

## ANTROPOLOJİ VE HUKUK\*

*John Dewey*

*Türkçesi: Muzaffer Dülger\*\**

Tarihe dönüş, o an birbirinden epey ayrı halde bulunan nehirlerin ağzından -ki ayrılıkları esasında Pasifik Okyanusu'nun Meksika Körfezi'nden ayrıklığı kadardır- ortak su havzasına doğru ilerlemeye benzer. Böylece öyle bir noktaya ulaşırsınız ki, bugün aynı sahada kullanımları ve karakterleri açısından birbirlerinden o derece farklı olan bu kuvvetli akarsular, mekân ve tür açısından neredeyse birlik haline gelirler. Esasında mukayese tam olarak mümkün değildir; bu nehirler ile ilgili olarak en fazla kaynaklarının birliğinden söz edebiliriz ve kabarıp ortaya çıkmalarının birlikteliğini bulgulayabiliriz. Ben ise bu genel hakikati hukukun gelişimindeki bir takım olgular aracılığıyla resmetmek, bugünün en yüksek gelişmişlik durumundaki hukuksal düşünce ve pratiklerin bazılarının başlangıcının ilkel insanın psikolojisinin işlenmemiş yapısında nasıl tespit edilebileceğini göstermek istiyorum. Hukuksal yönden materyalimi neredeyse tek bir kitaptan, profesyonel evrede hukuk araştırmacıları ile eşit düzeyde tarih, antropoloji ve etik araştırmacılarının da ilgisine mazhar olan Oliver Wendell Holmes Jr.'ın *Common Law* kitabından çıkaracağım. Ve izninizle, bu vesileyle ifade etmem gerekir ki, bu kitap, amacı farklı olmakla birlikte, Sir Henry Maine tarafından geliştirilmiş olan ve detaylardaki üstünlüğü -eğer bu hakikaten mümkünse- daha tam ve kesin olan *tarihsel yorum* yoluyla, her şeyi yerli yerine koyması bakımından bana son derece kıymetli ve saygıdeğer göründü.

---

\* Çeviride kullanılan kaynak metin: John Dewey, "Anthropology and Law", *The Inlander*, Vol:III, No:7, University of Michigan, April-1893, s.305-308. (Açık Erişim: <https://goo.gl/Rdz7Ql>)

Orijinal metinde dipnot bulunmamaktadır, yalnızca paranteze alınmış metin-içi atıflar söz konusudur. Dolayısıyla işbu çeviride de aynen korunmuş olan parantez içi atıflar Dewey'e aittir, tüm dipnotlar ise sonradan eklenen *açıklayıcı çevirmen notu* mahiyetindedir.

\*\* Araştırma Görevlisi; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, e-mail: muzaffer.dulger@istanbul.edu.tr

Antropolojinin kalıplaşmış bir sözü vardır: İlkel insan, çevresindeki tüm şeyler içerisinde bir tek kendisini görür. Eğer bu, İsa'dan on dokuz yüzyıl öncesinin insanı için on dokuz yüzyıl sonrasının insanına nazaran hakikaten daha doğru ise kendimden kuşku duyarım. Buna karşın modern insanın özbenliği çok daha fazla ayrıksı ve çok daha karmaşıktır; düşüncelerinin çoğunda o sanki kendisinden çok uzaktaymış gibi gözüktür. Fakat ilkel insan hakkında daha ziyade benzer bir soru yoktur. Onun tüm dünyası kendisidir, ki o kendilik başka şeyleri gözden geçirme maksatlı bir yayılma gösterir. Kendisi hareket eder, çünkü canlıdır; nehirler ve bulutlar da aynı nedenden ötürü hareket eder. O birine vurduğunda kızgın olduğu ve incitmeyi istediği için vurmuştur. Bir ağaç onun kulübesinin üstüne devrildiği zaman da başka bir sebepten ötürü devrilmiş olamaz. Chippewa yerlilerinin efsanelerinin birinde şöyle söylenir; "İyi Ruh" "Kötü Ruh" ile giriştiği uzun ve yorucu mücadelenin ardından, nihayetinde bir *elki*<sup>1</sup> kendisi için güvence altına alır. Onu ormanda tam yemek üzereyken başının üstünde dalların birbirine sürtünmesinden kaynaklanan bir gıcırta duyar. Gayet aç olan İyi Ruh söylenmek için durur; "Ahh, seni lanetli şey, beni yeterince sıkıntıya soktun, fakat bundan sonra akşam yemeğimi yediğim vakitlerde senin lakırdını duymayacağım." Sonra ağaca tırmanır ve onun büyük dalını keser. Bu ruh hali ile işçilerinin yaptıkları iş nedeniyle meydana getirdikleri zarardan işverenlerin sorumluluğu ile alakalı modern hukuk arasında ne gibi bir benzerlik vardır? Herhangi bir benzerlik yoktur! Hiç tereddütsüz cevabımız bu olmalıdır, ta ki söz konusu mit yahut efsane ilkel insanın işlenmemiş düşünceleri ile hukuk akıntısının ayrılmaya başladığı su havzasını bulmak için tarih akıntısından geriye doğru gidene kadar. Bu mevzuda, sahipli bir hayvanın yahut hizmetlilerin eylemlerinden dolayı sorumluluk hukukunun, zihnin işte bu özelliğinin en reddedilmez neticesi olduğunu, Holmes'un bulgulamış olduğu gibi, bizlerin de bulması gerekecektir.

Kadim bir Atina kültüründe, güya katı derecede etyemez bir tanrının sunağında katledilen bir koşum hayvanı [ox] hikâyesi vardır. Birinin o tanrıya karşı sorumlu tutulması gerekir ve çocuklarda hala daha olduğu gibi, kişi "Bunu o yaptı." diyerek kabahati diğer bir kimseye yükler, ta ki darbeyi indirecek olan kişinin nihaî sorumluluğu baltaya yüklemesine kadar. Böylece usulüne uygun bir biçimde balta suçlanmış, sınanmış, kınanmış ve cezalandırılmış olur ve işte böylece tanrı da tatmin edilmiştir. Bu kült, yılda bir kez icra edildiği sonraki zamanlarda ise hiç şüphesiz, temsîlî bir gösteri ve dramatik bir biçim halini almıştır. Söz konusu eski

<sup>1</sup> *Elk*: kuzey kutup bölgelerinde yaşayan ve fare burunlu olarak tanımlanan bir geyik türü. -ç.n.

zamanlarda, duruşma da tahminlerimize olanak tanımayan bir gerçekliktir. Platon'un *Yasalar*'ında ortaya koyduğu "ikinci en iyi" devlette şunları görürüz; "Eğer herhangi bir cansız şey bir insanı hayatından mahrum ederse, bu şeyin tanrılar tarafından gönderilen bir cirit yahut bir yıldırım olmasının haricinde, ister o cansız nesnelere insanın üzerine düşmesi isterse insanın onlar üzerine düşmesi biçiminde ölüm vakası gerçekleşmiş olsun, hısımların en yakını en yakın komşuyu yargıç tayin edecek ve böylece hem kendisinin hem de tüm ailenin suçtan aklanmasını sağlayacaktır. [Böylece] O suçlu şey de, tıpkı hayvanlar hakkında söylenmiş olduğu üzere, sınırın öte tarafına atılacaktır/atılmalıdır." (Bkz. *Laws*, IX, 873-874)<sup>2</sup>. Burada nesne cansız olarak tanımlanmıştır fakat hikâyeye aynı zamanda nesnenin kişileştirildiği ve aynı bir katil gibi kişisel olarak sorumlu tutulabildiği bir zamana işaret eder, tıpkı bir iğnenin bir direğe [benzeştirilmesi] durumu gibi. Mevzuyu kuvvetlendiren 'tanrılarca gönderilen cirit' vurgusunda ise insanların el uzatamadığı olağanüstü hareketli nesnelere de kişileştirildiği fakat onların [bu kez] doğaüstü güçlere atfedildiği görülmektedir. Bu şart-koşum (*proviso*) Platon'un hayalî bir tasarımı değildir, Atinalı yaşamının ruhunu temsil eder ve olağan Atina yargılama usulündeki tıpa tıp benzerliği mevzu bahis olan bir şart/koşul aracılığıyla kanıtını bulur (Bu hususta bkz: Télyf, *Corpus Juris Attici*, s.590, 591)<sup>3</sup>.

Platon'dan alıntıladığımız pasajda yer alan ve ihtiyarî olarak hayvanlara atfedilmiş bir şekilde tespit ettiğimiz prensibin aynısı, daha kadim bir kayıta ise kesin bir şekilde yer almaktadır. *Exod.* (21:28)'de, şöyle bir söz buluruz: "Eğer bir koşum hayvanı bir erkek yahut kadını boynuzlamışsa ve o kişi(ler) ölmüşse; öyleyse kesin surette o hayvan taşlanacak ve eti yenmeyecektir. Hayvanın sahibi ise suçsuz sayılacaktır."<sup>4</sup> Bunu kölelere de aynı şekilde yaklaşılacak doğal bir

<sup>2</sup> Dewey'in atıf yapmış Platon'un *Yasalar* (*Nomoi*) isimli eserinin söz konusu dokuzuncu kitabı Platon'un önerdiği devletin ceza yasaları ile alakalı bölümüdür. Bkz. *ve Karş.* Platon, *Yasalar*, (Çev. Candan Şentuna, Saffet Babür), Kabcacı Yay., 1994, İstanbul, s.352. -ç.n.

<sup>3</sup> Dewey'in atıf yapmış olduğu eser, Macar hukukçu-filolog Iván B. Télyf'nin (1816-1898) Atina yasalarını Yunanca ve Latince olarak karşılaştırmalı biçimde toplamış olduğu 1868 tarihli -tam ismiyle- *Synagōgē tōn attikōn nomōn: Corpus juris Attici: Graece et Latin* isimli eseridir. -ç.n..

<sup>4</sup> *Eski Ahit*'in Mısır'dan Çıkış'ı anlatan "Exodus" isimli kısmının 21. babilinin 28-36. cümleleri "Mal Sahiplerinin Sorumluluğu" başlığını taşır. Bölümün tamamı şu şekildedir: "28.Eğer bir boğa, bir erkeği ya da kadını boynuzuyla vurup öldürürse, kesinlikle taşlanacak ve eti yenmeyecektir. Boğanın sahibi ise suçsuz sayılacaktır. 29.Ama saldırganlığı bilinen boğanın sahibi uyarılmasına karşın boğasına sahip çıkmazsa ve boğası bir erkek ya da kadını öldürürse, hem boğa taşlanacak, hem de sahibi öldürülecektir. 30.Ancak, boğanın sahibinden para cezası istenirse, istenen miktarı ödeyerek canını kurtarabilir. 31.Boğa ister erkek ister kız çocuğunu öldürsün, aynı kural uygulanacaktır. 32.Eğer boğa bir erkek ya da kadın köleyi öldürürse, kölenin efendisine otuz şekel gümüş verilecek ve boğa taşlanacaktır. / 33.Bir adam bir çukur açar ya da kazdığı çukurun üzerini örtmezse ve çukura

durum olarak ele aldığımızda, işçilerin sorumluluğu ile ilgili modern teoride varlık bulan sürece de ışık tutmaya başlamış oluruz. Hukuktaki ilk safha, her zaman, suçluyu yok etmek için o suçluya karşı yöneltilmiş acele bir reaksiyon biçimindedir; devamı ise, neredeyse değişmeyecek bir şekilde, bir bileşim [*composition*], bir satın alım [*buying off*] süreci biçimini alır. [Çünkü] Umursamazca yok etmekte tümüyle zayıf bir ekonomi söz konusudur; zira malik aracını, hayvanını veya kölesini kaybeder ve saldırılan taraf da neticede bu şekilde duyguların acele bir biçimde tatmininin sağlanmasıyla daha iyi bir hale erişilemeyeceğini görür. Böylece malik, kölesinin yahut artık her ne ise onun satın alım imtiyazını tedricen [başkasına] temin etmiş olur. Bu, sorumluluğun tanınması olarak görülebilecek bir şey olmayıp, esasında gayet basit bir biçimde değerli bir şeyi tahribattan kurtarış olarak görülebilir. Kökende yer alan prensip de işte bu şekilde tedricen gözden kaybolmakta, hafızadan silinmektedir; böylece [kökteki prensibin yerine ikame olunan söz konusu tedricî prensip] muhtemelen doğanın değiştirilemez yasasının bir cüz'ü gibi, tespit edilmiş bir hak prensibi, hizmetlilerin yarattığı zarara karşılık oluşan sorumluluğa dair bir sorumluluk ortağı [*principal*]<sup>5</sup> gibi lanse edilir hale gelir.

Bendeniz bu konu hakkında bütün basamakları tüketmeyeceğim, ilgili kimseler bunları Holmes'ta bulacaklardır. Özel olarak değinmekten kendimi alamadığım, neredeyse günümüze kadar gelebilmiş ilginç bir durum daha söz konusudur. Holmes bu hususta modern amirallik hukukunun çoğu ilginç olan özelliğinin tarihsel olarak gemilerin öz-canlılık [*self-vitality*] gücünden ortaya çıkan neticelere

---

*bir boğa ya da bir eşek düşerse, 34.çukuru kazan, hayvanın bedelini ödeyecektir. Parayı hayvanın sahibine verecek, ölü hayvan kendisinin olacaktır. / 35.Bir adamın boğası komşusunun boğasını yaralar, yaralı boğa ölürse, sağ boğayı satıp parasını paylaşacak, ölü hayvanı da bölüşeceklerdir. 36.Eğer boğanın saldırgan olduğu ve sahibinin ona sahip çıkmadığı biliniyorsa, boğaya karşılık boğa verecek ve ölü hayvan kendisine kalacaktır.” (Bkz. <https://goo.gl/a5uE1U>) Dewey, bu *Exodus* alıntısını Holmes'un *Common Law*'undaki bir kısımdan alıntılanmıştır. Söz konusu örneğe ilaveten Holmes, Plutark'ın *Solon* isimli eserindeki başkasını ısırın köpek örneğiyle Platon'un *Yasalar*'ındaki birini öldüren kölenin o kimsenin akrabalarına öldürülmesi için teslim edilmesi yaptırımının özleri itibariyle benzer mahiyette olduklarının altını çizer. Bkz. Oliver Wendell Holmes Jr., **The Common Law**, MacMillan and Co., 1882, London, s.7. –ç.n.*

<sup>5</sup> “Principal” terimi burada hukukî bir anlamda kullanılmıştır. Terimin Amerikan İngilizcesindeki hukukî anlamları: (1) Bir kimseyi nama hareket edebilme yetkisi vererek tutmuş kişi, müvekkil; (2) Güvence veya kefilden (*surety*) farklı ve bir yükümlülükle alakalı olarak öncelikle sorumlu kişi; (3) Suç işleyen bir kişi veya suça yardımcı olandan (*accessory*) farklı olarak hali hazırda suça teşvik eden yahut suç ortağı (*abetter*). Dewey'in kullanımı, terimin ikinci sözlük anlamına yakın bir kullanım gibi görünmektedir. Karş. **Webster New World Dictionary of The American Language**, (Gen. Eds. David B. Guralnik, Joseph H. Friend), The World Publishing Company, Cleveland and New York, 1962, s.1158. –ç.n.

doğrudan dayandığını gözler önüne serer. Gemi, bir “yaşayan yaratıktır”; kendine özgü bir istenci ve beklentisi söz konusudur, ve bazı zamanlar kaptanın veya idare eden kimsenin yapacağına haricinde kendi bilgisini takip ettiğine dair neredeyse her denizcinin açık olmasa da bir şekilde inancı vardır. Eski denizcilik hukukunda da gemi, sorumluluğun hem kaynağı hem de sınırı yapılmıştır. Zira malike değil gemiye dava açılabilirdi ve toplanan zararın sınırı her zaman [azami olarak] geminin değeri kadardı. Neredeyse geminin kendisinin kişisel ve sorumlu bir şey halini aldığı söylenebilirdi. Orta çağa atıfla söz konusu doktrinin ilginç niteliği itibariyle bizleri vurması pek olası değildir; onun okuyucuyu vuracağı muhtemel nokta, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi’nce üretilen bir hükmün, mevzu bahis ifadeleri ölçüsünde, derinlerine yerleşmiş bilginin tespiti halinde söz konusu olabilir. Aşağıdaki [Baş Yargıç] Marshall’a ait ifadeler, [Yargıç] Story’nin onayıyla birlikte alıntılanmıştır; “Bu, malike yönelik bir husumet değildir; *teknenin sebep olduğu tüm ihlaller mucibince* tekneye karşı bir dava konusudur... Tekne, efendisi vasıtasıyla hareket eder ve konuşur. O, efendisi vasıtasıyla, kendi kendisini bildirir. Bundan ötürü, teknenin söz konusu bildirimden etkilenmişliği nâmakul sayılmaz.”<sup>6</sup>

Tabii ki, vahşi zihne ait eski geleneklerin modern hukuk pratiklerimizin sebepleri olduğunu kastetmiyorum. Sebepler hiç şüphesiz kuralların pratik değeri ve işletilebilir faydaları içerisindedir. Fakat bununla birlikte, kurallar eski geleneklerin tarihsel çocuklarıdır, doğal seleksiyonun etkinliği neticesinde korunurlar yahut dönüşüm geçirirler. Örnekler esasında tüm kurumsal formların tarihsel gelişim yasasının resmini çizer. Bir hayvanın organı gibi, her yeni kurum, eskinin bir dönüşümüdür. Devamlılık hiçbir zaman kesintiye uğramaz; eski olan hiçbir zaman

<sup>6</sup> Alıntının tamamı şöyledir: “*Bu, malike yönelik bir husumet değildir; teknenin sebep olduğu tüm ihlaller mucibince tekneye karşı bir dava konusudur. Bu bir suçtan aşağı değildir ve teknenin yasaklanması hususunda daha aşağı bir vesile değildir, çünkü otorite dışı ve kaptanın iradesine karşı bir cürüm işlenmiştir. Cansız bir varlığın suç işleyemeyeceği doğrudur. Fakat bu yapı, uzman bir kişi tarafından idare edilen bir mürettebatça canlandırılır ve harekete geçirilir. Tekne, efendisi vasıtasıyla hareket eder ve konuşur. O, efendisi vasıtasıyla, kendi kendisini bildirir. Bundan ötürü, teknenin söz konusu bildirimden etkilenmişliği nâmakul sayılmaz.*” Dewey’in makalede atf vermiş olduğu bu alıntı, yukarıda tüm hukuki kaynakları kendisinden aldığı belirttiği Holmes’un *Common Law* kitabının “Early Forms of Liability” [Sorumluluğun Erken Biçimleri] başlıklı birinci bölümünden yapılmıştır. Bkz. Holmes, **The Common Law**, s.29. Holmes’un, Baş Yargıç Marshall ve Yargıç Story’den aldığı söylediği alıntının kaynağı olarak gösterdiği mahkeme kararı -muhtemelen- “*Malek Adhel (2. How)*” olarak dipnotunda belirtmiş olduğu karardır. Gemilerin cansız varlıklar arasında belki de en yaşayana olduğu, gemilerin bazılarının tehlikeliliği özellikle barındırdığı ve münferit vakalarda bunların anlaşıldığı, üstüne üstlük bu tehlikeli gemi hareketlerinde onu idare edenlerin payının aranmasının boşuna olduğu ile alakalı Holmes’un verdiği diğer tarihsel örnekler ile alakalı bkz. Holmes, **a.g.e.**, s.26-29. -ç.n.

tek bir hamlede yok olmaz; ve yeni olan da hiçbir zaman *ab initio*<sup>7</sup> bir varlık olamaz. Bu temel bir morfoloji sorunudur. Bununla birlikte, tarihsel süreğenlikteki dönüşümü [*modification*] kontrol eden de söz konusu kurum yahut organın pratik kullanılabilirliğidir. Bu öyle bir psikolojik yasadır ki bunun tüm tarihin altında yattığı söylenebilir. [Buna göre] zihin, sadece eylem içerisine dâhil olmuş, kullanım alanı içerisine sokulmuş bir şeyle meşgul olabilir. Daha doğru bir biçimde ortaya koymak gerekirse, dikkat eylemi, zihnin bir şeyi kullanım ihtimamına almaya hazır hale getirmesidir. Böylece eğer herhangi bir yasanın yahut herhangi bir kurumun, tüm pratik değerini yitirmesi söz konusu olacaksa, muhakkak ki bilinç dışına itileceğinden de bahsedilebilecektir. Yeni kullanım, artık her ne ise, konu çerçevesi içerisinde ele alınır; [böylece] yorum meydana gelir ve eski kurum yeni işlevin üstlenilmesinin oluşturduğu forma dönüşmüş olur –ve de tüm bunlar bilinçteki süreğenlikte her hangi bir gedik açılmaksızın meydana gelmiş olur<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> *ab initio* (Lat.): Tr: “başlangıçtan bu yana aynen var olan”; Eng: “from the beginning”. –ç.n.

<sup>8</sup> John Dewey’in hukuksal kurumların dönüşümü (*modification*) meselesi ile alakalı bu yazısındaki son kısımdan anlaşılabilen birkaç etkilenimi hususunda şerh düşmek gerekirse; birincisi, kurumların yok olması veya dönüştürülmesinde Dewey’in insan bilincinin kılışal etkinliği üzerinde durmuş olmasıdır. Bu, aynı zamanda Dewey’in genel pragmatist düşünce yapısı ve buna bağlı süreğencilikleriyle açık bir bağlantı içerir. İkinci bir nokta ise kurumsal gelişim tezini Darwinist doğal seleksiyon kuramıyla desteklemeye çalışmış olmasıdır. –ç.n.