

İLKEL TOPLUMLARDA TOPLUMSAL KONTROL : HUKUK DIŞI MEKANİZMALAR VE İLKEL HUKUK*

Dr. Mehmet Tevfik ÖZCAN

Toplumsal kontrol, kişilerin normdan sapmasını önleyen sosyal süreçlerin sonucu gerçekleşen denge durumudur. Yapıları günümüzün uygar toplumlarının karmaşıklığına sahip olmayan (kabaca basit yapıdaki) ilkel toplumlarında, toplumsal kontrolün incelenmesi, normların bireylerin üzerindeki etkisinin, işlevlerinin ve bundan sonra da ihlallerinde harekete geçen mekanizmaların incelenmesini gerektirir. Bu yüzden, çalışmaya normların oluşum düzeninden başlandı. Bu, aynı zamanda, bireyin normu hangi koşullarda ihlâl ettiğinin ipucunu da ortaya çıkardı.

Toplumsal normların ortaya çıkışının önkoşulu, yaşam sürdürme amacıyla bir araya gelmiş insan grubudur. İnsanların biyolojik yaşamından gelen güdü ve dürtülerin tatmini, belli gruplar halinde birleşmelerini ve bunu tamamlayan rekabetçi ilişkileri zorunlu kılar. Toplumsal normlar, özel bir çeşidi olarak, yasama fonksiyonunu üstlenen kişi veya kurum tarafından konulmuş hukuk normları hariç, kendiliğinden ortaya çıkarlar. Bireylerin bunların bilinçlerinde taşınmaları ve dilsel şekilde formülendirilmeleri öncesinde, kendiliğinden işleyen bilinçdışı mekanizma etkinliğini sürdürmüştür. Keza, aynı süreç, mevcut normlara yenilerinin eklenmesinde ve normların değişime uğramasında etkinliğini ortaya koyar. Toplumsal normlar, bireylerdeki bilinçdışı alışkanlıklardan hareketle, ortak standartların oluşumundan geçer. Küçük gruplar içinde yapılan gözlem ve deneyler, bu süreçte, bireylerin iletişimleriyle algı dayanaklarının ve ortak standartların bilinçdışı olarak oluştuğunu gösterdi. Ortak standartlar,

nihaî olarak, çeşitli formülendirilme biçimleri içinde, örf ve âdet, ahlâk, din gibi farklı toplumsal normlara kaynaklık eder. Norm oluşumunun ilk basamağını oluşturan bireysel alışkanlıklar ve bunların iletişim sonucunda belli ortak standartlarda toplanmaları, yaşam sürdürmede güvenli olduklarına inanılan yolları oluşturur. Bu alışkanlıklar, insanlara karşı karşıya buldukları sorunları çözmeye zaman ve enerji tasarrufu sağlar. Bu alışkanlıkların insanların birbiriyle ilişkilerini düzenleyenleri normlar olarak yerleşir.

Toplumsal normlar, kendilerinden daha geniş olan kültürel sistem içinde yer tutar. Kültürel sistem, belli bir toplumda, yaşam sürdürme teknikleriyle, insanlar arasındaki ilişkinin sürdürülmüş biçimlerinin toplamıdır. Toplumsal normlar, bu sistemin içindeki unsurlarla yakın ilişkiindedir. Esasen, toplumsal normdaki "olması gereken", toplumdaki değer-tutum sistemlerinin, standartlaşmış dav-

ranışları içeren davranış örüntülerinin dışsal ifadesidir. Normlar, ortaya koyduğu davranış doğrultusuyla, belli bir değer tutum sistemine, statü ve rol farklılaşmasına ve bunların tümünün ürünü olan davranış örüntülerine bağlı çizgileri taşırlar.

Toplumsal norm oluşumuna olanak veren insan grubu, fiili yaşamında bir topluluktur. Toplumsal normu, diğer taraftan o gruplaşmada şekillenen iktidar yapısı tamamlar. Bu iktidar yapısı, her durumda tek bir merkezin güçlü bir kullanma potansiyeli değildir. Grubun dar olması ölçüsünde, iktidar yapıları zayıftır. Aksine, insanların toplu yaşamları artan sayıda insanı içinde topladıkça, iktidar yapıları da güçlenir. Bu toplumsal kontrolün doğasından kaynaklanır. Toplumsal kontrol, farklı mekanizmalarla gerçekleştirilir. Bu basit şekilde, grup içinde toplanan insan kitlesinin az oluşu ölçüsünde, grubun birey üzerindeki psikolojik nüfuzu yögundur. Birey, salt bu sebepten normu ihlâl cesaret edemez. Bu durum, toplumsal normların insan kişiliği içinde tuttuğu yer ile ilişkilidir. Derinlik psikolojisi açısından bakıldığında, bu normların süper ego içinde olduğu görülür. Birey, normu süper ego'ya başkaldırdığı ölçüde ihlâl eder. Toplumun temel kişilik örüntüsü içinde yer alan bireyin bu başkaldırmayı olağan koşullarda yapabilmesi olanaklı değildir. Ancak, bireyi normun buyurduğu doğrultudan farklı davranmaya yönelten güçlü psikik uyarımlar ve -daha az ölçüde- bireyin rasyonel olarak kararlaştırdığı davranış biçimi bu ihlâlin koşullarını hazırlar. Toplumsal grubun genişlemesi, kontrolün dolaysız şekilde psikolojik nüfuzla gerçekleştirilmesinin ortadan kalkışıyla, yaptırım türlerinin ortaya çıkmasını gerekli kılar.

Normlar ve kültürel sistem arasındaki ilişki, toplumsal iletişimin bir yapı formunda yürütülmesini zorunlu hâle getirir. İkel toplumlar göz önüne alındığında, iletişimin, kadın, obje ve fonem olmak üzere üç ayrı şekilde yürütüldüğü görülür. Belli bir toplumdaki iletişim, toplumsal yapının şekillenmesiyle sonuçlanır. Yapı, dışsal olarak gözlenebilen olguların derininde yatan eşsüremli formdur. Yapıyı şekillendirenler, kültürün bütün unsurlarıdır. Bu unsurlar, yapının girdisidir. Süreç, siberetik denge koşullarında, girdilerin çıktılara yol açmaları, çıktılarınsa, girdi olarak tekrar sisteme dahil olmaları mekanizmasını ortaya koyar (Bkz. Şekil III). Bu suretle, normlardaki tekil farklılaşmalar, psikolojik alışkanlıklardaki değişimler vb..., sistemi farklılaştırmaya uğratan artsüremli değişimlerdir. Yapı, eşsüremlidir ve artsüremli olgulardan daha kalıcıdır; ancak artsürem düzleminde yer alanlar süreç içinde yapının farklılaşmasının kaynağını oluşturur.

Toplumsal yapı, iletişimin bütün biçimleriyle ilişkilidir. Ancak, kadın ve obje iletişimi bizi daha fazla ilgilendirir. Bu iki iletişim, mutlak şekilde değil, ancak, genel çizgilerle beliren bir eğilim olarak, birbirini bütünler. Dışevlilik uygulamasını biçimlendiren toplumdaki enesest tabusunun genişliği, dışevliliksel hısımlı grupları ve evlilik yerleşiminin uygulanış şekilleri, materyal kültürün olanak verdiği biçimlerde aile tiplerine yol açar. Bu tipler-

(*) *Doktora Tezi Özeti (İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989).*

den, çeşitli baba aileleri, fraternal aileler, anasoylu ve babasoylu geniş aileler en önemlileridir. Bu iletişim, kan hısımlığını değişik ölçütlerle ortaya koyan hısımlık sistemleriyle karşılıklı ilişkidir. Bu sistemlerde, anasoylu, babasoylu, çift soylu ve iki yandan kısırlık sayımı, betimleyici ve sınıflayıcı türde hısım terimleri yer alır. Hısımlık sistemi, hısımlar arasındaki davranış örüntülerinin toplumdaki topluma değişmesinin koşullarını ortaya koyar. Bireyden bireye ilişki, hısım olan/hısım olmayan ölçütleri ve hısımlık dereceleriyle bu görüntüler çerçevesinde oluşur. Hısımlık sistemi, aynı zamanda, getirdiği ölçütlerle, bireye toplumsal kişilik sağlar. İnsanların hak ve yükümlülükleri -ki "olması gereken" davranış biçimi bunları ortaya koyar-, toplumdaki verili yapı ve hısımlık sistemi koşullarında şekillenir. Diğer bir deyimle, normların izlenmesini buyurduğu davranış doğrultuları, bu çerçevede aktüe bulur.

Toplumsal yapılar, iktidar yapılarıyla tamamlanır. İktidar, aktif bir merkezin pasif çevre üzerinde iradesini uygulayabilmesidir. Yukarıda belirttiğim gibi, her insan grubu, yani her toplumsal birleşme biçimi iktidar yapılarına olanak sağlar. Bunlar, bütün olarak toplumun içinde tek veya çok merkez şeklindedir. Merkezler, hiyerarşilenmiş veya hiyerarşilenmemiş olabilir. İktidar yapıları en fazla yayılmış ve merkezleşmemiş olduğu koşullarda, toplumdaki tam üye konumundaki kişilerin -genelleme olarak- birbirine eşit iktidarlarıdır. İktidar yapılarına ilişkin gözlemler, nüfusun toplumsal yoğunluğuna paralel şekilde güçlendiklerini göstermiştir. Zira, başkaca etkide bulunan neden bulunmadığı koşullarda, tabakalanmanın başlangıcı, iktidarın üstteki tabakanın elinde toplanma eğilimini gözler önüne serer. Tabakalanmaya ekonomik alanda yol açan nedenlerin yanında, bireylerin güç kullanma olanaklarını fiili olarak eşitsizleştiren her türlü koşul iktidar yapılarındaki farklılaşmayla sonuçlanır. Toplumdaki bireyler arasında ciddiye alınır bir farklılaşma eğilimi mevcut olmasa bile, nüfusun toplumsal yoğunluğunu artıran koşullar -Cheyenne büyük av mevsimindeki gibi- iktidarın hiyerarşilenmesini merkezleşmesini ortaya koyar.

Toplumsal yapılar, belli bir toplumdaki normların içerdiği davranış doğrultusuyla ilişkisinin yanında, kontrolün sürdürülüşüyle de ilişkilidir. Toplumsal kontrolün, yukarıda grubun uyguladığı psikolojik nüfuzla dolaysız şekilde gerçekleştirilişini belirtmiştim. Bu kontrol, toplumun kalabalıklaşmasına paralel olarak etkinliğini kaybeder. Bunun sonucunda, yaptırımlandırmayı uygulayan mekanizmalar harekete geçer. Bunlar, başlıca, karşılıklılığa dayanan yaptırımlandırma, kendiliğinden veya uyarılmış toplumsal tepkinin ihlâl karşılık vermesi ve hukuktur (ilkel hukuktur). Bunları sırasıyla özetliyorum.

Karşılıklılığa dayanan yaptırımlandırma, karşılıklılığın biçimleri çerçevesinde anlaşılabilir. Karşılıklılık, genelleştirilmiş ve dengelenmiş olmak üzere iki temel biçimde toplanır; bunlar, üçüncü bir biçim olarak, negatif karşılıklılıkla tamamlanır. Genelleştirilmiş karşılıklılık, insanlar arasındaki ilişkilerde dayanışmanın önde olduğu ilişkilerde yer tutar. Bireyler, kendilerine ait objelerin ve kendi yaşamlarının sahibidir. Fakat, genelleştirilmiş

karşılıklılık, bireylerin dayanışmaları için, birbirlerine karşılığını hemen veya kesin bir tarihte alma beklentisinde olmadan edimde bulunabilir. Karşı edim, ilerideki bir tarihte geri gelecektir. Bu, bireylerin üretmedikleri dönemlerde de tüketebilmelerini güvenceye alır. Dengelenmiş karşılıklılık, diğer taraftan, Roma Hukukundaki *do ut des* (ver ki vereyim) klozunun harfiyen uygulandığı mübadeleleri içine alır. En dar sınırlarda ev birliğinden, hısımlık gruplarına ve hısımlığın varsayımsal düzeyde olduğu klan gibi geniş birleşmeler içinde genelleştirilmiş karşılıklılık esastır. Bu birleşmeler arasındaki ilişkiler ise, bir genelleme olarak, dengelenmiş biçimdedir. Negatif karşılıklılık, kişi ve grupta, başka bir kişi veya grubun neden olduğu zayıflamanın, karşılık verilerek giderilmesidir.

Karşılıklılık mekanizmalarının norm ihlallerine engel oluşu, ihlâlî kişi ve grubunun zarara uğramasıyla sonuçlanışında söz konusudur. Zarar gören, zararı vereni eşdeğer bir zarara maruz bırakır. Eğer bir taraf sözleşmedeki edimini yerine getirmemişse, diğer taraf bir daha edimde bulunmaz. Zarar, bu şekilde yaptırımlandırılmak için çok büyükse, zor kullanılarak dengelenir. Negatif karşılıklılık, zarara zarar, göze göz, kana kan.. vb. uygulamasını ortaya çıkarır. Bu mekanizmanın işleyişi, tarafların sorumluluklarını mensubu oldukları grupla paylaşması (kollektif sorumluluk) olgusunu ortaya çıkarır. Kişi ve grupların ilişkilerinin barışçı esaslarda yürütüldüğü koşullarda, fiili karşılığın yerini tarafların uzlaştırılması alır. Negatif karşılıklılık, uyumsuzluk taraflarının kendi güç ve iktidarlarına dayanarak eylemde bulunmasıdır. Bu mekanizma bireylerin sonuçlarını göze almayarak norm ihlâlinden kaçınmaları ölçüsünde toplumsal kontrolü hayata geçirir.

Norm ihlâlini toplumun tepkisinin yaptırımlandırması, ihlâlden belli bir kişi veya grubun değil, toplumun bütününe zarar uğraması ve uğradığına veya uğrayacağına inanması koşullarıdır. Toplumun bütün üyelerinin kendiliğinden ya da belli kişilerce uyarılmış şekilde tepkisi, normu ihlâl edenin dışlanması, sürgüne gönderilmesi ya da linç edilmesine kadar uzanan değişik şiddetlerdedir. Bu karşılık, sınırları tanımlanmış olmamakla ve bazı koşullarda başka nedenlere dayanan toplumsal öfkenin boşalmasına dönüşmekle birlikte, bireyleri norm ihlâlinden caydırarak toplumsal kontrolü sağlar.

İlkel hukuk, toplumsal normun iktidarın yargılaması ve merkezi şekilde uyguladığı yaptırımlandırmasıyla desteklenmesidir. Toplumsal normun türü önemli değildir; önemli olan, iktidarın desteğidir. Bu norm, kendiliğinden oluşmuştur; ancak, yargılamaya konu olarak hukuk normuna dönüşmüştür. İktidar merkezi, kültürel sistemden farklı bir değer sistemine sahip ideolojisinden hareketle norm koyabilir. Yani, yasama tasarrufunda bulunabilir. Ancak, bu ilkel toplumlarda sık rastlanır değildir. Ancak, iktidarın ileri derecede pasif çevreden farklılaştığı koşullarda bunu görürüz.

'İlkel hukuk', hukuk sosyolojisindeki 'yaşayan hukuk' niteliğindedir. Toplumsal gruplaşmaların genişliğine bağlı

olarak, iktidarın aktif merkezini etkinliğini pasif çevresine uyguladığı her durumda hukuk ortaya çıkabilir. Bu çevre, aileden toplumun bütününe kadar uzanabilir. 'Ibu societates ibi jus' (nerede toplum varsa, orada hukuk vardır) önermesi, bu anlamda doğrudur. Ancak, bu önerme, iktidar dikkate alınmazsa, her türlü yaptırım mekanizmasının hukukla eşitlenmesine yol açar. Örneğin, kan gütmeye, bazı yaklaşımlarla hukuk sayılmış, toplumsal tepki hukukun kaynağı sayılmıştır. Bu yaklaşımlar, hukuku, herhangi bir toplumsal kontrol mekanizmasıyla karıştırma sonucuna yol açmışlardır. Hukukta, diğerlerinden farklı olarak, norm, hukuki olayla (ihlâl ettiğine inanılan davranış), rasyonel şekilde karşılaştırılır. Yargılamayı, yapan iktidar, ilgili toplumdaki ölçüler dahilinde taraflardan bağımsız şekilde adaleti uyguladığı inancıyla hareket eder. Ben, çalışmanın sınırları içinde, toplumun bütününde etkili hukuk uygulamasını ele aldım. Hukukun yaptırımlandırmasındaki karakteristikler bütün örneklerde aynıdır.

İlkel toplumlarda hukukun iktidara bağlı şekilde ortaya çıkışı, gelişim çizgisini de ortaya koyar. Materyal kültürün çok geri olduğu koşullarda, nüfus yoğunluğu düşük ve dolayısıyla iktidar yapıları yeterince merkezileşmemiş ve hiyerarşilenmemiş olsa da, tekil plandaki hukuk olgularıyla karşı karşıya geliriz. Bunlar, genellikle, toplumun bütününe tepkisine konu olan norm ihlallerinde söz konusu olur. Merkezileşmemiş iktidar yapıları, bir araya gelerek, tekil norm ihlâlini yargılar ve yaptırımın uygulanışını denetler. Ancak bu uygulama, düzenli ve sistematik bir uygulamaya dönüşmez.

İlkel hukukun düzenli ve sistematik uygulanışı, aktif iktidar merkezini, karşılıklı biçimleriyle yaptırımlandırılan ihlalleri (veya bunların arabuluculukla çözümlenen örneklerini) yargılamasının alanına dahil ettiği koşullarda ortaya çıkar. Burada, iktidar merkezi, toplumsal düzeni sürdürmeyi kendi fonksiyonu olarak üstlenmiştir. İktidarın aktif merkezi artan ölçüde belirginleştikçe veya kesin şekilde hiyerarşilendikçe, önceleri toplumun bütününe ilgilendirmeyen uyumsuzluklar, hukuk aracılığıyla, giderek ilişkilendirilir. Bu gelişme, iktidarın kendi görüş açısından ve değer sisteminden hareketle değerlendirdiği toplumsal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik yasama tasarruflarının çıkışıyla tamamlanır. Uygur toplumlara geçiş koşullarında, materyal kültürdeki ilerlemenin yol açtığı büyük ölçekli ekonomik artı, içinde hukukçuların da bulunduğu aydınlar (literati) zümresinin çıkışında, pozitif hukuk sistemlerinin kuruluşuyla sonuçlanır.

Toplumsal kontrol, birden çok kaynaktan gelen farklı mekanizmaların işleyişlerinin sonucudur. Birey, normu ihlâl ettiğinde, kendisine hukukun veya diğer yaptırım mekanizmalarının bir şekilde karşılık vereceğini bilir ve ihlâlden kaçınır. Bireyin kişiliği içinde yer alan norm, etkinliğini otonom şekilde gerçekleştirmese dahi, yaptırım mekanizmalarının etkinliğinde, heteronom olarak etkinlikte bulunur. 'İlkel veya gelişmiş, bütün toplumlarda toplumsal kontrol hukuktan ibaret yaptırımlandırmalarla gerçekleşmez. Hukuk, diğer önleyici mekanizmalarla birlikte işler. Ancak, bir genelleme olarak, ilkel toplumlarda hukukun yerinin küçük olduğunu belirtmemiz gerekir.

HUKUK DEVLETİ

Gustav RADBRUCH

(Çev. : Yrd. Doç. Dr. Hayrettin Ökçesiz)

«Asil Lordum, devlet yararının size adalet olarak görünebileceğinden kuşkulananın!»

Schiller*

Devletin, hukukuyla bağlılığı; devlet karşısında bireylerin hakları; genel kamu ve idare hukuku -ve genel kamu ve idare hukuksuzluğu-; Hukuk devleti, nasıl mümkündür? Bu sorun eskiden, hukukun mu devletten yoksa devletin mi hukuktan önce geldiği yani devletin, kapsamı ve sınırları bakımından buyurma gücünü hukuka mı borçlu olduğu ya da aksine hukukun geçerliliğinin devlet iradesiyle mi belirli ve koşullu bulunduğu biçiminde ileri sürülmüştür (1).

Bu sorulara verilmesi mümkün her iki yanıt da hemen ağır kuşkuyla karşılaşır görünmektedir. Devletin hukuktan önde gittiği görüşünü, devletin yalnızca bir hukuk kaynağı olmayıp bilakis kendisinin bir hukuki yapı olduğu, hukuki varlığının genel kamu hukukunun bir ürünü bulunduğu olgusu engelleyecektir. Bunun karşısındaki; hukukun devletin önünde ve üstünde yer aldığı görüşüne, devlet üstü ve öncesi bir hukukun kabulünün ya doğal hukuk öğretisinin bir yenilenmesi ya da genel kamu hukukunun teamül hukukunda temellendirilmesi demek olacağı söylenerek karşı konulabilir. Oysa ki genel kamu hukukunun temel sorunları barışçıl bir hukuk uygulaması ile değil, bilakis yalnızca, genel kabul gören bir devlet gücünün iradi kararının sona erdirebileceği bir hukuki görüşler savaşında çözümlenmektedir.

Bu dilemmadan kurtuluşu devletin ve hukukun özdeşliği öğretisi (Hans Kelsen) vaatmektedir. Bu öğreti her ikisinin tek şey olduğunu ileri sürerek, hukukun veya devletin önceliği sorusunun asla sorulamayacağını söylemektedir. Hukukçu bakımından devlet kendini yasada ifade ettiği gibi ve sürece -yani sosyal bir güç, tarihî bir yapı olarak değil, bilakis yasalarının yaratıcısı ve onların tecessümü olarak varlık göstermektedir. "Yasama (Gesetzgebung)" sözcüğü dahi böyle bir eki olan diğer bütün sözler gibi hem bir süreci hem de bunun bir ürününü, bir isteği (Wollung) ve bir istenileni (Gewolltes) birlikte nitelermektedir. Yasamada belirli bir işe ilişkin içeriğini görüyor sek o bize kendini hukuk olarak gösterir, ama onda belirli bir içeriğin istenmesini görüyor isek o zaman bu, devlet kişiliğine bürünmektedir. Yasama düzenleyen bir düzen olarak devlet, düzenlenmiş düzen olarak hukuktur. Devlet ve hukuk birbirlerine karşı organizma ve organizasyon gibidirler. Devlet kural koyan bir etkinlik olarak hukuktur; Hukuk, kurala bağlanmış yetkililik olarak devlettir. Biri diğerinden gerçi ayırdedilebilir fakat ayrı tutulamaz.

(*) Schiller, Maria Stuart, I. perde, 7. Sahne.