

HUKUK SOSYO-KÜLTÜRLE KARŞILAŞINCA: KÜLTÜREL ÇOĞULCULUK, HUKUKSAL ÇOĞULCULUK VE PRAGMATİZM

Prof. Dr. Esin Örücü*

Giriş

Sevgili dostum İl Han, birlikte girdiğimiz XXI. yüzyılda, hukukta ve toplumda pek çok şey değişiyor. Değişebilen, değişmeyen, değişmesi gereken ve gerekemeyenleri bugün sadece bir hukukcu olarak değil, bir hukuk sosyoloğu ve hukuk antropoloğu olarak da görebilmek gerekir. Her şeyden öte, belki her gelişmeye ayrıca bir karşılaştırmalı hukukcu, karşılaştırmalı hukuk sosyoloğu ve karşılaştırmalı hukuk antropoloğu olarak bakılmalıdır da. Her sıradan ve olağandan, olağan dışı ve olağanüstüyü yaratmak isteyen senin, her zaman yaşama ve hukuk alemine bu gözlerle baktığını biliyorum. Biraz da böyle bir düşünceyle, senin için hazırlanan bu Armağan'a bu katkıyla giriyorum.

Günümüzde, hukukun kaynağı da, hukuk kaynaklarını meşru kılan da hala ulus devlettir. Bu model monolitik, merkezizetçi, toprağa bağlı, ve yukarıdan aşağıya doğru inen (top-down)¹ bir hukuk modelidir. Bu resmi hukuk kendisiyle rekabet etmek ve hukuk olarak kabul görmek isteyen diğer kaynakların yaşamasına ya izin verir ya vermez. İzin vermezse, toleranssız, demoktarik olmayan, hatta despotik and kendi içine kapalı (self-referential) bir devlet görüntüsü sergilediği söylenir. İzin verirse, kendi mantığı gereği, hukuksal çoğulculuğun 'zayıf' bir biçimini kabullenebileceği için, ancak yukarıdan aşağıya inen hukukun diğer kaynakları kabullenmesi biçiminde ortaya çıkar. Bu durumda toleranslı, demokratik, çok kültürlülükçü, ve açık bir toplumun aynası olan bir devlet modelini yansıttığı düşünülür.

Batı devlet ve hukuk geleneğinde, hukuksal çoğulculuğun 'kuvvetli' biçimi kabul görmemektedir. Böyle bir biçimde, çeşitli basamaklardaki hukuk kuralları, aynı toprak üzerinde ve aynı sosyal mekanda birbirleriyle eşit değerde ve birlikte, birbirleriyle örtüşerek yaşamaya devam ederler. Üniter ulus devletin merkezi güçleri çok sayıda rakiple birarada rahat yaşayamamaktadır.

* Glasgow ve Erasmus Üniversiteleri Karşılaştırmalı Hukuk Emeritüs Profesörü

¹ 'Top-down' (yukarıdan aşağıya) hukuk, yasama ve yürütmenin yaptığı hukuktur; 'bottom-up' (aşağıdan yukarıya) hukuk ise halkın kendi aralarında uyguladıkları kurallardan meydana gelir ki, ulus devlette, bu kurallar yargı yerlerinde kabul edildiklerinde resmi hukuk alemine çıkarlar. Üniter ulus devletin ürettiği hukuk (yargı ile yaratılan common law - yargı hukuku - hariç) 'top-down' modeli yansıtır.

Sorunlar

Kültürel çoğulculuk, devletin toprak bütünlüğünü tehdit eder gibi görünmeye başladığında, ciddi bir sorun olarak algılanmaya başlar. Çeşitli kültür gruplarında var olan milliyetçilik ise üniter devletin baskın değerleri ya da hakim kültürü ile çatışma içine girebilir. Eğer kültürel çoğulculuğun kural olduğunu ve 'kuvvetli' hukuksal çoğulculuk olarak hukuk sahnesine yansımaları gerektiğini düşünürsek, o zaman modern üniter ulus devlet bir istisna olmalıdır. Eğer, üniter devletin kural olduğunu düşünürsek, a zaman da kültürel çoğulculuk hukuk sistemine hukuksal çoğulculuk olarak yansıyamaz ve hukuksal çoğulculuk istisna olarak kalır.

Hukuksal çoğulculuğun bir cinsi olan normatif çoğulculuk bir sosyal vakiya işaret eder: aynı sosyal mekanda çeşitli normlar topluluğu bir arada yaşamaktadır. Devlet hukuksal çoğulculuğu, tek bir ulus devlet fakat çoğulcu kurallar anlamına gelir; burada devlet belirli kategorilerdeki kişiler için değişik kuralların varlığını kabul eder. Buna iyi bir örnek tarihte kolonializm zamanıdır. Osmanlı İmparatorluğu da buna bir örnektir. Fakat, hukuksal çoğulculuğun devlet hukukuyla aynı şey olduğunun kabulü, bugün, devlet merkezliyetçiliğinin üstünlüğüne dayanan, dar ve zayıf bir hukuksal çoğulculuk biçiminin ileri sürülmesi olarak algılanmaktadır.²

Öte yandan, 'yarı-otonom sosyal alanlar'³ fikrinin kabul edilmesi gerektiği öne sürülmektedir. Bu görüşe göre, yerel (lokal), ulusal, transnasyonel, bölgesel ve global düzenlerin hep beraber aynı duruma uygulanması söz konusudur. Bu, karşımıza, 'inter-legality' denen karmaşık bir tablo olarak çıkar. Batı dünyası hukukcuları 'inter-legalite' olgusu ile eninde sonunda karşılaşacaklardır, zira, çok-kültürlülük, bölgesel hukuk düzenleri, yerli halk gruplarının hakları, yerlerinden edilmiş gruplar ve göçmenler, değil 'devlet merkezliyetçiliği' ve monist yaklaşıma, hukuksal çoğulculuğun 'zayıf' biçimine bile giderek daha fazla karşı çıkacaklardır. Günümüzde monizmden, relativisme, ve nihayet plüralisme doğru bir gidiş söz konusudur.⁴

Burada sorulması gereken hayati soru şudur: Üniter ulus devlet bu gelişmeyle baş edebilecek midir? Her toplumun çeşitli hukuk düzenlerini bünyesinde barındırdığını - ki bunlardan sadece bir tanesi devletin 'resmi' hukuk düzenidir - bunların kesiştiğini, inter-aktif işlediklerini ve sıklıkla çelişki içinde olacaklarını kabul edebilecek midir? Eğer cevap 'hayır' ise, devlet çeşitlilik için

² W. Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Butterworths, 2000) p. 83 Also see W. Twining, 'Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition' I. Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, (Transnational, 2000), s. 21.

³ S. Moore, *Law as Process* (Routledge, 1978) ve S. Moore, *Social Facts and Fabrications* (Cambridge, 1986).

⁴ Isaiah Berlin monismi şöyle tanımlıyor: "only one set of values is true, all others are false" (sadece bir seri değerler doğrudur, diğerleri yanlıştır); relativismi ise şöyle: "my values are mine, yours are yours, and if we clash, too bad, neither of us can claim to be right" (benim değerlerim benim, seninkiler senindir, eğer çatışırsak, ne yazık ki ikimiz de haklı olduğumuzu iddia edemeyiz). Plüralismi de şöyle görüyor: "bringing respect, toleration and liberal consequences" (saygı, tolerans ve liberal sonuçlar getirir). Bkz. Isaiah Berlin on Pluralism, <<http://www.cs.utexas.edu/users/vt/notes/berlin.html>>. Ve (1998) XLV *New York Review of Books*.

hukuk yaratabilir mi? Bunu nasıl yapacaktır? Bugün devlet yasaklamaya mı, biçimlendirmeye mi, asimilasyona mı, yoksa entegrasyona mı gitmelidir? Yoksa, kültürel çoğulculuğa saygı göstermek için çeşitliliği korumalı mıdır? Ya da, çeşitliliği ve yereli korumak ve hatta desteklemek ve geliştirmek için kanunlar mı çıkartmalıdır?

Pragmatik yaklaşım, kültürel kuralların sadece kişisel ve sosyal ilişkilerde geçerli olması, bunlar üzerinde baskın grubun değerlerini yansıtan genel ve kapsayıcı bir hukuk sisteminin kurulmasından yanadır, zira, modern üniter ulus devletle normatif çoğulculuğun sahası dardır. Ama, kültürel çoğulculukla devlet hukuku arasında olması muhtemel çelişki (paradoks) nasıl çözümlenecektir? Acaba, 'kültürel ve yerel ayrıcalık' ve 'kültürel relativizm', 'globalizasyonun üniformitesini' ve evrensel standartları her zaman yenecek midir, yoksa, 'globalizasyonun üniformitesi' her zaman 'kültürel ayrıcalığa' galip mi çıkacaktır?

Çoğu kimse hukuk ile içinde işlediği toplum arasında çok yakın bir ilişki görmektedir. Bazıları ise hukuku sosyal mühendislik (social engineering) olarak algulamakta, pratik dengeler sağlayabilen, sorunlara pratik çözümler getirebilen ve çelişkili ilişkilerin arasını bulan bir mekanizma olarak kullanılmasını önermektedir. Hukuk sistemi toplumu değiştirmek için kullanılmalı mıdır, yoksa hukuk 'sadece' sosyal uygulamaların bir kodifikasyonu mu olmalıdır? Bu ikilemin çözümü, kişilerin ideolojik konumu ve verilecek örneklerin seçimi ile ilgilidir: diğer bir deyişle, her iki soruya da olumlu cevap verilebilir.

Hukukun gelişimi, var olan sosyal, ekonomik, politik, coğrafi ve dini koşullara rasyonel ve olağan bir cevaptır. Yine de çoğu zaman hukuk kuralları istenen sonuçlara ulaşmak için üretilir; hukuk yaratıcı bir alet olarak, ekonomik, sosyal ve kültürel sonuçlar doğuran, ahenk sağlayan bir ajan olarak kullanılmagelmıştır. Burada unutulmaması gereken temeller arasında, interaksiyon teorisi, sosyal mühendislik uygulamaları, sosyo-politik faktörlerin rolü, hukuk ve ahlak arası ilişkiler, evrensel standartlar karşısında yerel ayrıcalığın yeri, ve globalizasyona karşı lokalizm (yerellik), sayılabilir.

Hukuk 'yol gösterici' olabilir ve hukuk sistemini sosyal değişimlere uydurmak yerine toplumu değiştirebilir ve biçimlendirebilir. Hukuk 'takipçi' olabilir, sosyal değişimi izler ve kültürel çoğulculuğu yansıtır. Ya da hukuk 'tamirci' olabilir, sistemin işlerliğini korur, ve yeterliliği ve verimliliği geliştirmek için gerekli uydurmaları ve dengelemeleri yapar. Başka bir deyişle, hukuk sosyal değişime hem reaktör olabilir, hem de onu başlatabilir. Hukuka bu çeşitli yaklaşımların hukuksal değişim ve toplumsal değişim ilişkisi açısından önemli sonuçları olması kaçınılmazdır: hukuka karşı sosyo-kültür.

Acaba, çok kültürlü toplumlarda, sadece trans-kültürel ve ahlak açısından tarafsız kuralların başarılı olacağı doğru mudur? Modern bir hukuk sistemi, sosyal ve kültürel sistemlerden bağımsız olabilir mi? Farklı bir sosyo-kültüre nakledilmiş yabancı kaynaklı hukuk değişim yaratabiliyorsa,⁵ iç hukuk da aynı şeyi yapamaz mı?

⁵ Bu konuda çok ilginç tartışmalar için karşılaşmalı hukukun ana çalışma alanlarından biri olan 'transplant' teorilerini incelemek yerinde olur.

Tartışmalar

Chiba, hukuk çoğulculuğu kavramına bakarken, onu, “ortodoks hukuk felsefesinin sağduyusuna etkin bir hücum” olarak görür ve “Devlet hukukunun tek hukuk olduğunu ya da batı hukukunun evrenselliğini” reddeder.⁶ Chiba’nın ortaya attığı modelde, resmi hukuk her zaman resmi olmayan hukukla karşılıklı etkileşme içindedir ve hiç bir zaman izolasyon içinde yaşamaz. Devlet ve hukuku, toplum ve onun normatif düzeni ve din ve dünya görüşleri hep birlikte bir denge içinde, kabul edilebilir bir hukuk düzeni kurarlar. Oysa ki hukuksal merkezîyetçilik, modern ulus devletin tam hukuksal kontrol sağlama ihtirasını yansıtır, ve tanımı gereği, polisentrik hukuku reddeder.

Griffith’e göre, “hukuksal çoğulculuk bir vakiadır, hukuksal merkezîyetçilik bir efsanedir, bir idealdir, bir iddiadır, bir hayaldir.”⁷ Fakat batı dünyasında, bugün, merkezi hukuk sisteminin çoğulcu düzenlemeleri, halklara, hukuksal çoğulculuğun ancak zayıf biçimini sunmaktadır. Normatif dualismi de içine alan normatif çoğulculuk, üniter ulus devlette üniter normatif bir çerçeve olmadan yaşayamaz.

Ahlaki çoğulculuk, değerler çoğulculuğu, etnik çoğulculuk ve kültürel çoğulculuk sosyal realitenin parçalarıdır ve sadece tolere edilmeleri gerekmez, aynı zamanda korunmalıdırlar da. Fakat, bunların hukuksal çoğulculuğa yansıtılması temel sorunlar içerir ve evrensel, kapsayıcı, kendi içinde istikrarlı ahlaki ya da politik monizm gibi istenilen hedeflere doğru ilerleme açısından her zaman olumlu olmayabilir. Uyum her zaman rahatsızlık yaratacaktır.

Sosyoloji, çoğulculuğu toplumun çeşitli interaktif gruplardan oluştuğu biçiminde algılayabilir; antropoloji çoğulculuğu etnik birimlerin birbirleriyle dinamik bir ilişki içinde birarada yaşaması olarak görebilir. Acaba hukuk çoğulculuğu nasıl görmektedir? Gessner’s göre: “Ulus devlet temelinde tek bir belirgin kültür üzerine kurulmuştur, ve – alt-kültürlerin giderek önem kazanmasına rağmen – genelde yine de bir kültürel birlik olarak ele alınmaktadır.”⁸

Yirminci yüzyılın sonlarına kadar geçerli olan modernite diskurunda laisizm, rasyonalizm, sosyal strafikasyon, şehirleşme ve sanayileşme modernite olgusunun meşrulaştırılması için öne sürülmekte idi. Günümüzde taraftar kazanan post-modernizm teorileri ise böyle evrensel ‘gerçek’lere güvenmemekte, özellikle çoğulculuğu ve lokal olanı meşrulaştırmaktadır; sosyal fenomenlerin izahı için genel, büyük çaplı teorilerden kaçınılmaktadır. Bu gelişmenin sonucu özel, çeşitli, çoğul, heterojen olan kabul görmekte ve etnisite, cinsiyet, kültür ve din öne çıkarılmaktadır. Günümüzün diskuru giderek çeşitlilik ve kültürel relativizm üzerine odaklanmakta, sosyal yaşam artık entegre olmuş bir beraberlik olarak algılanmamakta. Farklılıkların ortadan kaldırılamayacağı kabul görmekte, her kültürün diğer kültürlerle aynı değerde olduğu vurgulanmaktadır; hukuka post-modern bakışın nüvesini hukuksal çoğulculuk oluş-

⁶ M. Chiba, (ed.), *Asian indigenous law in interaction with received law*, KPI, London, 1986, M. Chiba, *Legal Pluralism: Towards a general theory through Japanese legal culture* (Tokai University Press, 1989).

⁷ J. Griffiths, “What is legal pluralism?”, (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, s. 1-56.

⁸ V. Gessner. “Global Legal Integration and Legal Cultures”, (1994) 7 *Ratio Juris*, s. 132.

turmaktadır. Hatta giderek, toplumun sınırları modern üniter ulus devletin siyasal sınırlarıyla eşleştirilmemekte, coğrafya esas alınmamakta, lokal artık lokal kalamamakta, ve global çerçeve içinde etnik ve dinsel ilişkilerin transnasyonal bir ağ içinde var oldukları ileri sürülmektedir. Bütün bunlar hukukun modernitesine reaksiyon olarak ortaya çıkan post-modern gelişmelerden de ötedir. Örneğin gayri resmi İslam hukukundan kaynaklanan 'dinamik hukuksal çoğulculuk' tezi ile hukuka supra-modern bir yaklaşım dile getirilmektedir.⁹ Bu görüş hem modernisme hem post-modernizme bir karşı çıkış olarak ve yeni bir sosyo-hukuksal mantalite olarak ileri sürülmektedir.¹⁰ Belki çağımızda bu teori, esnekliği nedeniyle, hem modernist hem post-modernist teorilerin belirli yanlarının karıştırılıp birleştirilmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda, hukuk çeşitli kültürlerle karşılaştığında ne olacaktır? Modern üniter ulus devlet, farklılığı, resmi hukukun tanıdığı kurallardan bağımsız olarak gelişen kültürel ve dini normları nasıl algılayacak, nasıl tanyacaktır? Devlet hukukun tamamını kontrol edebilir mi? Hukuk ilkelerinin kültürel ve sosyal yönleri dışı kontrolü kabul edebilirler mi?

Başetme yollarına örnekler

Türkiye

Türkiye, hukukun karşılaştığı kültürlerin ve örflerin ülkede yetiştiği (endojen), merkezi ve monolitik sisteme bir örnektir. Yalnız burada, hukuk sistemi, seçim, istek ve kurgu yoluyla, İsviçre, Alman, İtalyan ve Fransız, hukuk sistemlerinden resepsiyon yoluyla alınarak yaratılmıştır. Hukuk sistemi laikdir, ama halkın %98'i Müslümandır. Hukuk sisteminin, belirli kültürleri silmek ve yerine yeni bir kültür geliştirerek, seçilen imaja¹¹ uygun kişiler yaratma yoluyla onları asimile etmek ve biçimlendirmek emeli vardır. Ama, bu hukuk kendisine uymayan kültürlerle karşılaştığında, yargıçlar ya bu kültürleri ortadan kaldırmak, ya yasamanın dünya görüşüne uygun olarak bilmezden gelmek, ya da resmi çerçeve içerisinde onlara da yer bulmak durumunda kalmaktadırlar.¹²

Vereceğim ilk örnek resmi hukukun kabul etmediği hukuk kaynaklarından İslami kaynaklara dayandırılan bir dava ile ilgilidir. 1993'de bir kadın stajyer avukatın adı, ısrarla başı örtülü olarak mahkemeye girmek istemesi yüzünden, Baro listesinden silinmiştir. Alt idare mahkemesine göre, her ne kadar hukuk mesleği kuralları belirli kıyafet koşulları öngörmekte ise de, burada davacı yalnızca stajyer olduğundan ve sorun da manevi bir sorun olduğundan,

⁹ Örneğin günümüzde Müslümanlar açısından 'dinamik hukuksal çoğulculuk' tezini üreten bir çalışma için bkz.: İ. Yılmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States: Dynamic legal Pluralism in England, Turkey and Pakistan*, Ashgate, 2005.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Batılı, laik, çağdaş, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, insan hakları, hukuk devleti, ve sosyal devlet.

¹² Bir analiz ve örnekler için bkz.: E. Örucü, " Turkey: Change Under Pressure", E. Örucü, E. Atwooll & S.Coyle (eds.) *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, (Kluwer, 1996). Ayrıca bkz.: E. Örucü, "Judicial navigation as official law meets culture in Turkey" (2008) 4: 1 *International Journal of Law in Context*, s. 35-61.

hukuk mesleğine saygı göstermemek söz konusu olamaz. Dava Danıştaya gittiğinde, bu mahkeme, avukat ile stajyer avukat arasında bir fark görmemiş, sorunun 'din özgürlüğü' kapsamında düşünülemeyeceğini vurgulamış, ve stajyerin davranışını laik hukuk devleti ilkelerine aykırı, avukatlık mesleği ile bağdaşmaz, ve bir avukat olarak çalışmaya engel bulmuş, ve alt idare mahkemesini anlayışının yanlış olduğuna karar vermiştir.¹³ Burada görülen, hukuki çerçevenin görüşü doğrultusunda, yerelin göz ardı edilmesidir. Yukarıda sordumuz, 'hukuk kendi öngörmediği sosyo-kültür ve dinle karşılaşınca ne yapar' sorusunun bir cevabı budur.

İkinci örnek Yargıtayın bir kararıdır. Bu olayda Yargıtay, başlık parası vermeyi yasaklayan bir mahalli idare kararını hukuka aykırı bulmuş, ve idarenin ne bir geleneği yasaklayabileceğini ne de onu bir suça dönüştürebileceğini vurgulamıştır. Mahkemece, asırlar boyu süre gelmiş bir gelenek bir vakıdır, ve kamu düzenine aykırı görülüyorsa, bunu ancak yasama yasaklayabilir.¹⁴ Kaldı ki Yargıtaya göre bu bir eğitim sorunudur, hukuk değil. Burada, gelenek kurallının tanınmasını isteyen ve hukuk sisteminin sadece 'yukarıdan aşağıya' metodu ile yerele karışabileceğini düşünen bir yargı yeri ile karşılaşyoruz. Yargıtay, yerele karşı Danıştaydan daha yumuşak bir yaklaşım sergilemektedir.¹⁵

Üçüncü örnek ise mahkemelerin, yereli bilmezlikten gelerek evrenseli uygulamayı nasıl zor bulduklarını, takdir yetkilerini kullanarak, nasıl yereli yatıştırmaya çalıştıklarını göstermek için seçilmiştir. Bu örnek, özellikle doğu halkları arasında görülen, kadının namusunun ailesinin erkek fertlerinin kontrolünde olması sonucu ortaya çıkan 'namus cinayetleri' ya da 'töre cinayetleri'ne mahkemelerin - Türk Ceza Kanunu 2005 yılında değişmeden önce - yaklaşımı ile ilgilidir. Mahkemeler her zaman bu soruna İtalyan hukuk sisteminden alınmış olan Türk Ceza Kanunu çerçevesinde yaklaşmışlar, fakat cezayı Kanunun getirdiği kolaylıklardan yararlanarak, toplumun belirli bir kesiminin beklentisine uygun olarak - diğer bir deyişle, 'aşağıdan yukarı' modeli kullanarak - azaltmışlardır. Tipik bir davada, çoklukla hukuki çerçevenin kolaylıklarından yararlanabilmek için, küçük erkek kardeşe işlettirilen öldürme olayı cinayet sayılmakta idi. Ama 1988 - 1999 arası gözden geçirilen 24 kararın gösterdiği gibi, davalı Ceza Kanununun, bir suç provakasyon sonucu işlenirse ceza verilirken bunun ve de davalının yaşının ve tutumunun göz önüne alınacağı düzenleyen maddelerinden (md. 51 - 60) yararlandırılmakta idi. Özellikle suçlanan genç adamın ya da çocuğun yaşı göz önüne alınınca, ceza çoklukla neredeyse hiçe inmekteydi.¹⁶ Türkiye'de akademik tartışmalar her zaman böyle cinayetlerin kadının insan haklarının azami ihlali olduğu yolunda birleşmiş olsa da, mahkemeler yereli göz ardı etmekte zorlanmakta idiler. 2005 Ceza Kanunu ile 'yukarıdan aşağıya' gelen değişiklikler sonucu acaba mahkemelerin tutumu ne kadar değişecektir?

¹³ 92/3342, 93/2611, 5 July 1993.

¹⁴ 86/2-564, 299; 26.5.1986

¹⁵ Bkz.: *supra* not 12'deki değişik konulardaki çeşitli kararlara.

¹⁶ C. Arın, "Femicide in the Name of Honor in Turkey", (2001) 7 *Violence Against Women*, s. 824.

Britanya

Britanya, merkezi monolitik sistemlere başka bir örnektir. Türkiye'den fark, burada hukukun karşılaştığı kültürlerin ve örflerin yerele mahsus olması, yerelde yetişmemiş olması ve kolonial mirasdan doğmuş olmasıdır. Britanya'yada hukuk sistemi geçmişte homojen bir toplumun değerlerini yansıtmakta idi.¹⁷ Bugünse, mahkemeler göçmen olarak Britanya'ya gelip yerleşenlerin farklı kültürleriyle karşılaşmaktadırlar: bu İslam kültürü olduğunda ise, Müslümanlara göre farklı bir kültür değil, farklı bir hukukla karşılaşmış demektir.

Hukuk sistemi, yeni talepler karşısında, "temelde defansif biçimde"¹⁸ davranmaktadır. Resmi hukuk sistemi asimilasyondur, ve bu nedenle de 'öteki' kültürlerle bağlı değerleri görmezlikten gelir, göz önünde bulundurmaz ve hatta resmi olarak kabul etme yerine onları cezalandırır bile. Yine de, mahkemelerde Sikh gibi bazı gruplar diğerlerine nazaran daha iyi muamele görmektedirler.¹⁹ Britanya'da çeşitli kültürlerle karşı hukuksal tutum tutarlılık göstermez ve müphemdir. Mahkeme kararlarına baktığımızda yine de bazı törelerin kabul edilemez olduğunu görürüz: zorla evlendirme ve çocuk evlilikleri (hakların ihlali olarak görüldüğü için); kadınların sünnet edilmesi (zalim, insanlık dışı ve küçük düşürücü olduğu için); poligami (evliliğin meydana gelmesinde cinsiyet eşitliğini ihlal ettiği için); kamuya açık yerlerde dini geleneklere göre kurban kesilmesi (kamu düzenine aykırı olduğu için); talak (tarafklar dinlenmediği ve adil yargıyı ihlal ettiği için); sakal ve türban (yalnız iş hukuku sahasında, iş hukuku kurallarını ihlal ettiği için).²⁰

Örneğin, hem İngiltere'de hem İskoçya'da, özellikle Pakistanlı gruplar arasında görülen, aile tarafından kararlaştırılan evlilikler, zorla evlendirmeler ve çocuk evlilikleri devamlı bir sıkıntı yaratmaktadır. Sorun, irade fesadı ya da 'gerçek ve özgür olmayan' rıza izharı olarak görülmektedir. Britanya hukuklarında ise evliliğin geçerliği karşılıklı özgür rıza beyanına dayanır. Eğer evlilik sebebi, sadece ebeveyne saygı ise, evlilik yoklukla mağlul değildir ama, ebeveyn tarafından herhangi bir baskı ya da tehdit uygulandığı emaresi varsa, bunun ana babanın etkileme sınırlarını aştığı kabul edilir, ikrah ve tehdit altında evliliğe girildiği varsayılır ve mahkemeler bunu yokluk sebebi sayabilir. Bu gibi durumlarda, karı koca olunmuş olsa bile (consummate), rızanın zor ve korku altında elde edildiği ispatlanabilirse, evlilik yok sayılabilir.²¹ Ana babanın ya da belirli bir topluluğun bu tutumu tasvip etmemesi önemli sayılamaz.²² Genelde

¹⁷ Avrupa soyundan, beyaz, Hristiyan, dili İngilizce, belirli bir toprakta doğmuş, Birliğe ve Monarşiye bağlı.

¹⁸ W. Menski, "Ethnic minority studies in English law", in R. Jones & W. Gnanapala, *Ethnic Minorities in English Law* (Gems, 2000) s.xvii.

¹⁹ Bkz.: ibid.

²⁰ ibid, s.100. Aile hukuku için bkz.: ibid s. 106-133, iş hukuku için bkz.: ibid s. 219-231.

²¹ *Mahmud v. Mahmud*, 1994 SLT 599 da evlilik hiç tamamlanmamıştı, fakat *Mahmood v. Mahmood* 1993 SLT 589 da tamamlanmıştı.

²² *Mahmood*, ibid.

bu davalarda, davacı genç bir erkek ya da kızdır.²³ Nisan 2002'de Court of Session'da²⁴ bir davada 19 yaşında bir kız, ana babasının kararlaştırdığı evliliğini iptal ettirebilmiştir. Bu kararda “anamlı olabilmeleri için özgürlükler ve insan hakları her vatandaşa eşitlikle uygulanmalıdır” denmiştir. “Demokrasilerde, tolerans, tolerans gösterilemeyecek uygulamaları göz ardı etmek anlamına gelemez. Çeşitliliği (diversity) teşvik etmek, kabul edilemez davranışları sineye çekmek demek değildir.”²⁵ Bu görüş Britanya hukuklarının genel tutumunu sergilemekte, bugün de genel hukuk ve ahlak değerlerine ters düşen, yukarıda örneklerini saydığımız talepler toplumun çoğunluğu ve hukuk tarafından kabul görmemektedir. Bugün artık toplum çok kültürlüdür (multi-cultural), ama hukuk çoğulcu (legally pluralist) değildir..

Kanada

Kanada, bir çok kültürün bir araya geldiği, kaynaşmış yeni bir kimlik yarattığı ve fakat tarihinde asli yerli halkın kültürünün yok sayıldığı federal bir sisteme örnektir. Bugün, hukuk sistemi, kısmen de olsa, çoğulculuk fikrinin baskın hukuk anlayışına etki yapmasına izin vermektedir. Sistem, kurulduğu gündeki günahlarının kefaretinin ödemek için, normatif açıdan giderek çoğulculaştırılmaktadır. Bir çok davada, mahkemeler, “kültüre dayanan bir sosyal düzenin yarı-otonom varlığını kabul etmektedirler”.²⁶ Benzer davalarda “başka taraflara uygulayacakları hukuk kuralları yerine” mahkemeler, belirli bir azınlığa mahsus normları uygulamaktadırlar, meğer ki, “azınlık toplumunun normları açıkça yanlış görülmesin ya da bu topluluğun dışında kalanların refah ve mutluluğu için uygun olmayan sonuçlar içermesin”.²⁷ Bu demektir ki sistem zımnen çoğulcudur. Kanada da son zamanlara kadar görülen baskın kafa yapısı, kültürel farklılığı gözetmek için üniformiteden her ayrılışı şüphe ile karşılamış ve böylece, ayrılışın kabulünün ‘özel davranış’ olacağı ve eşitliği ihlal edeceği gerekçesi ile “yerli asli halkın (Aboriginal) kendi kendilerini yönetmelerine ya da Quebec için ‘farklı toplum’ statüsünün kabulüne karşı çıkmış ve protesto etmiştir.”²⁸

Reaume azınlık grup otonomisine karşı yargısal tutumu örneklemek için üç alana bakmıştır. İlki, itaatsizlik nedeniyle Hutterian Brethren gurubundan ve bunun sonucu olarak tarımsal alandan da ihraç edilenlerin davasıdır (burada mahkeme topluluğun pratiklerini yorumlarken, tabii adalet ilkesine üstünlük tanımıştır). İkincisi, dini okullarda çalışan ve dinin bazı temel kurallarına uymadıkları için işten çıkarılan öğretmenlerin davasıdır – ki başka hallerde haksız işten çıkarma sayılır – (mahkeme kilise mahkemesinin kararını ‘adil’ görerek geçerli saymış, ama objektif ‘makullük’ standardını da uygula-

²³ Örneğin, *Mahmood*, ibid.

²⁴ İskoçya'da üst hukuk mahkemesi.

²⁵ Bu karar *The Herald* gazetesinin 24 Nisan 2002 nüshasındaki bir köşe yazısında yayınlanmıştır.

²⁶ D.G. Reaume, “The Legal Enforcement of Social Norms: Techniques and Principles” (yayınlanmamış konferans tebliği).

²⁷ ibid.

²⁸ ibid.

mıştır). Üçüncü alandaki dava ise bir Salish topluluğunun, bir ferdi geleneksel Aborijinal pratiklere uymaya zorlayan kararı ile ilgilidir (burada mahkeme, geleneklerin yalnız sözlü (oral) olabileceğine ve bu kararın zorla alıkoyma ve tehdit teşkil edeceğine karar vermiştir).²⁹

Bu üç kararda çoğulculuğu tatmin etmek için kullanılan yorum metodlarını inceleyen Reaume, iki metod ortaya koymuştur. Bunlardan birisi, relatif olarak nötr içerikli hukuk teknikleri kullanarak azınlık gruplarının pratiklerinin bir haritasını çıkarmaktır. İkinci metod ise, yorumsal takdir yetkisini, kültüre duyarlı bir biçimde, soyut hukuki kavramları yorumlayarak kullanmaktır. Birinci teknik, grubun pratiğini “hukuk sisteminin tanıyabileceği bir biçime sokmaktır”; ikinci teknik ise, “hukuk doktrininde sıklıkla görüldüğü gibi, müphem kavramlar içinde manevra yapmaktır”.³⁰

Global ve Lokal

Evrensel ile özel (particular), homojen ile heterojen, global ile lokal arası ayırım konuları, modernizasyon, dünya-sistemleri, ve globalin homojenize eden ve yakınsama yaratan kuvveti, teorileri kapsamında tartışılmaktadır.³¹ Denmektedir ki, “sosyal ilimlerin bugün görevi bu yeni global-lokal ilişkilerin anlamını ortaya koymak”,³² ve lokal boyuta yer açmaktır.³³ Robertsona göre, bugün “özelin evrenselleşmesi ile evrenselin özelleşmesi birbirine nüfuz etmiştir.”³⁴

Burada paradoksal olan durum şudur: Globalizasyon ve evrensel standartlar yaratma çabaları, lokalizasyona ve lokalize ayrıcalıklara ve istisnalara olan ilgiliyi arttırmıştır; günümüzün akademik tartışmalarına egemen olan tema evrensellik karşısında etnik eksklüzyondur. Entegre etme ve yakınsama modası, odağı, farklı olana doğru çevirmiştir. Burada şu da tartışılabilir. Acaba ‘global’ çeşitli ‘lokal’lerin toplamı mıdır? Yeni yaratılan bir kavramı kullanırsak, burada ‘glokal’den mi söz ediyoruz? Kozmopolitanizm olarak globalizasyon, acaba bizi ‘öteki’ni tanımak ve bunu yaparken de ‘çeşitliliğe’ ve ‘kültürlerin birlikte yaşamasına’ yer açmak³⁵ zorunda mı bırakır?

Global, topraktan bağımsızdır (deterritorialised), belirli bir yere bağlı değildir, halbuki lokal sabittir. Öte yandan, globalizasyon dünyayı tek büyük bir

²⁹ ibid.

³⁰ ibid.

³¹ Bkz.: R. Robertson, *Globalization: Social Theory and Global Culture* (Sage, 1992) ve M. Featherstone, *Undoing Culture: Globalization, Postmodernism and Identity* (Sage, 1995). Kapsamlı bir tartışma için bkz.: W.F. Menski, *Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa* (London: Platinum, 2000).

³² S. Lask & J. Urry, *Economics of Signs and Space* (Sage, 1994), s.312.

³³ R. Robertson, “Globalization: time-space and homogeneity-heterogeneity” in M. Featherstone et al. (eds.) *Global Modernities* (Sage, 1995), s. 38 ve 41.

³⁴ Robertson (1992), s. 100. See for a good discussion P. Fitzpatrick, “Globalisation and the Humanity of Rights” (2000) (1) *Law, Social Justice and Global Development (LGD)*, <http://elj.warwick.ac.uk/global/issue/2000-1/fitzpatrick.html>. s. 1-18.

³⁵ U. Hannerz, “Cosmopolitans and Locals in World Culture”, in M. Featherstone (ed.) *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity* (Sage, 1990), s. 239.

bütün olarak görmek zorunda değildir;³⁶ evrensel, her kültürün bakış açısından derlenmiş olarak da düşünülebilir.³⁷ Global dinamiktir ve etkindir, lokal alıcıdır ve etkilenendir.³⁸ Kültürel mutlakiyetçilik ancak belirgin özellikleri olan toplumlara bir kimlik verebilir; sabittir ve münhasırdır (exclusive). Örneğin, liberalizm, demokrasi, bireysellik ve progresif değişimle ayniyet içinde olduğu düşünülen globalize olmuş evrensel insan hakları, çoklukla, toplumun ya da devletin yaygın ve baskın gücüne karşıt olarak ele alınır ve kapsayıcıdır (inclusive).³⁹

Her ne kadar kültür, dil, gelenek ve din, çeşitliliği yaratıp beslemekte ise de, acaba bu çeşitlilik evrensellik ilkesini yeniden gözden geçirmeyi gerektiriyor mu? Eğer evrensellik, diğer bir deyişle globalizm, 'globalize olmuş lokalizm' ('glokal') olarak düşünülürse, o zaman baskın kültür, dil, gelenek ve hatta dinin değerlerinin globalleştiğine işaret eder. Bu da, Avrupada kültürel çoğulculuk iddiasında olanlar için, batı kültürüdür. Acaba birbirleriyle kesişen hukuk, sosyal yapı ve kültür kategorileri nasıl birbirlerinden ayırdelebilecektir? Kültürler, tek tek ülkelerle, toplumlarla ya da yörelerle özdeşleştirilebilir mi? Bir ülke içindeki bölgeler, yaş grupları, sınıflar, cinsiyetler arası farklı kültürlerin varlığı nasıl açıklanacaktır? Tek tek ülkelerin sınırlarını aşan sosyal, ekonomik, politik, hukuksal ya da başka kültürel ayrıcalıklar ne olacaktır?

Eğer, normatif çoğulculuk kabul görürse ve de hukuk toplumun çok-kültürlü boyutunu düzenlemede esnek ve akıcı olarak düşünülürse – ki bu, teknik bir sorundan öte politik irade meselesi olabilir - bazı temel soruların cevabını vermek gerekecektir. Azınlık nedir? Kültürel pratikleri nasıl tanıyabiliriz ve kültür nasıl ölçülür? Kültürü ispat kriterleri nelerdir ve bu ispat yükünü kim taşır? Kültürü kim temsil eder? Çeşitli toplulukların iç kurallarını bağlayıcı biçimde ortaya koyacak iç düzenlemeleri var mıdır? Son olarak, böyle durumlarda, olağan 'kanunlar ihtilafı' kuralları geliştirilip uygulanabilir mi?

Sonuç

Batı hukuk kültürlerini inceleyen, ya da Avrupa Birliğini çok-basamaklı bir iktidar olarak ele alan, ya da Avrupa'daki hukuk çoğulculuğundan söz eden çalışmalara bakıldığında, görülen, inceleme ünitelerinin ulus devletler olduğudur. Sosyal sınıf, eğitim seviyesi, cinsiyet, yaş, din, ideoloji ya da etnisite gibi alt-kültürlerin tesbiti çok daha zordur. Örneğin, eğitim seviyesinin hukuksal değerlere etkisi olduğunu görmekteyiz: daha eğitimliler hukuk devleti ilkesini, kişisel özgürlükleri ve hukukun tarafsızlığını desteklemektedirler.⁴⁰ Bundan daha da çarpıcı olan, hukuksal değerlerin kök salmasının özellikle sosyal sı-

³⁶ Bkz.: A. Appadurai, "Disjuncture and Difference in the Global Cultural Economy", (1990) 2 *Public Culture*, s. 7.

³⁷ B de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition* (Routledge, 1995), s. 337 ve B de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, Butterworths (2002).

³⁸ Fitzpatrick, *supra* not 34, s. 9.

³⁹ Bkz.: R.E. Howard, "Cultural Absolutism and the Nostalgia for the Community", (1993) 15 *Human Rights Quarterly*, s. 315-338.

⁴⁰ J.L. Gibbon, G.A. Caldeira "The Legal Cultures of Europe", (1996) 30 *Law and Society Review*, 1996), s. 55.

nflar açısından ortaya çıkmasıdır: “Var olan sosyo-ekonomik yapıdan en fazla kazanç sağlayanlar hukuku yararlı bir müessese olarak görmektedirler.”⁴¹

Olasıdır ki, geleneksel davranışlara müdahaleden doğan sorunlar ve alışılmamış müesseselere karşı duyulan olağan korku, zaman içinde, belirli kültürel kesimlerin istekleri doğrultusunda hukuku değiştirmek yerine, o kültürel kesimlere duyarlı yaklaşımlarla, azalıp kaybolabilir. Avrupa’da yakınsama (convergence) süreci, paylaşılan müşterek değerlerin kabulüdür. ‘Müşterek ve paylaşılan bir hukuk kültürü’ ve birlik yapılandırma atmosferi içinde, Avrupa, kültürel çoğulculuğa yaklaşırken, acaba vurgulanması gereken, ‘alt’ın (aşağı-nın) talepleri mi yoksa ‘üst’ün (yukarının) arzı mı olmalıdır?

Modern Avrupa üniter ulus devletinde, kültürel çeşitlilik ve çok sayıda normatif düzene yer açabilmek yasa koyucu yoluyla değil, ancak hukukun uygulayıcısı olan yargıçlar eliyle olanaklıdır. Yargıçlar takdir yetkilerini kullanarak uyum yaratabilirler. Yasa koyucuların elleri ise, tek tek ülkelerde Anayasa düzenleri ile, Avrupa Birliğinde ‘daha fazla yakınlaşma ve entegrasyona gitme’ açık amacı ile bağlıdır. Unutulmamalıdır ki hukuk kurallarının Avrupa Birliğince harmonizasyonu, üye devletlerin, üyelik öncesi, ülkeleri içinde yaşayan çeşitli kültürlerin ihtiyaçlarını düşünerek koydukları bazı hukuksal istisnaların da üzerindedir ve bunların da değiştirilmesi gerekir.

Kozmopolit ve pragmatik bir yaklaşım şunu ortaya koyar: Globalleşmekte olan bir dünyada, yakınsama (convergence) hem daha avantajlıdır hem de kaçınılmazdır; insan hakları evrensel standartları ile temsil edilen temel değerler her zaman bütün diğer ‘ayrıklık’ (exceptionalism) istemlerini yenmelidir; kültürel çeşitlilik, hayatın tuzu biberidir, ama kültürel alanda kalmalıdır, ve hukuk dünyasına girmemelidir; transnasyonal, bölgesel ve toplumlararası seviyeye varmaya çalışan bir çerçeve hukuk sistemi toplumda çok-kültürlülüğe de yer vererek hukuk dünyasına modernitenin üniformitesini getirmelidir. Hiç bir zaman çok-kültürlülük hukukun bu amaçlara doğru ilerlemesini engellememelidir. İzlenecek yol, işe en uygun materyelleri seçerek ve bir sıra hukuk kuralı kullanarak, rasyonaliteye, ahenge ve reforma varmalıdır.⁴²Çoğulculuğun kabulü “kapsayıcı bir çerçeve teşkil eden tabii adalet ve ahlak kurallarına ters düşen iç gurup normlarının uygulanmayacağı koşulu” ile niteliklidir (qualified).⁴³ ‘Çeşitlilikte birlik’ (unity in diversity), ancak çeşitlilik ‘amaçta birlik’i (unity of purpose) tehdit etmedikçe sağlanır ve sağlıklı kalabilir. Bugün için, iç mantığı gereği, modern, batılı, üniter ulus devlet hukuk sisteminde, yalnız ‘nitelikli hukuksal çoğulculuğa’⁴⁴ yer olabilir.

⁴¹ Ibid., s. 70-73.

⁴² M. Bussani, “Integrative’ Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems”, (2000) *European Review of Private Law*, s. 89.

⁴³ Reaume, supra not 26.

⁴⁴ ‘Qualified legal pluralism’.