülmektedir (M. Ö. 4.yy). Bu eserde Hindistan'ın iktisadî ve idarî yapısı, adalet sistemi, cinayet ve cezalar hakkında uygulamalar hakkında yazılar yer almaktadır.

Arthashastra'nın esas konusu hükümdarın Dharmasının, dikkât merkezinde devlet çıkarları başta olmak üzere, iç ve dış siyasetin incelenmesi, dinî, fikrî ve ahlâkî kanunları ihlâl etmenin günah olduğu ve dini kurtuluşun faydaları yeralır (arthi). Bu, Kşatri literatüründe görünen daha önce farklı özellikler taşıyan literatürle, devlet mevzuatının kurallarına dayanmaktadır. Bunun ispatı Arthashastra devlet arşivinde bulunan, farklı yerlerin gelenekleri, topluluklar, hükümdar emirleri hakkında ve “hırsız yakalama usulü ile işkence, işkenceyle ilgili ceza”ya ilişkin bilgiler içermesidir (Art. 1950: 4; 11,26).

Hukukun öğrenilmesinde en önemli rolü 4. Kitap, “Toplumsal Düzeni Koruma” ve “Mahkemenin Kapsamı” ile ilgili 11. Kitap oluşturur. 3. Kitapta Dharmasahstraların iyi bildiği, ülkenin hukuk sistemi anlatılır. Burada mahkeme safhası, evlilik, miras, mülk edinme, hukukî görevler vs. yeralır.

Dharmasahstralar geleneklere uygun olmayan Arthasastrayı hukukun kaynağı olarak kabûl ederler. Bununla beraber Yajnavalkya (Manu Yasaları, 1960:2;61) “Dharmasahstranın Arthasahstradan daha önemli olduğunun” altını çizer. Böylelikle Arthasahstra, yargı sisteminde hukuk normlarını benimseyen Dharmasahstralara yerini terketmete başlar. Bu durum, 1.yy'ın başlarından itibaren edebi Arthasahstranın gelişimini de durduracaktır. Hukuk literatüründe aynı zamanda iki geleneksel yapının ortaya çıkışı, devlet iktidarının güçsüzlüğü, topluluk-

ların otonomisi, brahmanların sosyal yapıdaki özel durumları eski Hindistan'ın tarihsel gelişimi ile ilgilidir. Bu geleneksel yapı Arthasahstra (devlet) ve Dharmasahstra (topluluk) idi. Aynı kültürel ortamda gelişen hukuk yorumları, doğal olarak farklı gelenekleri kendi içine dahil etmesinden dolayı birbirilerini etkilemişlerdir. Fakat belirtmek gerekir ki, ülke gelişiminin bütün evrelerinde gelenek öncelikli kaynak sayılmıştır. Dharmasahstralarda sadece bildiri formunda değil, belirli hukuk normları olarak da geleneklere atıfta bulunduğu da görülür. Gelenek “iyi ve akıllı insanların” ahlâkî ve toplumsal fayda açısından davranışları olarak yorumlanır.

Hukuk sistemi evriminin farklı safhalarında hukukun kaynağı olarak hükümdarın kanunları ve icraatıyla olan ilişki değişmiştir. Hükümdarın yasal mevzuatından bahseden Gautama, Vasishta gibi eski Dharmasutralar, hükümdarın dharmasının sadece “kutsal kanuna” göre suçluları cezalandırmak olduğunu söylemektedir. Bu dharmasutralarda hükümdarlar toplumsal davalara müdahale etmemekte, bu türden davalar “soylu” Arthasahstrada çözülmekteydi. Burada hükümdar fermanlarına Dharmasahstralardan daha çok önem verilmekteydi. En geç dönem Dharmasahstralardan olan Narada'nın özelliklerinden biri de, hükümdar emirlerinin smritiden üstün olmasıdır. Narada'da hükümdar emirlerinin Dharmasahstralarda yeralan temel prensip ve kanunları ihlal etmemesi gerektiğini yazmaktadır.

4. Mülkiyet İlişkilerinin Hukukî Açıdan Düzenlenmesi

Shastralar bir taraftan kadim Hindistan'da mülkiyet tabakalarının, diğer taraftan topluluk, kast ve aile bağlarının varlığının delilidir. Eski Hint normları, toprakla ilgili sınırsız yetkiye sahip toplulukların ve köyün hakkını korumaktaydı. Anlaşılan o ki, Hindistan'da mülkiyet anlayışı M. Ö. 1.yy'da oluşmuştur. Örneğin Yajñavalkya'da mülkiyet statüsü kullanımdan daha üstün olup, atalardan intikal eden haklar istisnadır: “Oğul veya toru-

nun toprağı kullanması, mülkiyet hakkından daha üstündür” (Manu Yasaları 1960: 2; 27-28). Bu mülkiyet kavramı, eşya kullanımından farklı olarak Dharmasahstralarda da görülür. Manu yasalarında eşyanın kullanılma süresi, sahip olma ve bunun mülkiyete dönüşme hakkının ispatıdır (Manu Yasaları, 1960: 5; 114-147). Bununla yanında Shahstralar hükümdarın toprak üzerindeki yüksek mülkiyet hakkına işaret eder. Hükümdar toprak konularında üçüncü taraf olarak vardır. Narada, hükümdara vergi almayı önerir (Narada: 9; 42). Eğer tartışmada iki taraf haklarına ilişkin yalan söylerlerse, hükümdar toprağı el koyma hakkında sahiptir. Zira, hükümdar herkese sahipsiz toprağı işleme hakkı verir. Manu yasaları, mülkiyetin yasalara uygun olarak sahip olma hakkı tanımıştır: miras olarak alma, hediye olarak alma, fetih, tefecilikle elde etme, çalışarak alma, sadaka olarak kabul etme gibi. İlk üç yöntem Manu yasalarına göre bütün Variler için, dördüncüsü sadece Kşatrililer için, beşinci ve altıncı Vayşiler, yedinci ise Brahmanlar için geçerlidir.

Toprağı kiralayan kişiye kirasını almak için her türlü yetki verilmiştir (kandırmak, zorlamak, evini kuşatmak, hayvanlarını veya oğullarını rehin almak, borçlu olan kişiye evinden alıp getirerek, aç bırakıp borcunu ödemesini sağlamak). Mani Yasaları toprak sahibinden şikayetçi olan kiracıları cezalandırmayı öngörür. “Kadın da, ölen kocasının borcunu ödemek zorundadır. Çünkü kadın, erkeğin (ölen kocanın) malıdır” (Bogdar Levin, Antonova, Kotovsky 1973:63).

5. Suç ve Ceza

Hint hukukunda suç ve günah arasında sınır çizmek zordur. Manu yasalarına göre “bütün sınıflar üzerlerine düşen görevleri yerine getirdikleri takdirde, gökyüzünde yüce ve sonsuz mutluluğı erişirler” (Main 1884:22). Manu yasalarında gökyüzü “cennet ve cehennem... en küçük detaylarıyla anlatılır. Örneğin her birinde fiziki ve ahlâki açıdan farklı işkenceler uygulanan 22

cehennem vardır. En sonuncu cehennem yakılıp, pişirilip, ezilmenin yeridir... Lâdinî iktidarın kanunları başlarda oldukça acımasız olmasına karşılık, daha sonraları olağan cezaî yaptırımlar hâline getirilmiştir” (Main 1884:24). Manu Yasaları, asıl gücünü cezadan alır, toplumsal düzen ancak cezalarla sağlanır: “İnsanı ceza yönetir: o insanı korur; hükümdar eğer günahkarların cezalandırılmasından vazgeçerse, güçlü olan güçsüze eziyet eder, denizde balıkların yaptığı gibi. Tanrılar ve iblisler, ruhlar ve kötü devler, kuşlar ve yılanlar, hepsi ceza korkusuyla kendi amaçlarını yerine getirirler”.

Manu Yasaları: Vişna. “Üst kategoriden suçlular, bütün nebatat krallığını gezererek, bir bitkiden diğerine göç ederler, ölümcül günah işleyenler, solucan ve böceğe, küçük günahkârlar kuşa, dördüncü kategoriye ait suçlular su hayvanlarına dönüşürler. Mensup olduğu sınıftan atılmasına neden olan suçlular, amfibik yani hem toprak, hem suda yaşayan canlıya dönüşür... Yoldan geçerken toprağı ele geçirenler; mağarada yaşayan yılanlar, ekmek çalanlar; sığana, su çalanlar su canavarına dönüşürken, ipek çalanlar; keklik, hayvan çalanlar; kertenkele olurlar” (Main 1884:26).

6. İtiraf

İnsanın öteki dünyada daha kötüsüyle karşılaşmaması için cezalandırması gerekir. Bazı yerlerde tövbe eden kişinin kendini sakat bırakması veya ölene kadar tek bir yönde yürümesi gerekir. Diğerinde kendini üç kere ateşe atması veya savaşa katılarak kendini hedef haline koyması gerektiği söylenir. Büyük bir suç işleyen kişi, demir bir yatağa yatmalı veya boş bir alanda her iki yanına ateş yakıp kendisini yakmalıdır. Daha ufak bir suç için örneğin yasak olan içkiyi içtiği için Brahman kaynar ispiroyu günahkarın boğazına dökmelidir (Main, 1884:28).

Gautama: “Dünyada insan, kurban kesmeye lâıyk olmadığı halde kurban kesmesi, yasak olan yemeği yemesi, söylenmeme-

si gerekeni söylemesi, yazılanın dışına çıkıp, yasak olan şeyleri yapması kendini kirletir. Bu kimse, suçunu itiraf etmelidir. Anlaşılacağı üzere, eski dini kodeksler geleneksel hukuk normlarını içinde barındırmaktadır” (Main, 1884:28).

Parada: “Ne akrabalık, ne arkadaşlık ne hazineler, ne kadar yüce olurlarsa olsunlar, cehennem karanlığının korkusuyla doğruyu söylemekten hiçbir şey alıkoyamaz. Unutma ki, şahit olduğun zaman atalarının kaderi senin elindedir. İfade vereceğin zaman istemsizce onları cehennemden kurtaracak mısın, kurtarmayacak mısın diye sorarlar” (Main, 1884:28).

İngiliz sömürge döneminde Hindu hukuku bir takım kısıtlamalara uğrayıp, bir takım değişikliklere maruz kalarak, gelenek normlarıyla ilgili hukukun yerini, genel hukuk normları almıştır. Ancak miras, evlilik, sınıf ve diğer geleneksel kurumlarla ilgili sorunlar, Hindu hukukunun normları ile çözülmeye devam etmiştir. Sömürge adli emsal teşkil eden sömürge kanunları, gelişen kapitalist ilişkilerin geleneksel ekonomik yapıda yaptığı sosyal ve ekonomik değişiklikler, Hindu hukukunu da değişikliğe zorlamıştır.

Hindu hukukunu kullanan sömürge mahkemeleri, geleneksel hukuk içindeki boşluğu İngiliz hukukundan alınan normlarla doldurarak veya ona dayanarak, yenilerini oluşturmuşlardır. Sonuç olarak yargıda klasik Hindi hukukunun yerini zamanla “Anglo-Hindu hukuku” almıştır. Ve bu hukuk kısa bir süre sonra geleneksel yazılı hukukun desteğine ihtiyaç duymadan, emsal hukuk olarak Hindu mahkemeleri tarafından kullanılmaya başlanmıştır. İngiliz sömürge idaresi kendi kanunlarıyla, kabul edilemez saydığı Hindu hukuk normlarını değiştirmişlerdir. Bağımsızlıktan sonrası Hint hukuk sistemi prensip, kaynak, kurum ve kurallarla ilişkili olarak yeni değişikliklere de uğramıştır. Günümüzde Hint hukuku aşağıdaki soruların çözümünde kullanılmaktadır: kişisel durumun tanzimi (evlilik ve boşanma), vesayet ve reşit olmama, akrabalık, erkek çocuğu evlat edinme,

aile mülkü, nafaka yükümlülükleri, miras, dini kurumlar, ortak mülkiyet, anlaşmalı hukuk unsurları, kast hukuku ve ayrılma.

Geleneksel Hindu anlayışı çerçevesinde devlet, arazi, mülkiyet kavramı olduğu gibi kalmıştır. Hint hukuku, Hindu hukukundan farklı olarak ulusal hukuktur, bu bütün devlet arazisi (milli emlâk) için geçerli olan kurallar bütünüdür ifade eder. Hindu hukuk normları Hindistan'da yaşayan vatandaşlar için onların dini ve milliyeti fark etmeksizin herkes için geçerlidir. Hint hukuku ise, İngiliz sömürge idaresi döneminde oluşmuştur. Hint hukukunun teşekkül ve tekamülünde Hindistan için İngilizler tarafından kendi genel hukuk değerleriyle oluşturdukları yasama kanunları büyük rol oynamaktadır.

Avrupa Tarihinde Teamül Hukuku ve Kanun

Ortaçağ Avrupasında hukuk anlayışı, adaletin ayrılmaz bir parçası olarak, evren kadar sonsuz ve yok edilemezdi. Hukuka ilişkin bu anlayış, geleneksel sosyal yapıyı muhafaza eden halklara mahsustur. Hukuk, her tür insan topluluğunun esası olarak; “Toplunun olduğu her yerde hukuk vardır”. Her türlü canlı varlığa mahsus olan bu hak, Tanrının yarattığı her canlının hakkıdır. Hiç kimse, ne imparator, ne bir hükümdar, ne de konseyler tarafından keyfi olarak yeni kanun düzenleyip, geliştiremezler. Hukukunun kaynağı Tanrıya dayandığı için, hukuk her zaman âdildir ve özünde iyidir. Hukuk ve adalet eş anlamlı olup, kötü olan hukukunun çiğnenmesidir.

Hukuk yeni olamaz, o yüzyıllardır vardır ve onun temel özelliği kadim olmasıdır. Fakat bu hukukun mevzuatta yer alması ve insanların onu değiştirmeye ihtiyaç duymayacağı anlamına gelmez. Hukukun eskiliği, onun ortaya çıkış tarihini belirtme dışında, onun tartışılmazlığını gösterir. Avrupa'nın büyük yasa koyucuları yeni bir kanun yazmayıp, sadece eski hukuku “arıyorlardı”. Buna dayanarak 10. ve 11.yy Anglosakson mevzuatının yarısı eski kanunlardan alınarak, yeni yasalarla karıştırılmış-

tır. Gelenekler kayda geçirilirken, onlar bu metinleri tanınmış hükümdara yazıyorlardı. Nitekim, İngiltere’de 12.yy’da “Aziz Edward’ın Kanunları” olarak bilinen kanunların aslında onunla hiçbir ilgisi yoktur.

Hukukun Tanrı menşeli olması dışında bir diğer kaynak, halk hukuk bilincinin kabul edilmesidir. Halkın hafızasında yer alan bu bilinç, ilim adamları ve hukuk âlimlerinin zihninde, “eskiyi”, eski gelenekleri biliyor olmalarıyla ilgilidir. Onlar, kanun yapıcı misyonlarının farkında olarak, hükümdar başta olmak üzere, bu gelenek ve kanunlara herkesin tâbi olduğunu biliyorlardı. Hükümdarın var olan hukuku koruyup, âdil ve merhametli olması gerektiğine dair fikirler Ortaçağ “kraliyet aynalarına” işlenerek, bunların hükümdarlara nasihat verme şeklinde kişilikleri üzerinde telkin gücü oluşturunuyordu. Tahta çıkan bir kralın ant içmesi, geleneklere saygı gösterip, buna uygun idârecilik yapması gerektiği anlamına gelir. Hükümdar kanunu çiğnediği takdirde, itaat edenler bu adaletsizliğe sessiz kalmamalıdır. “İnsan kötülük yapan krala ve onun yargısına karşı koymalı ve her şekilde ona karşı mücadele etmelidir, hatta hükümdar onun efendisi ve akrabası olsa dahi. Bunu yapmakla insan, sadakat yemini bozmuş sayılmaz”. Hükümdara itaat edenler, hukuku çiğneyen hükümdara karşı çıkmak pahasına da olsa, hukuku korumak zorundadırlar. Hukuka uyma görevi, mukavele yapılmış olmasıyla ilgili değil, herkesin tâbi olduğu hukukun evrensel gücüyle ilgilidir. Bu anlayış, hükümdarın kanunundan üstün olduğu ve sadece Tanrı’ya tâbi olduğu görüşüne sahip teokratik kavrama tamamen aykırıdır.

Bu açıdan hükümdar soyundan olma, tahta çıkmak için yeterli değildir. Eski feodal monarşilerde bunun için “halkın” rızası, yâni aslında soyluların desteği gerekirdi. Aynı şekilde devletin çıkardığı yeni kanunların tatbiki için de tâbi olanların da onayı gerekiyordu. Hukuk bilincini en iyi temsil eden “en iyiler ve yaşlılar” kraliyet kanunlarının var olan hukuka ne kadar uygun

olup olmadığına bakmaları için çağrılırlardı. Hukuk ve adaletin üstünlüğü ilkesinin hükümdardan bağımsız olması, Ortaçağın adalet sisteminin özelliklerindendir. İngiltere’de yargıçlar devlet hizmetinde olmalarına rağmen, kanunların ve teamül hukukunun kralın iradesine karşı olduğu zamanlarda, bağımsız olarak kralın iradesine karşı hukuku savunmuşlardır. Feodallerin devletin hukukuna ve geleneklerine itaat etmeyen krallarına karşı çıkmasının temelinde de bu prensip yatmaktadır. Bu yolda “Magna Carta”nın İngiliz baron ve şövalyelerinin kral iradesine başkaldırmalarının sonucu olduğu bilinmektedir. Sonuçta, yirmi beş kişiden oluşan bir baronlar komitesi kurulmasıyla, onlar sadece kralın yetkilerini sınırlamakla kalmamışlar, gerektiğinde silahla onu tahtından indirme sorumluluğunu da üstlenmişlerdir. Ortaçağ bakış açısına göre meşru isyan anlayışına aykırı hiçbir şey yoktur. Tâbi olanların itaati pasif itaatte değil, sadakatte kendini ifade eder. Sadakat ve hükümdar tarafından himayenin esasını kanuna ve geleneklere tîbi olma fikri oluşturuyordu. Gerek itaat edenlerin, gerekse hükümdarla her iki tarafın sadakati, hukuka olan sadakat anlamına gelmekteydi.

Hukuk bireyden ayrı olarak düşünülemezdi. Genelde unvan, miras yoluyla babadan oğula geçmesine rağmen, bu değiştirilebilirdi. Hükümdar şu veya bu kişiye yeni haklar ve imtiyazlar verebilirdi. Ortaçağda insanın hukuki statüsünün esas özelliği bu statünün -miras yoluyla geçen veya kazanılan- insanın kişiliği ile ilişkili olarak onun özünü belirliyordu. Her şeyden önce bütün sosyal kategoriler, aynı zamanda hukuk kategorileri olup, fakir bir asilzâde, zengin bir vatandaştan üstündür. İnsanların en önemli davranışları; evlenme ve soya dahil olmak, şövalye olma ve çalışma atölyesine alınma, miras alma, ticari anlaşmalar yapma, toprak devri gibi işler özel prosedürle gerçekleştirilir, ihlâli halinde işlem iptal edilirdi. Dolayısıyla insanların faaliyeti değişmeksizin, tanımlanmış belli hukukî formlarla yapılıyor ve bu formlar dışında geçersiz sayılıyordu.

Döneme ait anlaşmaların çoğu evrak üzerinden yapılmayıp, onun yerine şart olan evrakın geçerli ve ihlâl edilemez oluşunu teyidi sayılan “toprağın gücünü” alması için evrak toprağa koyularak, geleneksel anlaşma yoluyla icra ediliyordu. Evrak, tek başına anlamsız kâğıt parçasından ibaretti. Hukuki bir belgenin geçerliliği, ancak büyüğü bir ritüelle sağlanabilirdi. Evrak burada bir sembol olup, herhangi bir metin içermesi zorunlu değildir. Hükümdar kendisine tâbi olanların herhangi bir emir iletme istediğinde, içi yazılı olmayan (boş) sembolik bir evrak göndermesi yeterliydi. Bu nedenle bir insanın statüsü, önemsiz dış özellikler olarak görülme, tam tersine onun kişiliği ve iç özelliklerine işaret ediyor; kişinin davranışı ise, kendi sosyal ve sınıf aidiyeti hakkında belirttiklerinin tasdiki olarak görülüyordu.

Bir ülkenin bütün insanlarına şamil olacak bir hukuku yoktur. Eski Roma İmparatorluğu hakimiyeti altında bulunan zamanın Alman krallıklarında Almanlar ve “Romalılar” kendi hukuklarını koruyorlar; her kabile, kendi hukukuna göre yaşıyor, kabile üyelerinin yaşadığı yer fark etmeksizin, mensup oldukları kabilenin hukuk ve geleneklerine tâbi idiler. Zamanla kraliyet iktidarı kabile hukukuyla birlikte, kendine tâbi olan herkes için geçerli kuralları kabul ettirecekti.

Adaletle eş anlamlı olan hukuk, bizim bakış açımızda hakikat odaklı değildir: hakikat mahkemede geleneklerin gerektiği bütün prosedürlere uygun, yeminlerle ispat edilmiş olandır. Zira yemin, ceza ve düello herhangi bir delil veya ispattan daha çok inandırıcıdır. Kabûl edilmiş değerlerden şaşmak, geleneklere aykırı hareket etmek tek bir şeyi gösterir: antdan şaşan, prosedürü ihlâl eden haksızdır ve Tanrı günahkâr olanın kazanmasına asla izin vermez. Hakikat sarihtir ve hiçbir mahkeme bu prosedürü bozamaz. İlk hukuk anlayışı Leges Barbarorum’dur (Erken Cermen Yasaları). Bu yasalar, Roma imparatorluk topraklarında yaşayan barbar kabilelerin hukukuydu. Genellikle yaşlıların “hakikatleri” olan bu yasalar, gücünü yitirmiş geleneklerde gö-

rölüyordu; yaşlılara saygı, geleneklerin kutsallığına olan inanç, eskimiş ve yeni normlarla uyuşmayan kuralları da içine alıyordu. Daha sonraları Ortaçağ hükümdarları tarafından çıkarılan kanunlar, “hukukun iyileştirilmesi” şeklini alarak, yâni eskiden var olan ama kaydedilmeyen normları da içine aldı.

Ortaçağ tarihi, kendisini yasal varis veya hükümdar olarak gösteren pek çok sahtekâr ve gaspçıyı gösterir. Bunlar soğukkanlı hesapları olan sıradan sahtekârlar olmayıp, birçoğu şaşırmış ve kendilerini yalandan yere yasal varis olarak gören veya “yukarıdan” bu misyon için yaratıldığına inanan kimselerdir. Dönem, dini ortama da uygun olarak; peygamberler, liderler ve tanrı elçilerinin ortaya çıkması da uygundur. Ortaçağ insanları “âhirette” olacak “Mahkeme Günü”ne ve Tanrı’nın herkesi davranışlarına göre ödüllendireceğine veya cezalandıracağına inanıyorlardı. Mucizelerin değil, mucizelerin olmamasının açıklanmaya ihtiyacı vardı.

Ortaçağ hukukuyla, hukuk bilincinin özelliklerini, sürekli bir rekabet içinde kraliyet iktidarına karşı “sonsuz isyan” içinde olan feodallerle, feodal sınıfların dönemi belirliyordu. Krallar ve prensler devlete, atalarından miras kalan şahsi mülkleri olarak bakıyorlardı: toprakların miras alınması “Salic yasası” zamanından düzenlenerek, daha sonra Fransa’nın tahtı devralma hukukuna dönüşmüştü. Fransa’da “Salic yasası”na dayanarak Fransız krallarının kızlarının değil, sadece oğullarının tahtı devralma kanunu uygulamaya sokulmuştu.

Böylesi bir ortamda hukukun adalet anlamıyla, varolan kanunlar şeklinde yazılı ideal ve pozitif hukuk arasında kesin bir sınır yoktu. Ortaçağda yazılı hukuk, bütünlükten yoksun cüzler halinde olmasıyla ayrılıyordu; örneğin, hayatın birçok yönü mevzuata dahil edilmemişti. İlişkilerin esas formları ya hiç yazılmamış ya da daha geç dönemde tespit edilen belirli yerel geleneklerle idare ediliyordu. Tarafların hukukunu ve sorumluluklarını belirleyen ve gelecekte icrası zorunlu normlar kanun değil,

yer, zaman, kişi ve sayısız hayat şartlarına bağlı olarak ortaya çıkan geleneksel feodal hukuktu. Düello, savaş, kan davaları daha çok feodal hukukla ilişkiliydi. Bunlar sadece gerçek ilişkileri oluşturan genel şemayı değil, aynı zamanda davranış usullerinin detaylarını da sunuyordu.

Ortaçağ devletin hukukî faaliyet sahasının çok geniş olmaması, teamül hukuku ile açıklanmaktadır. Gelenek hayatın bütün alanlarına hakim olduğundan, bu özelliği sebebiyle onu tamamen yazıya geçirmek imkânsızdır. Her bölge, komşusunun geleneğinden farklı kendi geleneğine göre yaşıyordu. Doğal olarak gelenekler kümesi teamül hukukunun hepsini kapsamaması mümkün değildir. Elde edilen tek şey, durumları ve çözümleri kaydederek, aynı vaziyetin tekrar etmesi durumunda aynı çözümü uygulamaktır. Köylüler ve feodallerin büyük kısmı okuma yazma bilmediğinden, Ortaçağ toplumu büyük oranda yazısı olmayan bir toplumdur. Onlar için yazılı olan kanunların pek bir önemi yoktu. Hukukun birçok hükmü yazıldığında bile, hayatta daha çok gelenekler, geçmişte böyle durumlarda nasıl davranıldığına, bilge kişilerin nasihatleri, ahlâkın böyle durumlarda ne buyurduğuna bakılarak hareket edilmekteydi.

Burada, gelenek ve kanun arasındaki farkı görüyoruz. Kanuna dahil edilen normlar değişmeden kaldığından, bundan böyle kanuna uymak, onu ihlâl etmemek gerekiyordu. En önemlisi de, hukukun yazılması demek; onu yaratandan “uzaklaşmak” ve yaratandan artık ona tesir edememesi, onu değiştirememesi demek olup; kanunun yorumu, mahkeme ve iktidarın tekeline geçiyordu. Bununla beraber gelenekler, belirli gruplar ve sınıflarla bağlayan “göbek bağı” koparmadan, değişmezlik illüzyonunu korumasına rağmen, yeni doğan ihtiyaçlara göre değişecektir. Geleneğin insan hafızasında korunması, geleneklerin “eski” olduğuna inanmakla birlikte, nihayetinde gelenek, insanlar tarafından oluşturulmuştur. Nitekim geleneğe başvurulduğunda, o sadece hafızada kalanlarla yorumlanmıyor, zamanın talepleri ve

ihtiyaçları da dikkate alınıyordu. Bu noktada kanun koyucunun herkes için mecburi olan, hâтта hükümdar tarafından bile kaldırılmayan teamül hukuku ile hesaplaşması gerekmektedir. Hükümdarın prestijini sadece hukukun temsilcisi olması koruyordu. Ortaçağ hukukunun her iki sisteminde de -yazılı mevzuat ve yazılmamış gelenekler- en önemlisi, günlük hayatta kullanılan teamül hukuku idi. Ancak feodal toplumu, düzensiz ve haksuz bir devlet olarak görmek de doğru değildir. Bu toplumda ticaret ile para henüz toplumsal ilişkilerde evrensel düzenleyici olmadığından, bu rol hukuka aitti. Sistemde vasal ve senyör, gereken sorumluluğu üstleniyordu; onlar ilişkiye girdiklerinde yemin edip, ilişkiyi bozulmaz yapan homage (saygı) ritüelini gerçekleştiriyorlardı. Bir tarafın görevini ihlâl etmesi, diğer tarafı feodal anlaşmadan âzade kılıyordu.

İtaat edenlerin Tanrının iktidarına şüphesiz tâbi olma öğretisinden farklı olarak feodal hukuk farklı hiyerarşi basamaklarında, hukukun etki alanına eşit derecede dahil olan ve kendi görevlerini yerine getirmek için sorumluluk alan iki kişi arasındaki ilişkiye dayanıyordu. Aynı şekilde hükümdarın iktidarı da sadece hükümdardan kendisine itaat edenlere “yayılmıyor”, hükümdar ve onun kişisel ilişki içinde olduğu vassalların işbirliğine de dayanıyordu. Bu bağlamda köylünün feodal bağlılığı, kölenin bağlı olmasından tamamen farklıydı. Ancak Ortaçağ insanı her halükarda kurum ile ilişkilendirilmiştir. İnsanları gruplarda birleştiren bağlantılar, farklı gruplar veya bireyler arasındaki ilişkilerden kuvvetliydi. Her grubun üyeleri için geçerli kendi düzenlemeleri-tüzüğü, kanunu, yazılı veya geleneksel davranış kuralları vardı. Grup üyelerinin belirlediği standartlar dışında geleneksel olmayan davranışları reddetmekteydi. Tüzük ve kuralları ihlâl edenler ahlâki olarak yargılanıp, cezalandırılmakta, gruptan uzaklaştırılmaktaydılar. Grup, bireyselliğin gelişmesine engel olurken, bir taraftan da onu geliştirmekteydi. Kurum şeklindeki gruba sadece tek mes-

lekten olanlar değil, farklı sosyal-hukukî statüye sahip insanlar da katılmaktaydı. Böylelikle içlerinde eşitlik duygusu, üyeler arasında karşılıklı saygı, hakları ve karşılıklı çıkarları korumak için dış güce karşı birleşme duyguları öğretiliyordu. Kurum, kişilerin bireysel özgür gelişimini reddederken, aynı zamanda çıkarlarına ve hedeflerine zıt olmayacak şekilde belirli sınırlar içinde onun var olmasına izin vermektedir. Gruba dahil olan kardeşlerinin desteğine güvenen kişi, kendini onlarla eşit görerek, kendisi gibi olanlara saygı duymayı öğreniyordu.

Grup üyelerinde bireyselliğin gelişmesindeki rolünü ancak Batı Avrupa'daki kurum yapısının Bizans'ta toplumsal ve ideolojik yapısındaki bireyselciliğiyle kıyaslayarak anlamak mümkündür. Doğu Roma'da birey, sosyal düzen içinde büyük imkanlara sahipti, çünkü orada Batı'daki gibi sert sınıfsal sınırlar yoktu ve Bizans, feodal anlaşılmayı bilmiyordu. Aynı statüye sahip insanlar arasında "yatay" ilişki yerine, "hükümdar ve itaat eden"ler arasında "dikey" bir ilişki vardı. En güçlü olan soylu ve zenginler bir davada hükümdara karşı kanun tarafından korunmadıkları gibi, hükümdar onların statülerini, mülklerini hatta hayatlarını istediği zaman alabiliyor veya halkın içinden sıradan birini alıp, en üst mevkiye getirebiliyordu. "Magna Carta" gibi, hükümdar ve vassal arasında bir ilişki Bizans'ta sözkonusu değildi. Bizans soylularının "bireyselciliği" kendi kariyerleri ve zenginliklerinden ibaret hizmetkâr bireyselciliğiydi. İlk Haçlı Seferine iştirak eden Lorraine şövalyelerinden biri, Bizans imparatorunun kabulüne gittiğinde "bu kadar önemli ve kahraman savaşçılar ayakta dururken, bir kişinin tahtta oturmasına" oldukça öfkelenmişti.

Bu nedenle Bizans'ta hukuk algısı, Batı'ya göre çok farklıydı. Bizans, Ortaçağ Roma hukukunu derleyip "Jüstinyen Yasası" olarak bilinen bir dizi yasa ve hukuk anlayışıyla, kişi haklarının garantörü olarak kanunlara saygının hiç olmamasıyla ilen kazanmıştı. Diğer taraf Avrupa'da, hükümdarın kanuna tâbi olması gerektiği hiçbir zaman unutulmamıştır. Hükümdar, sınıf-

ların çıkarlarını gözardı ederek yönetme hakkına sahip değildi ve siyâsî açıdan zor durumda onlardan destek alıyordu. Avrupa'da kurumsal yapıdaki bu hukukî eşitlik, daha sonraki dönemlerde bütün vatandaşların hukuk karşısında eşitliğinin yayılması için gereken bir basamak olacaktır.

Hürriyet: Senyör ve vassalın görevlerinin kombinasyonu, hükümdar dahil feodal hiyerarşinin her bir üyesi için karakteristik bir özelliktir: o birinin vassalı olarak; ya imparatora, ya papaya sadakat yemini etmiş ya da Tanrı'nın vassalı sayılmaktaydı. Kısacası hürriyet ve sadakat birbirini ötelemiyor; hürriyet sadakati dışlamıyorsa, bağlılık da hukukun varlığını dışlamıyordu. Hürriyet, taşıyıcısının ne kadar hakka sahip olduğuna bağlıydı. Senyör köylünün haklarına saygı duymak, köylünün emeğine ve kişiliğine ait hakları belirleyen geleneklere uymak zorundaydı. Bu sebeple köylü isyanlarının en yaygın şekli; mahkemeye başvurma, inceleme talep etme, geleneklere uyulması ve evrakların kontrolü gibi unsurlar hukukî direniş usûlüydü. Köylülerin, Rusya'daki köylülerden farkı, Batı'da hukukî statüye sahip olmalarıydı.

Ortaçağ hristiyanlığı, ahlâkî açıdan acı çekme ve barış öğretisi yanında hürriyeti de öğretiyordu. Hristiyanların Tanrısı sınırsız hürdü: hürriyet Tanrıya has kudret ve güç özelliği sayılıyordu. Tanrıya has ayrıcalık olan hürriyetin bu dünyadaki karşılığı, insan haysiyetiydi. Hristiyanlık, öncelikli olan ruhun kurtarılması ve insan iradesinin hürriyetinden bahsederken, Tanrı ile ilişkili olan insanî kişiliğin değerini artırıyordu.

Hukuk herkesin tâbi olduğu dünyevi bir unsurdur. Bu insanları birbirine bağlayan genel bir ilişki olmakla, bu ilişkinin derecesi herkes için aynı değildir. Hür olmayanlar, kanunda yazılanlarla daha az ilişkili, hür olanlar ise daha çok ilişkilidir. Hürriyet ne kadar çoksa, kişinin ayrıcalığı o kadar fazladır ve o kadar hukuka riayet etmesi gerekir.

Ortaçağda kişi hakkı, onun kişisel hakları değildir. Kişi, kendi haklarını kurumsal grup üyesi olduğu sınıfa mensup olduğu

müddetçe kullanabilir. O, bu hakkı onlardan almıştır. Kişi, toplumsal grubun dışında kaldığında topluluktan çıktığı gibi, grup haklarından da men edilir. Ortaçağ bireyi genel olarak hiçbir şeye, yeni dönemde sahip olduğu öz karaktere sahip değildir: bu genel sosyal yapı içinde Tanrısal dünya düzeni olarak anlaşılan ve kendini bu sosyal rolde algılayan, kendine verilen rolü oynayan bir kişiliktir.

1. İngiltere’de Hukuk

1066 tarihi, İngiliz genel hukukunun ortaya çıktığı tarihtir. Köylülerin ezilmesinin önünü almak için I. William ve varisleri yerinde bir kararla mahkeme sistemi organize ederek, temeline “İngilizlere hakkını teslim etmeyi” koyar. Bu söz, sonuna kadar hayata geçirilecektir.

1066’ya kadar İngiltere’de adalet, graf mahkemeleri tarafından sağlanmakta, hür insanlar kararlarını yerel geleneklere dayanarak vermekteydiler. Daha sonra bunun yerini baron, toprak sahipleri vs. mahkemeleri alacaktır. 11.yy’da kurulan yeni yargı sistemiyle, hukukî gelenekler belirli meselelerin çözümü ve değerlendirilip, ortaya çıkarılmasında asıl işi üstlenir. Bu sistemde kraliyet mahkemeleri (Excheque ve gezici mahkemeler) kraliyet ve genel davalara bakarken, diğer yandan graf mahkemeleri de güncellenerek, yeniden faaliyete geçer. Gezici mahkemelere yerel geleneklerle, davalara nasıl bakılacağı öğretilir. Konunun bu şekilde ele alınması adaletin tahakkuku için farklı yerel gelenekleri bütün ülke için bir bütün olarak “genel hukuk” külliyyatı içinde meczetme gerektiği sonucuna varmayı sağlar. Yargıçlar, ihtilaf konusuyla ilgili sorulara jüri üyelerinin “hukuki kararlara” benzer cevaplar vermeleri karşısında, bu cevaplardan yargıçların bilmedikleri, yerel gelenekler hakkında bilgi sahibi olurlar. İngiliz hukuku ve yargı sistemi böylesi tadilat, tebdil ve ilâvelerle mükemmel hale getirilir, ancak temel prensipler değişmeden kalır:

1. Tecrübenin büyüklük ve ehemmiyet açısından önemine bakılmaksızın, geleneğe tecrübenin bir ifadesi olarak yaklaşılır,
2. Duruma uygun olup olmamasına ve belirli talepleri karşılayıp, karşılamadığı kontrol edilir,
3. Kişisel haklarla beraber, adaletin tahakkukunu teminat altına alan yönetim kurallarına riayet edilir,
4. Belirli durumlara uygun hukuki normların oluşturulur.

Kıta Avrupasında hukuk normlarının oluşturulup, uygulanması belirli organlar tarafından yapılırken, İngiltere’de bu normlar birleştirilmiştir. Yargıç yasa koymayıp, sadece belirli işler için yerel halkın bildiği ve kullandığı kuralları belirler. Kanun yapmanın bu şekli, onu oldukça esnek ve sürekli yeniliklere açık hale getirir. Bu yenilikler net, halka açık, uygulanabilir ve kontrol edilebilir cinstendir.

Bugüne kadar el kitabımız olan William Blackstone’nun “İngiltere Kanunları Üzerine Yorumlar” zamanında yerel geleneklere verilen hukukî değerleri iki esas üzerine dayanır:

1. Genel hukukun istisnası olmalıdır,
2. Kullanımı belirli bölge, insan grubu, meslekle sınırlı olmalıdır.

Herhangi bir davası olup da, henüz bilinmeyen bir geleneğe dayanarak çözmek isteyen bir kimse, bunu yargıçlara bildirdiğinde, yargıçlar bu geleneğin davalının taleplerine uygun olup olmadığını kontrol ederler. Blackstone’da bugün de geçerli olan bu tür talepler yedi maddeden oluşmaktadır:

1. Kadim olmalıdır. Yerel gelenekler, “insan hafızasının hatırlayamayacağı çok eski bir zamana ait olmalıdır”. Bu zaman I. Richard’ın ilk yönetim yılı ile sınırlandırılmıştır (1189).
2. Süreklilik arzetmelidir. Hukuk belirli bir şeyi sürekli etkilemelidir. 1189’dan itibaren verilen ara sözkonusu geleneği geçersiz kılsa da, kullanılmamış olması geleneği geçersiz kılmaz. Bir defa kullanılan genel hukuk, sadece parlamento tarafından reddedilebilir.

3. Geleneğin sadece barışçı rızayla kullanılması. Gelenek zorla, gizli saklı, izinli yapılamaz. Ancak, birinin rızasına bağlı olur, toplumun değil.

4. Mecburiyet gücü. Her gelenek spesifik bir mecburiyet taşımalı ve mutlaka yerine getirilmelidir. Bu, davranış veya ahlâk da dahil olmak üzere hukukun bütün normlarına şamildir.

5. Kesinlik. Hukuk bir şeyi tartabilecek, sayabilecek, talep edebilecek belirli kurallar demektir.

6. Tutarlılık. Geleneklerin birbiriyle tutarlı olması gerekir. Doğası gereği genel hukuk ile uyuşmayabilirler, fakat bu kendi içinde mümkün değildir. Üstelik mahkeme kararıyla kabûl edilen gelenek reddedilemez.

7. Akılcılık. Bu en önemli taleptir. Genel hukukun esas prensiplerine ters olan gelenek, akılcı olamaz. Genel hukuk sistemi, felsefeci ve hukukçuların fikirlerini dikkâte alır. Onlar için insan aklının zirvesi ve örneği kıta hukukudur.

R. David'e göre kıta hukuku, İngiliz hukukunu kabûl etmemekle birlikte, yine de etkili olduğunu tasdik ettiğini şöyle belirtir: "İngiliz yöntemlerinin dakiklığı ve etkili olması, kapitalist Avrupa hukukçularını şaşırtmaktadır. İngiltere'de sade bir vatandaş veya rütbeli bir kişinin hukuka karşı saygısız davranması imkânsızdır. Böylesi bir durumda onlar hapisanede mahkeme kararlarıyla dalga geçilip geçilmemesini düşünüyor olurlar" (David 1967:299-300).

Kilise Hukuku

1. Hristiyanlıkta Hukuk Fikri

Hristiyan kilisesi İncil'e ve özellikle de Pavlus'un mektuplarına ait nomokratik hukuk kavramının kılavuzu niteliğindedir. Onun ilâhi hukuku teorisi, Tanrı tarafından belirlenen kanunların genel hakimiyet tezini ortaya koyar. Vaftiz olgusu "hayvan olan insanın" bir nevi yeniden "doğması" demektir. Ortaçağ toplumlarında bireyi kurumsallaştırmanın yöntemi olan vaftiz, bireye ihlâl edemeyeceği, ama ortaya çıkarılırken iştirak etmediği

hukuki görevler yükler. Hukuk genel olarak insanlar tarafından oluşturulmaz, o Tanrının kanunudur. Kilise üyeleri, din adamları ve vatandaşlar inanç topluluğunu oluşturan insanlar kendi aralarında eşit değillerdir: din adamları sıradan vatandaşlardan üstün oldukları gibi, kendi aralarında da eşit değillerdir. Tanrı karşısında hepsinin “değeri” farklıdır. En üst mertebe hükümdar olmakla birlikte, Tanrının iradesinin yegane temsilcisi kilise karşısında hükümdarın sorumlu olduğunun altı çizilmiştir. Hukuk Tanrınındır, bu nedenle adaletsiz olamaz. Kötü ve aykırı olan, hakların ihlâl edilmesi ve ciddiye alınmamasıdır. Hukukun akılcı olması ve herkesin yararına çalışması, bu da iktidarın yeterliliğidir (F. Akvinsky).

Hukuk, kilise kurumunun ayrılmaz bir parçasıdır. Kilise mensupları arasındaki karşılıklı ilişkiler sadece insanların içgüdüleri ve ahlâkî emirlerle değil, herkes için geçerli olan ve ihlâl halinde yaptırıma tâbi olduğu normlarla idare edilir; fakat bu yaptırımlar, devlet mevzuatının öngördüğü yaptırımlarla aynı değildir.

Kilise hukukunun kendine özgü cebri karakteri, devlet iktidarının kullandığı yöntemlerden farklı olarak, kendi kurucusu tarafından devlet gibi maddi kuvvete dayalı, fiziki olarak zorlama hakkına sahip değildir. Bu yaptırımların önemli yanı, en ağır olanları bile sadece kilise düzenini korumak ve çok az da olsa ihlâl edene ruhsal bir fayda sağlamak için kullanılmasıdır. Laik hukuk da, hukuku çiğneyen kişiyi düzeltmeyi hedefler ve bu hedefi toplumsal düzeni koruma sorununun en sonuna koymaz. Bazı ülkelerin yasal mevzuatında yer alan ölüm cezaları, suçluyu düzeltmenin her zaman yasamanın hedefi olmadığını gösterir. Nitekim, İncil bize insan ruhunun sonsuz değerli olduğunu; “Bir insan ruhunu inciterek dünyayı kazansan, ne fayda?” (Efsane 16:26) öğretisini va’z eder. Hâtta aforoz gibi bir kilise cezası, sadece kiliseyi korumak için değil, aynı zamanda aforoz edilenin tövbe etmesi ve “hakikati öğrenmesi” için kullanılır.

Kilisede herkesin uyması gereken kurallarla, yaptırımların varlığı hristiyan özgürlüğüne karşı değildir. Kilise cezaya maruz kalanın onayını almaz, fakat bazen kilise yasaları cezalandırılacak kişi dahil olmak üzere cezayı kilise üyelerinin gönül rızasıyla uygular. Bir kişinin kilise üyesi olması için hiçbir zoraki işlem olamaz, ancak bir kişi kilise üyesi olduysa, o Tanrının kanunları ve kilise hukukuna riayet etmeyi kabul etmiş demektir. Ki, bu kanunlara tâbi olmak mecburidir; burada bunu mecbur kılan kilise yetkililerinin faaliyetleri gibi dış gereklilikler kadar iç gereklilikler de vardır. Kiliseye gelen insan kurtuluş için oraya geldiğinden, Tanrının ve kilisenin kanunlarına boyun eğmeden kurtuluşa ermesi imkânsızdır.

Kilise hukukunun yöntemi Akribia ve Ekümen'in birleşimi olarak sayılabilir. Akribia, Hristiyanlık öğretisinin başlangıç esasının dışına çıkmaya izin vermeyen, meselelerin belirli bir konumdan çözülmesi demektir; bu yöntem kilisenin dogmatik yapısının temellerinden bahsedilirken kullanılmaktadır, yani Hristiyanlık ve Kilise'nin özünden.

Akribia'yı Ekümeni tamamlar, yani dogmatik olmayan kilisenin günlük ve pastoral konularında insanların zaafına sabırla yaklaşmak. Ekümeni yukarıda belirtilen alanlarda kanonik kurallardan az da olsa sapmayı ve yasallığın kısmen uygun olanla değiştirilmesini öngörür. Ancak, bunun da bir sınırı vardır. Ekümen'e Hristiyan öğretilerinde yeni temeller arayan normlar dahil değildir.

Kilise Hukukunun Hukuk Sistemindeki Yeri

Kilise ve devlet arasındaki ilişkileri doğru anlamak, yani aynı zamanda devlet ve kilise arasındaki ilişkiyi, kilisenin iç ve dış hukuku arasındaki asıl farkları göz önünde bulundurmak gerekir. Kilisenin dış hukuku devlet hukuku alanına girer.

Devlet, kiliseyi halka açık bir kurum olarak değerlendirebilir, kilise kurallarına devlet kanunu statüsü verebilir, kiliseyi şahsi

bir topluluk olarak değerlendirip varolması için belirli normları şart koşabilir veya Roma İmparatorluğunda olduğu gibi onu kanun dışı ilan edebilir, fakat iç hukuku her halükârda bağımsızdır.

Kilisenin iç hayatını, onun toplumsal veya siyâsî kuruluşlarla, en başta devlet ile ilişkilerini düzenleyen olmak üzere iç (internum) ve dış (externum) olmak üzere iki kilise hukuku vardır.

Bu hukukun kanunları yayınlanıp, onaylanarak devlet mevzuatı tarafından yazılı olarak ibraz edilen yazılı (criptum) kilise hukuku ile, kilise tarafından gelenek ve efsane olarak korunan (nonscriptum, per consuerudinem) yazılı olmayan kilise hukuku vardır. Yine bunların yanısıra, genel (commune) ve özel (particulare) kilise hukuku vardır. Genel olan bütün dünya kiliseleri için geçerli olan esas kanunları, diğerleri ise yerel kiliselerde geçerli kanunları kapsar.

Bir Bilim Olarak Kilise Hukuku

Kilise hayatının düzenlendiği hukukun sistematik ifadesi “Kilise Hukuku” olarak adlandırılmaktadır. Disiplinin bir başka adı, Kanon Hukukudur. Batı hukuk literatüründe kilise ve Kanon hukuku iki farklı disiplin olarak incelenmektedir. Kanon hukuku altında kadim Kilise Kanonlarını ve “Katolik Kilisesinin Kanonuna” (Corpus juris canonic- Ortaçağın sonlarına doğru ortaya çıkan kanunlar) dahil olan papalık tebliğlerini araştıran disiplin kastedilir. Bu normlar sadece kiliseye değil, laik hukukî ilişkilere de aittir. Böylelikle Batı hukuk ilmi dilinde kanon hukuku; kiliseden gelen, fakat içerik olarak sadece kiliseye ait olmayan bir hukuktur. Kilise hukuku ise, kadim kanonlar, geç dönem kilise hükümleri veya laik iktidarın çıkardığı kanunlar fark etmeksizin kilise hayatını yönlendiren hukuki işlemlerdir.

Ortodoks geleneğinde ise farklı bir yaklaşım söz konusudur. Doğu’da “kilise, laik ve dünyevi hukuka dahil olarak -A.S. Pavlov’un dediği gibi- o, bu yöndeki yasal faaliyetine hiç önem vermemiştir”. Bu nedenle kanon ve kilise hukukunu “Orto-

doks, özellikle de Rus kanonu ona her iki ismi altında” desteklemektedir.

Rusya’da kilise hukuku eski zamanlarda sadece pratik amaçla yönelik olarak öğretilirken, ilmi açıdan öğrenilmesi, 18.yy’ın sonlarında Moskova İlahiyat Akademisi’nde kilise hukuku dersleri verilmesiyle başlar. İlahiyat okulu reformundan sonra (1808) ilâhiyat akademisinde kanon hukuk dersleri okutulur. 1835 yılında kanon hukuku, üniversitelerin hukuk fakültelerinde müfredata eklenir. Hukukî bir disiplin olarak kilise hukuku, hukuk bilimi sistemine dahildir. Bu bağlamda özellikle Roma hukuku başta olmak üzere, Slavların, Almanların ve diğer hristiyan halkların teamül hukukuyla, kamu tarihi ve özel hukukla, yerel Ortodoks kiliselerin hakim olduğu devletlerin hukuku, hukuk teorisıyla ilişkilidir.

2. Hukukun Kaynağı

Hukukun maddi ve resmi hukukî kaynakları vardır. Maddi kaynaklar, hukukî normları oluşturan kişi ve kurumlardan, resmi kaynaklar ise bu normların yer aldığı evrak ve anıtlardan meydana gelir. Kilise hukukunun ilk kaynağı Tanrı’nın iradesi sayılmaktadır. Tanrı’nın emirleri kilise kurumunun esasını teşkil eder. Kilise bunlarla dünyada kurtarıcı misyonunu gerçekleştirir. Bu emirler, Kutsal Kitap’ta yer almaktadır. İlâhi vahiy, Tanrı ve insana dair bütün hakikate şamil olup, inancın dogmaları ve ah-lâkî emirler vahiye esastır. Bunun içine aynı zamanda kilisenin yapısı, Kurtarıcının öğretisi, kilisenin barışı korumanın yolları ve kilise düzeninin sağlanması hakkında öğretileri de dahildir. Mesih’in öğretisinin bu yanı hukukî bir özellik taşır. Kilise hukukunun ikinci maddi kaynağı kilisenin kendisidir.

Kanonlar: Kanonlara; Kutsal Havarilerin Kuralları, 6 Ekümenik ve 10 Yerel Konsey ile 13 Peder kanonu dahildir. Kanonlara Ekümenik Konseylerin kurallarının dahil olması açıklamaya ihtiyaç duymaz. Bu konseylerler ekümenik piskoposluk organı

olup, yüksek kilise iktidarının taşıyıcıları kilise öğretisine göre mutlaklıdır. Mutlaklığı, kilisenin mutlaklığından gelir.

Kilise mevzuatı. Kilise mevzuatı, eski zaman kanonlarıyla bitmemiş, gelişimi esas kanonların oluşmasından sonra da devam ettirmiştir. Fakat yerel kilise yönetimleri veya piskoposların oluşturduğu yasama işlemleri, artık genel kilise otoritesine sahip değillerdir. Kullanımı ise psikoposların veya otosefal kilise ile sınırlıdır.

Gelenek. Kilisenin hukuk alanı, yazılı kanunlarla belirlenmemiştir. Bu sebeple kilise hukukunun bir diğer türü de gelenektir. Gelenek, kilise bölgesi dışında faaliyet gösterir. Hukukçular geleneği, kanunun doğrudan yazılmasında değil, onun geleneksel, yetkili, gerekli olduğuna dair genel bir fikir üzerine belirlenmiş davranış tarzı olarak tanımlarlar. Örneğin kadim kilise kanunlarında vaftiz edilenle, çocuğu vaftiz teknesinden alan kişinin cinsiyetinin aynı olduğu belirtilir, fakat vaftizde vaftiz teknesinden çocuğu alan bir erkek, bir de kadının olması geleneği vardır. Bu gelenek orada bulunan erkek ve kadını manevî açıdan akraba yaparak, evlenmelerine engel olur. Bu engel, kanonlarda olmamasına rağmen yine de kilise bunu yasal bir norm olarak kabûl eder.

Kanon Otoritelerinin Fikirleri: Kilise hukukunun yardımcı kaynakları, kilise ve hukukî konular üzerine çalışan ünlü kanoncuların çalışmalarını içerir. Roma hukukunda otorite hukukçuların fikirleri (responsa prudentium) hukuk kaynağı hüviyeti taşımaktaydı. Onlar “Digest”e (I. Justinianus tarafından yazılan Bizans Hukuku) dahil edilmiştir. Roma hukuku örneğinde kilise işlerinde kanonları iyi bilenler büyük otorite sahibi kişilerdir. Onların yazdıkları (kanonların yorumlanması, soruların cevapları) kilise mevzuatına dahil edilmiştir Kilise İşleri ile İlgili Devlet Mevzuatı: Kilise mevzuatıyla beraber, kilise için de hukukun kaynağı aynı zamanda devlet mevzuatıdır. Kilise dış hukuk, yani onun devlet ve toplum içindeki yerine ilişkin devlet iktidarının

iradesi, egemen yasama kaynağıdır. Kutsal Kitapların Kanonları: Ortodoks kilisesinde Eski Ahit'in masoretik metninden başka Yunanca tercümesi olan Septuaginta da otantik metin sayılmaktadır. Yeni Ahit'te ise Yunanca nüsha otantik sayılmaktadır. Günümüzde birçok sinod baskısı olan Elizabeth İncil'i ise, Slav kiliseleri için yüksek bir otoriteye sahiptir. Yüz yıl önce tamamlanmış ve o zamandan sonra birçok kez yayınlanmış Rusça tercümesi de vardır.

Kanon Kitapları. Kilise kanonunun kaynağının çok olması, bilgilerin toplanarak kullanımını kolaylaştıracak şekilde kitap haline getirilmesini gerekli kıldığında, Ekümenik Konsil Dönemine ait kitaplar tasnif ve tanzim edildiler. Bu tasnifle kitaplar üç gruptan oluşuyordu:

- 1- Sadece kilise kurallarının olduğu kanonik metinler,
- 2- Sadece kilise işleri ile ilgili devlet kanunlarının olduğu sivil metinler
- 3- Her ikisindeki kanunların dahil olduğu karışık metinler.

3. Hukukî Normların Hiyerarşisi

Hukukî normların hiyerarşisi; yazılı kanunlar, gelenek ve yargı emsalleri, var olan kanunla benzerlikler, otorite kanoncuların fikirlerinden meydana gelir. Fakat en yüksek değer, kilise hukukunun birinci kaynağı olan Tanrı iradesinden gelen normlardır.

Kilise Hukukunun Düzenlenmesi: Kilisenin Yapısı ve İçeriği. Kilise, Tanrı karşısında eşit olan ve cennet için aynı umuda sahip kardeşliklerden ibarettir. Kilise mensupları kendi aralarında milliyet, dil ve sınıfsal farklılıklarıyla değil, inanç ve manevî hayatın vahdetiyle birbirlerine bağlıdırlar. Vaftiz Edilmenin Sırrı: Medeni hukukta doğum ne ise, kilise hukukuna göre vaftiz edilme de odur. Bu nedenle vaftiz edilme, ikinci defa manevî bir doğuş olarak kabûl edilmektedir. Vaftiz edilme tekrarlanamaz, bu nedenle kim ve ne olursa olsun tekrar vaftiz eden bir rahip cezalandırılır. Vaftiz töreni, çocuğun "Kutsal Üçlü" ile üç kere suya

sokulmasıyla yapılır. Ortodoks kiliselerinde Kutsal Kitapta yazılı olmayan “su dökme” veya “serpme” ile vaftiz yapılmaz. Ayinler için temiz doğal su kullanılır. Vaftiz töreni ayinlerini gerçekleştirenler piskoposlar ve rahipler olmalıdır. Eğer rahibin dikkatsizliğinden dolayı bir kimse vaftiz edilmeden ölürse, ebeveynler de, rahip de kilise cezasına çarptırılır (“Büyük Trebnik’te Nomokanon”, s.68). Vaftiz törenine akli dengesi yerinde olmayan ve iradesiz kişiler alınmaz, istisnai durum ölüm tehlikesinin olmasıdır.

Kilisenin Hukukî Ehliyetini Kaybetmesi: Ortodoks olarak ölen kimseler, kilise cemaati mensubu olarak kalırlar. Ancak onlar artık dünyevî ve yerel kilise mahkemesine ait değil, gökyüzündeki mahkemeye aittirler. Bu bağlamda hristiyanların kiliseye bağlı hukukî ehliyetleri öldüklerinde sona erer. Bunun dışında kilisenin hukukî ehliyeti, bir kimsenin kiliseden uzaklaştırılması yahut aforoz edilmesiyle son bulur. Vaftiz edilme ömürlüktür. Bu nedenle kiliseden uzaklaştırılan veya aforoz edilen kişi tövbe ederek kiliseye geri dönebilir.

Bu çerçevede kilise cemaatine mensubiyet, kilisenin yapısı (hiyerarşi, kutsal emirler, din adamları, onların görevleri ve hakları) hakkında normlar yer alır.

Kilisenin Üst Otoritesi: Ortodoks öğretisi, en yüksek otorite olarak Tanrı’dan başkasını tanımaz, o kilisenin yöneticisidir; fakat bu durum kilisenin insan eliyle yönetime sahip olmadığı anlamına gelmez. Bu tür bir iktidarın taşıyıcıları, ekümenik piskopos yani havarilerin halefleridir.

İnanç Sembolleri: Kilise, temizliğini ve değişmezliğini korumak için varlığının başından itibaren öğretilerinin kısa özetlerine yani sembollerine baş vurmuştur. Kiliseler genel kabulünü “Nicene Creed” sembolü almış, kiliseye göre her Ortodoks hristiyanın buna inanması zaruridir. Ortodoks öğretisinin daha detaylı anlatımı “piskopos yemini” olarak adlandırılan “İtiraf ayini ve piskoposun vaadi”nde yer alır. Kilisede yüksek otoriteye sahip kitaplar, kilise tarafından yeni dönemde yayınlanan

kitaplar olup, bunlar; özellikle metropolit Pyotr Mohyla ve Filaret'in "İlmihaller"iyle, 1672'de Kudüs Konsey derlemesi olan "Ortodoks Katolik Kilisesi Patrikleri'nin Ortodoks İnancı Üzerine Yazı"larıdır.

İbadet Düzeni, Tapınakların Kurulması ve İkonografi: Tanrı liturjisi ve diğer ibadetler tapınaklarda icra edilir. Tapınağın inşası veya yeniden yapılması piskoposun iznine tabidir. Kilisenin yeri özel dualar ve kutsal ayinlerle, sunağın yerine haçın koyulmasıyla tasdik edilir.

Kilise Takvimi: Tanrıya ibadet kuralların belirlendiği zamanlarda yapılır. Topluma açık ibadetler ise haftanın belirli gün ve zamanlarında yapılır. Yıl içinde bayramlar ve oruçlar vardır. Bayramlar derecelere göre seçilir. Evlilikler; Çarşamba, Cuma ve Pazar günleri yapılır, fakat özel dini bayramlar da örneğin Noel, oruç zamanı, peynir haftası, Aydınlık Haftası, Kutsal Haçın Yükselişi ve Vaftizci Yahya'nın Başının Kesilmesi tarihlerinde yapılmaz.

Hristiyan Ölümü. Kutsalların Anılması. Ölenlerin Defnedilmesi: Hristiyan öğretisine göre insanların ruhu ölümsüzdür; bedenden ayrılışlar bile onlar yaşamaya devam eder. Bu inanç çerçevesinde ölüme, ölenin defnedilmesine, anılmasına, kutsalların anılmasına yaklaşılr. Mezarlıklar belirli bir sıraya göre yapılır. Mezarlığın etrafı hayvanların giremeyeceği şekilde yüksek ve sağlam duvarla çevrilir. Ölümünden önce tövbe etmeyen, kilise ile barışmak istemeyen veya intihar edenlerin anılması yasaktır. Kilise, sadece kendine mensup olanları anar.

Evlilik Ayinleri: Ayinler, hristiyan öğretisine göre kutsaldır ve bu yolla Tanrı onları kutsar. Ortodoks kilisesi kanonik kitapta evliliği şöyle tanımlar: "Evlilik bir kadınla, bir erkek arasındaki Tanrı ve insan hukukunun iştirakiyle olan bir ittifaktır". Evlilik için sadece erkek ve kadının rızası yeterli değildir, bu nedenle izdivaç toplumun kontrolü altındadır. Evliliğin hristiyanlar için bir ayin olduğunu varsayan kilisenin, evlilik hukukunda evlilik

için gerekli olan şartlar vardır. Bu şartların eksikliği evliliğe engeldir. Engeller mutlak olabilir (örneğin evli bir kişinin tekrar evlenmesi yasaktır) yani kişi, kiminle olursa olsun evlilik yasaklanır veya şartlı engel vardır, mesela akrabalık ilişkisinden dolayı evlilik yasaktır. Bunun yanında evliliği imkânsız kılan veya boşanmayı gerektiren farklı engeller de vardır. Bazı durumlarda boşanma gerekli olmasa da, eşler ve nikahı kıyan rahip kanonik ceza alırlar.

Eşlerin Karşılıklı Görevleri: Karı ve koca birbirini sevmeli ve birbirilerine sadık olmalılardır. Eş sadakatini korumak, kadının ve erkeğin görevidir. Hristiyan evliliği, ihanet sebep olmadığı sürece son bulmaz.

Boşanma: Eşlerden birinin ölmesi dışında evliliğin bitmesi boşanmadır- boşanma kilise ve medeni hukukla gerçekleştirilir. Ortodoks kilise hukuku, suçlu olan tarafın bir daha evlenmesini yasaklar. Günümüzde boşanmalar mahkemelerde gerçekleşmiş olmasına rağmen, bu Ortodoks bir hristiyanın piskopos mahkemesinden azat etmez. Kilise iktidarı bu durumda detaylı araştırma yapmaz, eşlerin ifadelerine ve medeni kanunun sonucuna bakar.

4. Kilisenin Devlet Otoritesi. Kilise Mevzuatı

Kilise iktidarını öğretim, kutsal faaliyetler ve devlet iktidarı olarak üçe ayırmak gerekir. Kilisenin devlet otoritesi resmîyetle laik devlet iktidarı ile benzerlik gösterir; bu nedenle faaliyetinde devlet iktidarı gibi: Yasama ve kurucu, İdari, Adli yanı vardır. Kilise kanunlarının uygulanması ve bağlayıcı gücü, kilise kanunlarının uygulanması için belirli şartlara uygun olması, içeriğinin meşru iktidar tarafından yayınlanması ve kilisenin temel kanunlarına uyması gerekir. Dıştan, onu meşru kılmak için halka açıklanması, yayınlanması gerekmektedir. Kanunların halka açıklanması, resmi kilise yayınları kanalıyla yapılır. Kanun her zaman yayınlandığı anda meşru sayılmaz; bazen belirli bir süre

tanınır ve süre bittiğinde kabul edilir. Bu süre, kanunla genel olarak tanışmak için belirlenir.

Kilise Mahkemesi: Yargı, dini iktidarın bir parçasını oluşturur. Kilisenin yargı faaliyeti çok yönlüdür. Günah çıkarmada ortaya çıkan günahlar, günah çıkaran papazın mahrem mahkemesine tâbidir; kendi görevlerini ihlal eden din adamların günahları halka açık cezalara tâbidir. Kilisenin devletten ayrılma kanunundan sonra din adamlarının ceza ve hukuk davaları laik mahkemelerde görülür. Bundan sonra kilise mahkemeleri halkın hiçbir sorununa bakamaz. Din adamlarının görevlerini ihlâl ve ihmâl etmeleri kilise mahkemelerine ait olup, bu tür ihlaller medeni hukukta suç sayılmamaktadır. Onun dışında din adamlarının işlediği suçlara medeni hukuk çerçevesinde mahkemeler bakar. Kilise mahkemelerinin yetki alanına medeni hukukta çözülmüş, fakat kilisenin de çözmesi gereken davalar da dahildir, örneğin boşanma davası gibi.

Kilise mahkemeleri, modern devletlerde her yerde idarî ve yasama gücünden bağımsız olan laik mahkemelerin aksine, kanon hukukunda bu prensip yoktur. Kanonlara göre yargının gücü, yönetici olan piskoposun elindedir. Fakat yetkiye sahip olan piskopos, din adamları ve kilise cemaatinin yargılanmasını tek başına değil, yanındaki rahiplerle yapar. Rus Ortodoks kilisesinin idaresine ilişkin mevcut tüzüğe göre, kilisenin birinci dereceden mahkemesi, piskoposluk konseyidir. Piskoposlar arasındaki anlaşmazlıklar ve Kutsal Sinod tarafından konseye havale edilen bütün yargı davaları, ikinci aşamadaki Piskoposlar Konseyi mahkemesine tâbidir. Piskoposlar Konseyi Patrik'in faaliyetlerindeki dogmatik ve kanonik sapmaları değerlendirme yetkisine sahiptir.

Patrik'in suçlamalarıyla ilgili ikinci yargı organı, ikinci ve son aşama, genel olarak Piskoposlar Konseyi tarafından nihai bir karar için kendisine intikal eden bütün davaları bakan Yerel Meclis'tir.

Kilise Cezaları: Suçlu cezalandırılır. Piskoposlar mahkemesi veya günah çıkaran papazın mahrem yargısında dinî mahkemelerin hüküm verdiği cezaların özelliği, intikam almak veya kilise cemaatini suç işlemekten korumak değil, günahkârları iyileştirmektir. Burada müminlerin ve din adamlarının cezaları farklıdır. Kilise cezalarının önemli yanı, kilise kanonlarını çiğneyen bir kişi, kilisenin bazı haklardan mahrum edilir. Kilise cezalarının adı da buradan gelmektedir: aforoz. Kilise cemaatinden tamamen atılarak ya tam aforoz edilir ya da kilisenin bazı haklarından yararlanılmasından men edilir. Aforoz edilme ağır suçlar için geçerlidir: sapkınlık, dinden dönme, kutsallara hakaret gibi. Bu tür davranışlarda suçlu kiliseden kovulur. Yine de aforoz iyileştirici yönünü taşır, çünkü bu ceza kaldırılamaz bir cezadır. Eğer aforoz edilen kişi, işlediği suçlardan pişman olup, tövbe ederse, kilise onu reddedemez. Kilise cezalarının özel bir şekli de, akli dengesi yerinde olduğu halde intihar eden kişilerin cenaze törenlerinin yapılmasının yasak olmasıdır. Din adamlarına daha farklı cezalar uygulanır. Din adamlarının dini görevlerini yerine getirmeme, günah veya suç işlemede alacakları cezalar, sıradan insanlarla benzerlik gösterir. Din adamlarının rütbeleri elinden alınarak, ibadet yasağı getirilirken, sıradan insanlar aforoz edilir veya kısmen kiliseden uzaklaştırılır. Din adamı için en ağır ceza, rütbesinin elinden alınmasıdır. Bu ceza bir kere uygulandığında, bir daha o rütbe geri alınamadığı gibi, ceza da iptal edilemez. Rus Ortodoks kilisesinin disiplin uygulamalarında ibadet yasağı yaygındır. Rus kilise kanunlarına göre ibadet yasağı, rahiplerin ve diyakozların görevlerinden alınmaları veya tenzili rütbe eşeklinde uygulanır (göreve gelirken rütbesi elinden alınmaz) yada belirli süreliğine kefarete ödenebilir. Bu süre, ya doğrudan belirtilir ya da ceza alan kişinin tamamen düzelmesine kadar devam eder. Yasak, rütbe fark etmeksizin bütün din adamları için geçerlidir. Küfür, sözle birini incitme vs. gibi hafif suçlarda kutsal ayinlere katılması yasaklanır.

Kilise veya kanon hukuku modern Avrupa hukuk sisteminin oluşumunda önemli rol oynamıştır. Kilise hukuku Avrupa'da ilk uluslar üstü hukuk sistemi olmuştur. Oluşturduğu kurumlar ve yasal prosedürler, daha sonra oluşturulan Avrupa ulusal hukuk sistemlerinin temelini teşkil eder.

Karmaşık, kolektif bir olgunun parçası olan kilise hukuku, kilise içinde tamamen bağımsız bir hukuk sistemi olarak kalmaya devam etmektedir.

Kaynakça

- Абаринов. В.** Тотем и табу. 2005 // http://www.grani.ru/Polilics/World/US/Us_polilics/m.91174.html.
- Абдул Кави Юсуф С. М.** "Плата за кровь" в обычном праве племен Йафи (в сопоставлении с горцами Кавказа) // Обычай, символ, власть. М.: Ин-т Африки РАН, 2010.
- Абдуллаев К.** От «тирании кузенов» к единению и развитию. http://Avwww.knyazev.org/bibliao/tiran_smits.pdf.
- Абрамян А. А.** Мифы о начале и проблема первого табу // Этнокультурные процессы в современных и традиционных обществах. М., 1979.
- Авенариус Т.** Жертва неписаного закона. Крестный отец Санкт-Петербурга погиб за нарушение воровского закона. 2007 // http://matloso.flybb.ru/archive/o_t/t_157/view_previous/index.html.
- Александров В. А.** Обычное право крепостной деревни Российской XVIII — начала XIX века. М.: Наука, 1984.
- Алексеев Н. Н.** Основы философии Ирана, СПб.: Лань, 1999.
- Алексеев С. С.** Восхождение к праву. Поиски и решения. М, 2001.
- Алексеев. С.С.** Общая теория права. Т. 1. М., 1981.
- Аллен Т.** От «неформальных секторов» к «реальным экономикам» Африки // Неформальная экономика. Россия и мир. М.: Логос, 1999.
- Андреева Л. Д.** Религия и власть в России. М.: Ладомир, 2001.
- Анохин А. П.** Узловые вопросы в изучении высшей нервной деятельности. М., 1949.
- Аристотель,** Политика; Сочинения. Т. 4. М., 1983.
- Артемов,** Суды над животными // Всеукраинский журнал «Мгарский колокол», 2008. <http://www.mgarsky-monastery.org/kolokoi.php>.
- Артемова О. Ю.** Личность и социальные нормы в раннеперво-

- бытной общине, М: Наука, 1987.
- Арташастра.** Пер. текста В. И. Кольянова. М, 1950.
- Архангельский С. Ф., Шпигель М. Л.** Kitabская волость. Кашка-Дарьинская область УзССР // Современный кишлак Средней Азии, Вып. 3. Ташкент, 1926.
- Афанасьев А. Н.** Древо жизни. М.: Современник, 1983.
- Ачебе Ч.** Стрела бога. М., 1979.
- БаальЕ. Г.** В конфликте с законом // По неписаным законам улицы. М., 1991.
- Байбурин А. К.** Ритуал в традиционной культуре, Л., 1993
- Байниязов Р. С.** Правосознание и российский правовой менталитет// Правоведение, 2000. № 2.
- Баранов В. М.** О теневом праве // Новая правовая мысль. 2002. № 1.
- Баранов Н. А.** Политические отношения и политический процесс в современной России: Курс лекций: В 3 ч. СПб.: БГТУ, 2004.
- Баглер У. Э.** Русское право к 1800 году глазами иностранцев: некоторые размышления // Вестник Московского Университета. Серия 11: Право. 1996. № 3.
- Белкин А. А.** Обычаи и обыкновения в государственном праве// Правоведение. 1998. №1 1.
- Белов В.** Лад// Избранные произведения. Т. 3. М., 1984.
- Беляев И. Д.** Лекции по истории русского законодательства, М., 1879.
- Бенда-Бекманн К.** Правовой плюрализм // Человек и право: Книга о летней школе по юридической антропологии. М., 1999.
- Бергер П., Лукман Т.,** Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995.
- Берман Г. Дж.** Вера и закон: примирение права и религии. М., 1999.
- Берман Г. Дж.** Западная теория права. Эпоха формирования. М., 1998.

- Бидни Д.** Культурная динамика и поиски истоков // Антология исследований культуры. Т. 1.
- Благоволин С.** Тейповое и родовое сознание чеченцев. 5 июня 2009. <http://traditio.ru/wiki>.
- Блуд на Руси.** М.: Колокол-Пресс, 1997.
- Боас Ф.** Ум первобытного человека. Госиз, 1926.
- Бобровников В. О.** Теория и практика правового плюрализма для Северного Кавказа XIX-XX вв. Юридическая антропология. Закон и жизнь. М: Стратегия, 2000.
- Бобровников В. О.** Шариатские суды на Северном Кавказе // Отечественные записки. 2003. № 5.
- Большая энциклопедия** / Под ред. С. Н. Южакова. Т. 15: Право. СПб., 1904.
- Бонгард-Левин Г. М., Антоном К. А., Котовский Г. Г.** История Индии. М.: Мысль, 1973.
- Вотяков Ю. М. Аяман.** Социально-экономические аспекты института набега у туркмен (середина XIX— первая половина XX в.). МАЭ РАН. СПб., 2002.
- Вотяков Ю. М.** Институт насилия в политической культуре туркмен; традиция и современность // Антропология насилия. СПб.: Паука, 2001.
- Бочаров В. В.** Антропологическая наука и общество // Журнал социологии и социальной антропологии. 2000. Т. 3. № 1 (а).
- Бочаров В. В.** Антропология возраста. СПбГУ, 2000 (б).
- Бочаров В. В.** Антропология насилия, СПб.: Наука, 2001(6).
- Бочаров В. В.** Власть. Традиции. Управление. Попытка этно-исторического анализа политических культур современных государств Тропической Африки. М., 1992.
- Бочаров В. В.** Российская власть в антропологической перспективе // Полис. 2011, №6 (г).
- Бочаров В. В.** Интеллигенция и насилие. Антропологический аспект // Антропология насилия. СПб.: Наука, 2001 (а).
- Бочаров В. В.** Правосознание и закон: от Африки к России

// Манифестация; Учебно-теоретический журнал ленинградской школы африканистики. СПбГУ, 2001 (в).

Бочаров В. В. Обычное право собственности и «криминальное государство» в России // Журнал социологии и социальной антропологии. 2004. Т. 7. № 4.

Бочаров В. В. Власть и время в культуре общества // Антропология власти. Власть в антропологическом дискурсе: Хрестоматия по политической антропологии. СПбГУ, 2006 (а).

Бочаров В. В. Истоки власти // Антропология власти: Хрестоматия по политической антропологии. Т. 1. СПбГУ, 2006 (б).

Бочаров В. В. Политическая антропология как наука // Антропология власти: Хрестоматия по политической антропологии. Т. 1. СПбГУ, 2006 (в).

Бочаров В. В. Россия: молодость против старости? Антропологический аспект // Антропология власти: Хрестоматия по политической антропологии. Т.1. СПбГУ, 2006 (г).

Бочаров В. В. Символы власти или власть символов // Антропология власти; Хрестоматия по политической антропологии. Т. 1, СПбГУ, 2006 (д).

Бочаров В. В. Иррациональность и власть в политической культуре России // Антропология власти: Хрестоматия по политической антропологии. Т. 2. СПбГУ, 2007 (а).

Бочаров В. В. Колониализм: общественные и культурные процессы// Антропология власти: Хрестоматия по политической антропологии. Т.2. СПбГУ, 2007 (б).

Бочаров В. В. О культурно-психологических истоках русского тоталитаризма // Антропология власти; Хрестоматия по политической антропологии. Т. 2. СПбГУ, 2007 (в).

Бочаров В. В. Россия: Культура против Цивилизации // Социологический диагноз культуры российского общества. СПб., 2008.

Бочаров В. В. Об истоках «правового нигилизма» на Востоке (и в России)//Вестник Санкт-Петербургского университета.

Сер. 13: Востоковедение, африканистика, 2009.

Бочаров В. В. Россия: «правовой нигилизм» и «неписанный закон» (постановка проблемы) // Российское общество в современных цивилизационных процессах (IV Всероссийская конференция по истории российской социологии). СПб.: Ингерсоцис, 2010.

Бочаров В. В. Антропология, социология и востоковедение // Введение в востоковедение. СПб.: Каро, 2011 (а).

Бочаров В. В. Право на Востоке // Введение в востоковедение. СПб.: Каро, 2011 (б).

Бочаров В. В. Экономика Востока в антропологической перспективе // Введение в востоковедение. СПб.: Каро, 2011 (в).

Бочаров В. В., Рябикин А. И. Обычное право собственности в российском политическом дискурсе в периоды реформирования отношений собственности на землю // Журнал социологии и социальной антропологии. 2005. № 1.

Бочаров В. В. Женщина как ресурс мужской власти // Теория и методология архаики. Лидерство в архаике: условия и формы проявления. СПб.: МАЭРАН, 2011 (д).

Брайан А. Зулусский народ до прихода европейцев. М., 1953.

Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Кн. 1: Общие положения. М., 1998.

Брандт Г. Права женщин и тендерные стереотипы в России. Екатеринбург, 2000. www.prof.msu.ru/publ/conf29.htm.

Бромлей Ю. В. Этнос и этнография. М., 1973.

Бурлацкий Ф. М. Вожди и советники. М.: Политиздат, 1990.

Бутовская М. Л. Этология человека на пороге XXI века: новые данные и старые проблемы. М., 1999.

Быт великорусских крестьян-землепашцев: Описание материалов этнографического бюро князя В. Н. Тенишева. На примере Владимирской губернии. СПб.: Издательство Европейского Дома, 1993.

Бэрроу А. М. Амулеты, духи: магия и народные поверья как

элементы обычного права среди подростков Лос-Анжелеса // Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах. М., 1997.

В администрации Нижневартовска выявили кумовство и признаки коррупции. <http://www.ura.ru/content/khanti/02-07-2010/news/1052116295.html>.

В чем заключается несправедливость чак называемого старчества в РПЦ МП // Форум миссионерского портала диакона Андрея Кураева. Православный раздел. <http://kuraev.ru/smf/mdex.php?topic=340272.msg4175663#msg4175663>.

Валеев Д. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Правоведение. 1974. №6.

Васильев Л. С. Традиции и проблема социального прогресса в истории Китая // Роль традиций в истории и культуре Китая. М., 1972.

Васильева Л. Кремлевские жены. М., 1992.

Величко А. М. Государственные идеалы России и Запада. Параллели правовых культур. СПб.: Издательство Юридического института, 1999.

Венгеров А. Б. Теория государства и право; Учебник для юридических вузов. М.: Юриспруденция, 2000.

Беременно В. А. Семья в обход закона // Военно-исторический журнал. 2006. № 3. <http://www.mil.nj/viz-03-06-55-59.pdf>.

Бертлиб Е. Русское от Загоскина до Шукшина. СПб., 1992.

Верховный Совет СССР / Очи, ред. М. П. Георгадзе. М, 1975.

Виноградов П. Г. Очерки по общей теории права. СПб., 1915.

Виноградова Е. Месть семьи страшнее, чем тюрьма // СПИД-ИНФО. 2000. № 8.

Владимирский-Буданов М, Ф. Обзор истории русского права. СПб., 1907.

Власова И. В. Община и обычное право у русских крестьян Северного Приуралья (XVII-XIX вв.) // Русские: семейный и общественный быт, М., 1989.

Власенко Л. Н. О неписаных законах // Белые азиаты Прибайкалья. <http://www.irkcao.ru/stat/stat204.html>.

Вундт В. Миф и религия. СПб., 1911.

Выготский Л. С., Лурия А. Р. Этюды по истории поведения. Госиз., 1930.

Выготский Л. С. Проблемы развития психики // Собрание сочинений. Т. 3. М., 1983.

Выготский Л. С. Психология искусства. М., 1968.

Вышинский А. Я. Вопросы теории государства и права. М.: Госюриздат, 1949.

Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. СПб., 1911.

Галанза П. П. История государства и права зарубежных стран. М., 1961.

Гегель. Философия права. Соч. Т. VII. М., 1934.

Геодакян В. А. Дифференциальная смертность и норма реакции мужского и женского пола: Онтогенетическая и филогенетическая пластичность // Журнал общей биологии. 1974. Т. 35. № 3.

Геодакян В. А. Половой диморфизм и «отцовский эффект» // Журнал общей биологии. 1981. Т. 42. № 6.

Геодакян В. А. Роль пола в передаче и преобразовании генетической информации // ППИ. 1965. Т. 1. №1.

Геодакян В. А. Эволюционная роль разделения на два пола с точки зрения кибернетики // Наука и жизнь. 1966. № 3.

Гердер И. Г. Избранные сочинения. М.;Л.: Издательство худ. лит., 1959.

Гиренко Н. М. К диалектике пола в структуре первичного социума // Антропология власти: Хрссюматия по политической антропологии. СПбГУ.2006.ГЛ.

Гиренко Н. М. Социология племени. Л.: Наука, 1991.

Грот Л. П. Алгебра родства и практика призвания правителя «со стороны» в европейской истории // Алгебра родства, МАЭ

РАН, 2009. Вып. 12.

Гофман А. И. Социальная антропология Марселя Мосса. 1996.
<http://www.ecsocman.edu.m/data/657/651/1219/goffman-mause-stat-1.doc>.

Грачева Г. Традиционное мировоззрение охотников Таймыра. Л.: Наука, 1983.

Гримм Д. К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм. СПб, 1896.

Губерман И. Прогулки вокруг барака. М.: Эксмо, 2003.

Гуревич А. Я. Историческая наука и историческая антропология // Вопросы философии. 1988. № 1,

Гуревич А. Я. Категории средневековой культуры. М.: Искусство, 1972.

Гуревич А, Я. Право и обычай // Гуревич А. Я. Категории средневековой культуры. Избр. труды. Т. 2. ЦГНИИ РАН. 1999,

Гуревич А. Я. Проблемы средневековой народной культуры. М., 1981.

Гусев Л. Модернизирующийся трайбализм. АПН. 2005. <http://www.apn.k7/publications/article76.htm>.

Давид Р. Основные правовые системы современности. М.: Прогресс, 1967.

Давид Р. Различные концепции общественного порядка и права // Отечественные записки. 2003. № 2. http://magazines.russ.ru/oz/2003/2/2003_2_28-pr.html.

Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. М., 1978.

Дамешек Л. М., Труфанов М. П., Щапова Л. В. История Усть-Ордынского бурятского автономного округа. М., 1995.

Даниленко Г. М. Обычай в современном международном праве. М., 1988.

Дженикс Э. Происхождение верховной власти. СПб., 1907.

Дмитриев С. В. Практика разорения могил в политической культуре тюрко-монгольских кочевников // Антропология на-

сия. СПб.: Наука, 2001.

Диасамидзе Г. И. Убийство на почве кровной мести по Советскому уголовному праву (по материалам Аджарской АССР). Дисс. канд. юрид. наук, 12.00.08. Свердловск, 1974.

Дигесты Юстиниана / Пер. И. С. Перетерского. М., 1984. С. 33-34.

Дидро Д. Добавления к «Путешествию» Бугенвиля // Избр. атеистич. произв. М.: Изд. АН СССР, 1956.

Доброе А. С. Правотворчество без законодателя // Иваново-Вознесенский юрид. вестник. 2001. № 5.

Дольник В. Вышли мы все из природы: Веселые о поведении человека в компании птиц, зверей и детей. М: Linka Press, 1998.

Домострой. СПб.: Наука, 1994 (Литературные памятники). <http://www.pereplet.ru/hist-mgu/Etext/domostr.html>

Дридзе А. Д. Братство по кораблю как вариант псевдородства // Алгебра родства. МАЭ РАН. СПб., 2005.

Думанов Х. М., Першиц А. И. Мононорматика и начальное право // Государство и право. 2000. № 1.

Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Одесса, 1900.

Еллинек Г, Общее учение о государстве. СПб., 1903, 1994.

Елпатьевский С. Я. Воспоминания за пятьдесят лет. Уфа, 1984.

Ефименко А. Я. Исследования народной жизни. М., 1884. Вып. 1

Ефимова Е. С. Субкультура тюрьмы: Современный городской фольклор. М., 2003.

Желобовский А. И. Семья по воззрениям русского народа. Воронеж, 1892.

Жидков О. А. Крашенинникова Н. А. История государства и права зарубежных стран. Ч. 2. М., 1998.

Загоскин Н. П. История права русского народа. Т. 1. Казань, 1899.

Законы Ману. М.: Юрист, 1960.

- Законы Ману. Перевод С.Д. Эльмановича. М.: Наука, 1992.
- Землепользование эвенов и эвенков в Сибири // Обычное право и правовой плюрализм в развивающихся обществах. XI Международный Конгресс ИЭА РАН. М., 1997.
- Зюков А. М.** Кровная месть: внеправовой обычай и государственно-правовая политика. Владимир, 2009.
- Иванов В. В., Топоров В. Н.** О языке древнего славянского права (к анализу ключевых терминов) // Славянское языкознание. VIII Международный съезд славистов. М., 1978.
- Ивутин Д.** Удастся ли японским ИТ спастись от краха? // CNews. Япония, 2007. <http://biz,cnews.ru/revicws>
- Иеродиакон Николай Сахаров. Учение архимандрита Софрония о старчестве: старчество и послушание в богословии архимандрита Софрония (Сахарова) // Журнал Института богословия и философии. СПб., 2001. № 10.
- Илле А.** Футбольный фанатизм в России: Фан-движение и субкультура футбольных фанатов // Молодежные движения и субкультуры Санкт-Петербурга (социологический и антропологический анализ), СПб., 1999.
- Исторический обзор деятельности Комитета министров. Т. 3. Ч. 1, СПб., 1902.
- История государства и права России; Учебник для вузов / Под ред. С. А. Чибиряева. 1998. http://www.gumer.info/bibliotek_BLiks/Pravo/lstPrav/45.php.
- История отечественного государства и права / Под ред. О. И. Чистякова. Ч. 1. М.: ВЕК, 1999.
- Кабонье Ж.** Юридическая социология. М., 1986.
- Кавелин В. Д.** Взгляд на юридический быт древней России // Современник. 1847. Т. 1.
- Каганович Л. М.** Памятные записки. Вагирус, 2003. <http://www.pseu-dology.org/Kaganovich/index.htm>.
- Кадзоев Н. Д.** История развития судебной системы Ингушетии. Назрань, 2006.

Калачев Н. Б. О значении Кормчей в системе древнего русского права / ЧОИДР, 1847. №3.

Калиновская К. П. Возрастные группы народов Восточной Африки. Л.1976.

Капелюшников Р. Российская модель рынка труда: что впереди? <http://old.polit.ru/documents/492230.html>.

Карасевич П. Л. Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии. М. 1875.

Карачайлы И. Статьи и очерки. Вопросы атеистической работы и борьбы с пережитками. Черкесск, 1984.

Карнаухов С., Малькевич Т., Олимниева И., Паченков О., Соловьева З., Титаев К., Титов В., Черемных Н. Неформальная экономика лесопользования в Иркутской области: социологический ракурс // Лесной бюллетень. № 28. Июнь 2005. <http://www.forebt.ru/rus/bulletin/28/4.ritm>.

Карпов Ю. Ю. Женский лик Кавказа // Антропология власти: Хрестоматия по политической антропологии. СПбГУ, 2006. т. 1.

Кассирер Э. Философия символических форм // Культурология XX века М., 1995.

Качоровский К. Р. Народное право. М., 1906.

Кашелкин А. Б., Овчинский В. С. По неписаным законам улицы... // По неписаным законам улицы. М., 1991.

Киндрова Л. В ритмах Черной Африки, М., 1985.

Кистяковский Б. А. В защиту права//Вехи. М., 1991.

Кистяковский Б. А. Социальные науки и право (очерки по методологии социальных наук и общей теории права). М., 1916.

Клейн Л. С. История антропологических учений. Лекции, прочитанные на этнологическом отделении Европейского университета СПб. в 1995-1998 гг. Ншпубл.

Ключевский В. О. Курс русской истории. СПб., 1904. Ч. 4.

Клятвы и их функции в криминальных кругах: Клятвы в криминальных группах, <http://crimnalnaya.ru/publ/122-1-o-1> 114.

Ковалевский М. М. Современный обычай и древний закон. Т. 1, 2 (а, б). СПб., 1886.

Ковлер А. И. Антропология права и правовой плюрализм. 2002.

Ковлер Д. И. Антропология права, М.: Норма, 2001,

Кознова И. Е. Крестьянские представления о земельной собственности; история и современность // Собственность в XX столетии. К 80-летию академика В. А. Виноградова. М., 2001,

Колесников Е. В. Обычай как источник советского государственного права // Правоведение. 1989. № 4.

Колмыков П. Символизм права вообще и русского в особенности. СПб., 1839.

Колоницкий В. И. Антибуржуазная пропаганда и «антибуржуазное» сознание // Отечественная история, 1994. № 121.

Кон И. С. Введение в сексологию. М.: Медицина, 1988.

Концевский В. Не уйти мне от политики // Смена. 10 июля 1991.

Контарини А. Рассказ о путешествии в Москву в 1476-1477 гг. // Россия глазами иностранцев в XV-XVII вв. Л., 1986.

Кончаловский А. «Непотизм» как кадровая политика// http://pcak.ru/works/publication5/2008/03/20/publications_11.html.

Коростовцев М. А., Кацнельсон И. С., Кузинщин В. И. Хрестоматия по истории Древнего Востока в 2-х частях, М., 1980.

Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1914,

Косвен М. О. Преступление и наказание в до государственном обществе. М.;Л., 1925.

Костомаров Н. И. Русская история в жизнеописаниях ее важнейших деятелей. 1873-1888. Кн.1. Вып.1-3.

Кочакова Н. Б. Понятие «раннее государство». Раннее государство и вожество // Антропология власти. Политическая культура и политические процессы. Т. 2. 2007.

Крадин Н. Н. Вожество по данным археологии и этнологии // Антропология власти: Хрестоматия по политической антро-

пологии. СПбГУ, 2007. Т. 2.

Крадин Н. Н. Кочевые общества. Владивосток. Дальнаука, 1992.

Крадин Н. Н. Половое неравенство // Антропология власти: Хрестоматия по политической антропологии. СПбГУ, 2006. Т. 1.

Краснов П. Н. На внутреннем фронте // Архив русской революции. Т. 1. Берлин, 1921.

Крашенинникова Н. А. Индусское право, история и современность. М., 1988.

Кром М. М. Историческая антропология. СПб., 2000.

Крылов А. Б. Постсоветская Абхазия. Традиции. Религия. Люди. М., 2000,

Ксенофонтова Н. А. Женщина как действующее яйцо африканской истории. Взгляд сквозь пространство и время // Антропология власти. Хрестоматия по политической антропологии. СПбГУ, 2006. Т. 1.

Куббель Л. Е. Древнейшее сообщение о соправлении брата и сестры у африканских народов // Советская Этнография. 1960. № 6.

Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М.: Юристъ, 1995.

Кулагин М. И. Предпринимательство и право: Опыт Запада // Классики российской цивилистики. Избранные труды, М., 1997.

Кулик С. Ф. Африка — по следам событий. М., 1983.

Куликов В. Н. Психология внушения. Иваново, 1978.

Кычанов Е. И. Ли и право // Этика и ригуал в традиционном Китае. М., 1988.

Лазарев В. В. Всемирная история государства и права. М.: Юрист, 1996.

Левенстим А. А Суевение в его отношении к уголовному праву // Журнал министерства юстиции. 1909.

Легурно Ш. Эволюция рабства. Типография т-ва И. Д.Сытина, 1897.

Лившиц Р. Теория права. М.: БЕК, 1994. <http://www.kursach.coin/biblio/0010008/03.htm>,

Ломакина И. Б. Обычное право; институциональный аспект. СПб.:Астерион,2005.

Ломброзо Ч. Женщина преступница и проститутка <http://lib.ru/DPEOPLE/LOMBROZO/women.txt>).

Combe et Tamisier. Voyage en Abyssinie. 1839, V.2. P.116.

Лоренц К. Эволюция ритуала в биологической и культурной сферах// Природа. М., 1969. №11.

Луковская Д. И. Социологическое направление во французской теории права. Л., 1972.

Лукреций Т. О природе вещей. М.; Л.: Художественная литература,1983.

Лурня А. Р. Об историческом развитии познавательных, процессов. М., 1974.

Лыткина Т. С. Трансформация семьи и домашнего хозяйства. Опыт социо-этно логического описания жизни табасаранцев // Социс. 2008. № 5. http://www.ecsocman.edu.ru/image4/pubs/2009/01/12/0000327054/Lytkina_14.pdf.

Максимов С. В. Сибирь и каторга//Избранное. М., 1981.

Малиновский Б. Научные принципы и методы культурного изменения // Антология исследований культуры. Т. 1. СПб.: Университетская книга, 1997.

Мальцев Г. В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории и практики. Ростов-н/Д., 1999,

Мальцев Г. В. Социальные «снования права. М.: Норма, 2006.

Марков Б. В. Философская антропология: очерки истории и теории. СПб.: Лань, 1997.

Маркс К. Капитал // Маркс К. и Энгельс Ф. Сочинения. Т. 25. Ч.

1, Маркс К. Критика Готской Программы // Маркс К. и Энгельс Ф. Сочинения. Т. 19. Изд-с 2.

Марксистско-ленинская общая теория государства и права: В 4 т. Т. 1: Основные институты и понятия, М., 1970.

Медведев поддержал идею создания Совета старейшин на Северном Кавказе // Взгляд. 2010. <http://vz.ru/news/2010/5/19/403371.html>.

Мейер Д. Русское феодальное право, СПб., 1861.

Микешина Л. А. Философия познания. Полемиические главы. М., 2002.

Мисюгин В. М., Чернецов С. Б. История галла» как эти о исторически и источник // Африка. 1978. Вып. XI.

Мисюгин В. М. Становление цивилизаций. СПб., 1998.

Монтень М. Опыты. В 3-х кн. Изд. 2-е АН СССР. Л., 1958.

Мордовцев А.Ю. Юридическое мышление в контексте сравнительного правоведения: культурноантропологические проблемы // Правоведение. 2003. № 2.

Морошкин Ф. Об Уложении и последующем его развитии. М., 1839.

Мосс М. Очерк о даре // Общества. Обмен. Личность: Труды по социальной антропологии. М.: Восточная литература, 1996.

Муромцев С. А. Очерки общей теории гражданского права. Ч 1. М., 1877.

Муромцев Г. О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки // Советское государство и право. 1989. № 6.

Мэн Г. Древнее право. СПб., 1873.

Мэн Г. Древний закон и обычай. М., 1884.

Найшуль В. А. Обычное право и судебная либерализация. 20. 02. 1994, http://www.libertanurn.ru/libertarium/_libnaul_judlib.

Найшуль В. А. Либерализм, обычные права и экономические реформы // Институт свободы. Московский либертариум. Библиотечка Либертариума. Октябрь 1991 г. <http://www>.

libertarium.ru.

Нерсисянц В. С. Предисловие к «Юридической антропологии» Н. Рулана. М.: Норма, 1998.

Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. М., 1996.

Новгородцев П. И. О своеобразных элементах русской философии права // Новгородцев П. И. Соч. М., 1995.

Новикова Н. И. Договор в культуре обских угров // Homo Juridicus. ИЭА РАН. 1997.

\376\

Новикова Н. И. Прикладная антропология как научное направление // Антропология социальных перемен. М., РОССПЭН, 2011.

Нуреев Р. М. Периферия мирового хозяйства: проблемы догоняющего развития // Вестник Ростовского университет. 2004. Т. 2. № 4.

Ольдерогге Д. А. Иерархия родовых структур и типы болыне-семейных домашних общин // Социальная организация народов Азии и Аф-рики. М., 1975.

Омаров М. Трайбализм как зеркало кыргызской политики, или Феномен трайбализма у кыргызов. 01:00 03.07.2007. <http://www.centrasia.ru/newsA.php?st=1183410000>.

Основной закон ФРГ // Современные зарубежные конституции: Сборник документов. М, 1996.

Павлов И. П. Полное собрание сочинений. Т. 3, Ч. 2. Л.; М., 1951.

Панеш Э. Традиции в политической культуре народов Северного Кавказа // Этнические аспекты власти. СПбГУ, 1995. С. 3-13.

Партийная этика: Дискуссии 20-х гг, М. 1989.

Партия регионов поощряет кумовство, если речь идет о «талантливых людях». 22.06.2010. <http://www.rupor.info/news-politika/2010/06/22/partija-regionov-pooshhrjaet-kumovstvo>

esli-rech-i.

Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. М.: Зерцало, 2003.

Первая сессия Верховного Совета СССР: Стенограф, отчет. М., 1938.

Первая сессия Верховного Совета СССР (одиннадцатый созыв). М., 1984.

Першиц А. И., Смирнова Я. С. Юридический плюрализм народов Северного Кавказа // Общественные науки и современность 1998. № 1.

Песражицкий Л. И. Введение в изучение права и нравственности. Основы эмоциональной психологии. СПб., 1907.

Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.

Плахов В. Д. Традиция и общество. Опыт философско-социологического исследования. М., 1982.

Подгурецкий А. Очерк социологии права. М., 1974.

Полснина С. В. Права женщин в системе прав человека; Международный и национальный аспект / Институт государства и права. М., 2000. <http://owl.ru/win/books/polenina/index.htm>.

Поляков А. В. Петербургская школа философии права // Правоведение. 2000. № 2.

Попов В. А. Shipmates или корабельные братья // Алгебра родства. Вып. 12. СПб., 2009.

Поршнев Б. Ф. Социальная психология и история. М., 1978.

Правила поведения среди «правильных пацанов». 2007. <http://mnienia.zahav.ru/ArticlePage.aspx?articleID=1744>.

Права женщин в исламе // Почему ислам? 2008. www.whyyislam.ru.

Право // Большая энциклопедия. Под ред. С. Н. Южакова. Т. 15. СПб., 1904.

Пронников Р. А., Ладанов И. Д. Японцы. Этнопсихологические очерки. М., 1996.

Путешествия Христофора Колумба, Дневники, письма, документы. М.: Географгиз, 1950.

Пыляев М. И. Старое житие. СПб.: Книга, 1990.

Радзинский Э. Кровь и призраки русской смуты. М.: Вагриус, 1999.

Разгон Л. Непридуманное, М., 1989.

Рамазанов Т. Б. Проблемы преступности в Республике Дагестан: теория и практика: Дис. д-ра юрид. наук: 12.00.08. М., 2003.

Ранний ислам // Васильев Л. С. История Востока / Восток в средневековье. М.: Высшая школа. 1994.

Регельсбергер Ф. Общее учение о праве. М, 1897.

Регламент Верховного Совета СССР от 19 апреля 1979 г. // Ведомости Верховного Совета СССР, 1979. № 17.

Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира: Справочник. М., 2003.

Решетов А. М. Об употреблении вокативных терминов родства в повседневном быту русских // Алгебра родства. Вып. 1. СПб., 1995. С. 218-230.

Рис Н. Тендерные стереотипы в российском обществе: взгляд американского этнографа // Этнографическое обозрение. 1994. № 5. С. 44-45; 49-50.

Ровный В. В. Обычай в частном праве. Научное издание, Иркутский университет. 2004.

Родственники, свояки и друзья: семья или коллектив? // Кадры предприятия. 2003. №7. <http://WWW.kap.rU/articles/2003/7/479.html>,

Розанов В. В. Мимолетное. 1925 год// Русская идея. М., 1992.

Розас А. Обычное право: от «всемирного» в европейской системе к «ре-гиональному» во всемирной системе // Фольклорное право (Очерки теории и практики неписанного права). Нью-Йорк; Лондон, 1994.

Розенкампф. Обозрение Кормчей книги в историческом виде,

., 1829.

Розин В. М. Юридическое мышление. Алматы, 2000.

Романенко Е. В. Повседневная жизнь русского средневекового монастыря. М.: Мол. гвардия, 2002.

Романов П. В. Социальная антропология организаций. Саратов, 1999.

Романова Е. Н. Устное право народа Саха: обычай «произнесенного слова» // Человек и право. М., 1999.

Российская социологическая энциклопедия. М., 1998.

Россия XV-XVII вв. глазами иностранцев. Л., 1983.

Рубин В. А. Идеология в культурах Древнего Китая. М., 1970.

Рубин Г. Обмен женщинами: заметки по политэкономии пола, Система родства (о роли сексуальности в превращении обезьяны в человека). Отвратительный и драгоценный товар // Антропология влаости: Хрестоматия по политической антропологии. СПбГУ, 2006. Т. I,

Рулан Н. Юридическая антропология. М.: Норма, 1999.

Савиньи Ф. К. Обязательственное право // Пер. с нем. В. Фукс. М., 1876.

Салинз М. Экономика каменного века. М.: ОГИ, 1999,

Самойлов Л. Путешествие в перевернутый мир // Нева. 1990, № 4.

Самоковасов Д. Я. История русского права. Т. 1. Вып. 1. Варшава, 1878.

Свод законов Российской империи. Т. X, Ч. I. СПб., 1857.

Семенов Ю. И. Происхождение брака и семьи. М., 1974.

Селюков Ф. Т. Обычное право: основные понятия, структуры, функции, методы изучения. М., 1991.

Селюков Ф. Т. Происхождение действующего права. М., 1997.

Семенов Ю. И. Обычное право в доклассовом обществе // Обычное право Сибири. М., 1997.

Семенов Г. И. Отношения между полами в праобщине поздних палеоантропов: производственные половые табу и ор-

гиастические праздники // История первобытного общества. Эпоха первобытной родовой общины. М.: Наука, 1986.

Семенов Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право // Этнографическое обозрение. 1977. №4.

Сергеев М. А. Некапиталистический путь развития малых народов Севера // Труды ИЭ АН СССР. Т. XXVII. М.; Л., 1955. С. 172-192,

Синицына И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М., Наука, 1978,

Синицына И. Н. Человек и семья в Африке. По материалам обычного права. М., Наука, 1989.

Синюков В. Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов, 1994.

Слепнев Б. Каждый салабон мечтает стать «дедушкой» // Копейка. 24 марта 2006, <http://pressa.irk.ru/kopeika/2006/11/005001.html>.

Смелзер Н. Социология / Пер. с англ. М.: Феникс, 1998.

Смирнова С. Я., Тайсаева С. Н. Полиюридизм на Северном Кавказе (XIX-XX вв.) // Обычное право и правовой плюрализм. Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюра-лизму. М., 1997.

Созаев-Гурьев Е. Число кровников сократилось. 2010, http://infox.ru/authority/mans/201Q/09/14/CHislo_krovnikov_v_C.phtml).

Соколов Г. Судья-земля // Записки географического общества по отделению этнографии. Т. 8. СПб., 1887.

Соколова З. П., Новикова Н. И., Ссорин-Чайков Н. В. Этнографы пишут закон: Контексты и проблемы // Этнографическое обозрение, 1995. № 1. С. 74-88.

Сорокин П. А. Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919.

Сото Э. де. Загадка капитала: Почему капитализм побеждает

на Западе и терпит поражение во всем остальном мире. М.: ЗАО Олимп-Бизнес, 2001.

Сото Э. де. Иной путь: Невидимая революция в третьем мире. М.: Catallaxy, 1995.

Социальная антропология права современного общества / Под. ред. И. Л. Чесгнова. СПб., 2006.

Спенсер Г. Основания социологии. СПб., 1877.

Статья №7 Закона СССР о всеобщей воинской обязанности от 12 октября 1967 г.//Ведомости Верховного Совета СССР. 1980. №52. Ст. 1121

Строгонова Е. А. В поисках национально-культурного возрождения: Обращение бурятской интеллигенции к древним историческим корням // Homo Juridiciis. ИЭА РАН. 1997.

Сусоколов А. А. Культура и обмен. Введение в экономическую антропологию. М.: Русская панорама, 2006.

Сын отечества. 12 декабря 1898,

Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право: Вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986.

Тайлор Э. Антропология. М; П., 1924.

Таганцев Н. С. Уголовное право: Общая часть. Часть 1. По изданию 1902 года. Allpravo.ru. 2003. [http://www.allpravo.ru/library/doc Ц\) IpO/ in-strumlo5/item570.html](http://www.allpravo.ru/library/doc Ц) IpO/ in-strumlo5/item570.html).

Тацит К. Германия. Сочинения в двух томах. Т. 1. Л.: Наука, 1969.

Тихомиров Л. А. Монархическая государственность. СПб., 1992.

Тишков В. А. Общество в вооруженном конфликте: Этнография чеченской войны. М.: Наука, 2001.

Тишков В. А., Степанов В. В. Измерение конфликта. Методика и результаты этноконфессионального мониторинга Сети F.AWARN. М., ИЭА РАН, 2004.

Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000.

- Торкамани А, Э.** Права родителей в Исламе. 1616.п.2009. 16:39.
<http://AvT\'\'v.islamrf.ru/riews/world/w-interview/10664>.
- Трубецкой Е. Н.** Энциклопедия права. СПб., 1998.
- Туманов В.** Вступительная статья // Карбонье Ж. Юридическая социология. М, Прогресс, 1986.
- Туркин Н. В.** Обычное охотничье право у наших инородцев в связи с поземельным владением // Природа и охота. М. СПб., 1901. № 3.
- Тюгашев У. А.** Семье ведение. Новосибирск, 2006.
- Тюхтенева С. П.** История изучения обычного права алтайцев // Homo Juridicus. ИЭА РАН. 1997.
- Указ Президента Российской Федерации от 15 мая 2009 г. № 549 «О комиссии по противодействию фальсификации истории».
- Уолкер Р.** Английская судебная система. М.: Юридическая лит-ра, 1980.
- Усенко О. Г.** К определению понятия «менталитет» // Российская ментальность: методы и проблемы изучения. М.,1999.
- Фрейд З.** Тотем и табу. Пг., 1924,
- Фроянов И. Я.** Рабство и данничество. СПб., 1996.
- Фукуяма Ф.** Конфуцианство и демократия. Journal of Devocracy. 1995. Vol. 6. № 2. <http://www.poitnauka.org/library/dem/fiikuyama2.php>.
- Фюстея де Куланж.** Гражданская община древнего мира. СПб., 1906.
- Харрис Р.** Психология массовых коммуникаций. СПб., 2003.
<http://evartist.narod.ru/text5/10.htm>.
- Харрисс-Уайт Б.** Государственное регулирование и неформальный экономический порядок в Южной Азии // Неформальная экономика: Россия и мир. М, Логос, 1999.
- Хвостов В. М.** Общая теория права. СПб., 1914.
- Хейзинга И.** В тени завтрашнего дня // Homo ludens. М.,1992.
- Хохряков Г. Ф.** Парадоксы тюрьмы. М.: Юридическая литература,1991.

Хропонюк В. Н. Всемирная история государства и права. М., 1999.

Хюбнер К. Истина мифа. М., 1996.

Царегородская Е. В. Структура правового обычая в истории правовой мысли // Правоведение. 2007. № 1.

Цмай В. В. Некоторые аспекты концепции насилия в арабо-мусульманской культуре // Антропология насилия. СПб.: Наука, 2001.

Цыпин В. А. Церковное право (православие и современность). Электронная библиотека.

Чалидзе В. Уголовная Россия. М.: Терра, 1990.

Чернецов С. Б. Кто такие амхара? Опыт исторического обзора термина и его содержания // Шахнович М. М. Религиоведение. СПб.: Питер, 2009.

Этническая история Африки. М., 1977.

Чернецов С. Б. Печати к Эфиопии как символы власти // Журнал социологии и социальной антропологии. 2001. № 4.

Черниловский З. М. История рабовладельческого государства и права. Приложение (документы по истории рабовладельческого государства и права) / Составители К. И. Батыр, В. А. Винников, Ю. В. Качановский. Изд. 2. М.: ВЮЗИ, 1960.

Честное И. Л. Современные типы правопонимания: феноменология, герменевтика, антропология и синергетика. СПб., 2002.

Чомаев К. И. Дореволюционные черты этнической психологии горских народов Северного Кавказа // Вопросы национальной психологии. Черкесск, 1971.

Чоршапбиев П. В Центральной Азии родственные связи всегда использовались и будут использоваться // Азия плюс. 15.04.2010. http://www.top.tj.com/ShowNews.aspx?news_id=12A716F-765B-17AO-8745-F.FOF2M4705A.

Чумакова Т. В. К вопросу о восприятии закона в русской традиции // Философский век. Альманах. Вып. 22. Науки о чело-

веке и современном мире. Ч. 2. СПб., 2002.

Шанин Т. Русское крестьянское право и наследование имущества // Отечественные записки. 2003. № 2. http://maga7.ines.rLiss.ru/oz/2003/2/2003_2_28-pr.html.

Шахнович М. М. Религиоведение. СПб.: Питер, 2009.

Шибутани Т. Социальная психология. М., 1969.

Широзия А. Е. К проблеме сознания и бессознательного психического. Тб., 1973.

Щепанская Т. Б. Зоны насилия (по материалам русской сельской и современной субкультурных традиций // Антропология насилия. СПб.: Наука, 2001.

Щепанская Т. Б. Термины родства в группировках хиппи // Алгебра родства. МАЗ РАН. СПб., 2005.

Эванс-Притчард З. Э. Нуэры. М., 1985.

Энгельман И. История крепостного права в России. М., 1900.

Южаков С. Н. Толковый словарь // Право. СПб., 1902.

Aberle D. F. Matrilineal descent in cross-cultural perspective // Matrilineal Kinship. Berkeley, 1961.

Almagor U. Raiders and Elders: A Confrontation of Generations among Dassaneth // Warfare among East African Herders. Osaka, 1977. № 3.

Altricham R. Kenya's opportunity. L., 1955.

Bocharov V. The Anthropology of Collective Violence // Conflict and Re-construction in Multiethnic Societies // The National Academies Press. Wash-ington, D.C. 2003. P. 55-62.

Brett E. A. Providing for the Rural Poor: Institutional decay and transformation in Uganda. Kampala, 1993.

Cassier E. The Myth of the State. New Haven, 1946.

Cresswell R. La parente//Elements d'Ethnologie. Paris, 1975.

Culwick G. M. Ukena of the Rivers. L., 1935.

Fortes M., Evans-Pritchard E. African Political Systems. L., 1940.

Gerhard U. Atempausc: Die actueUe Bedeuting der Frauenbewegung fur dnezivileGesellschaft//Pottikund

Zeitgeschichhe. Bonn, 21-22/96.

Gurfinkel H. Studies in Eth no methodology. Cliffs, N.Y., 1967.

Hart K. Informal Income Opportunities and Urban Employment in Ghana //The Journal of Modern African Studies. 1973.

Howitt A. W, The Native Tribes of South-East Australia. Umdon, 1904.

Huntington S. P. Democracy's Third Wave //Journal of Democracy. 2. 1991.

Reune Afrique. 1975. 25 aout.

Kuper A. The invention of primitive society: Transformation of an illusion. London & New York, Routledge, 1988.

Malinovski B. The Dynamics of Culture Change. L, 1945.

Malinovski B. The Crime and Custom in savage society. I., 1926.

Malinovskii B. Practical Anthropology. Africa. 1929. Vol.1, №1.

Merry S. E. Legal Pluralism // Law and Society Review. 1988. Vol. 22. № 5.

Merry S. E. Anthropology, Law and Transnational Processes // Annual Review of Anthropology. 1992. N: 21.

Morales P. Indigenous peoples, human rights and global interdependence. Tilburg: International centre for human and public affairs. 1994.

Murdock G., Provost C. Factors in the division of labor by sex // Ethnology. 1973. Vol. 12.

Le pluralism juridique-. essai de synlhese. John Gilissen (eel), Bruxelles; l'universite de Bruxelles. 1971.

Parsons T., R. K Bales, J. Olds et al. Family, socialization, and interaction process. Glencoe, 111.: Free Press. 1955,

Pelt D. Bantu Customs in Mainland Tanzania. Tabora, 1981.

Puchta G. F. Das Gewohnheitsrecht. Bd.I. Erlangen, 1828. S. 133-139, 144-147, 168-170.

Rattrey R. S. The African Child in Proverbs, Folklore and Fact // Africa. 1933. Vol. 6/NS 4.

Wilson M. Religion and Transformation of Society. Cambr., 1971.

Wilson M. For Men and Elders. I., 1977.

Saadatmand Y. Separate and unequal women in Islamic Republic of Iran // Journal of South Asian and Middle Eastern studies. 1995. Vol. 18. No 4.

Shils E. Centre and Periphery. In Polanyi M. (ed) The Logic of Personal Knowledge: Essays