

Kültürel Savunma: Kavram ve Argümanlar*

Yrd. Doç. Dr. Saim Üye**

ÖZET

Bu makale hukuk literatüründe “kültürel suç” ve “kültürel savunma” kavramlarına verilen anlamları ve kültürel savunma lehine ya da aleyhine geliştirilen argümanları konu edinmektedir. Konuya ilişkin tartışma hukuki fikirlerin çatışan öncüllerini, bunlar arasında denge kurmanın ve bu dengeyi çağdaş çokkültürlü toplumların ceza mahkemelerinde gerçeğe dönüştürmenin zorluklarını ortaya koymaktadır. Kültürler çatışmasının yarattığı sorunların üstesinden gelmeye yönelik ihtiyaç, hukuk sistemlerini değiştirmeye ya da çokkültürlü sosyal gerçeklikle uyum halinde olan yeni yorum biçimlerini benimsemeye zorlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk ve Kültür, Kültürel Suç, Kültürel Savunma, Çokkültürlülük, Kültürel Çoğulculuk.

Cultural Defense: Concept and Arguments

Abstract

This article deals with the meanings attributed to the concepts of “cultural offense” and “cultural defense” in the legal literature, and with the arguments raised in favor of or against the recognition of the cultural defense. The debate surrounding the issue figures out the conflicting premises of the legal ideas, the difficulty in balancing them and in realizing that balance in the criminal courts of contemporary multicultural societies. The compelling need to overcome the problems of clash of cultures forces the legal systems to change or to adopt new forms of interpretation in line with multicultural social reality.

Keywords: Law and Culture, Cultural Offense, Cultural Defence, Multiculturality, Cultural Pluralism

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD

Giriş

İngiltere’de Nijerya kökenli bir kadın (Adesanya) oğullarının yüzlerini jiletle kazıyarak onlara fiziksel zarar vermek suçlamasıyla karşılaştı. Adesanya savunmasında, mensubu bulunduğu Yoruba kabilesinin sembolünü çocukların yüzlerine çizdiğini, bunun kültürel bir gereklilik olduğunu, kendi kültüründe bunu yapmanın çocukları kimliksiz bırakarak onlara zarar vermek olarak algılandığını ileri sürdü.¹ Kaliforniya’nın Fresno kentinde Laos kökenli Hmong kabilesine mensup Kong Moua, aynı kabileden bir kadını zorla kaçırmak ve tecavüz etmekle suçlandı. Sanık savunmasında, eyleminin Hmong kültüründe olağan kabul edilen bir evlilik ritüeli (*zij poj niam – marriage by capture*) olduğunu iddia etti. Yerel kültürde yaygın olduğu anlaşılan bu uygulamaya göre, kadının kaçırılmaya direnmesi de, erkeğin bu direnci kırmak için güç kullanması da ritüel gereği idi.²

Yakın geçmişte ABD’de ve Avrupa’da örnekleri çoğaltılabilecek bu türden davalarla karşılaşılması hukuk literatüründe kültür odaklı tartışmaların yoğunlaşmasına yol açtı. İçerik bakımından değişseler de, bu tür davalarda ortak bir özelliği saptamak mümkündür. Azınlık kültürüne mensup failer kendilerini içinde yaşadıkları toplumun hukuk düzeninin talepleri ve aidiyet halinde buldukları kültürün gereklilikleri arasında sıkışmış durumda bulmaktadırlar. Mahkemele- rin böyle bir olayla karşılaştıklarında nasıl davranmaları gerektiği, makalenin başlığının ifade ettiği sorunun özünü oluşturmaktadır. Kültür temelli gerekçeler dikkate alınmadan, aynı eylemi gerçekleştiren egemen kültür mensubu diğer herhangi bir fail için nasıl karar verilecekse öyle mi karar verilmelidir? Yoksa failin sorumluluğunu saptarken onun eylemini yönlendiren özgün kültürel normları hesaba katmak, dolayısıyla eylemi farklı bir kategoride değerlendirmek adaletin bir gereği midir? Hukuk doktrinini giderek daha fazla meşgul ettiği anlaşılan bu sorunun³ ilk bakışta görünenden daha derin bazı felsefi tartışmaları bünyesinde barındırdığı açıktır. Ahlak ve hukuk ilişkisi, cezanın amacı, kanun önünde eşitlik, kültürel çoğulculuk, hakkaniyet, ahlaki rölativizm gibi konular bu bağlamda sözü edilebileceklerden birkaçıdır.

Konuyu tartışmak üzere Avrupa doktrininde genellikle ayrı bir suç kategorisini ifade etmek üzere “kültürel suç” terimi kullanılmakta iken, ABD doktrininde

1 Alison D. Renteln, *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2004, s. 49-50.

2 Ayrıntılar için bkz. Deidre Evans-Pritchard & Alison D. Renteln., “The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong “Marriage by Capture” Case in Fresno, California”, *South California Interdisciplinary Law Journal*, 4/1, 1994-1995, s. 8-13. İntihar eden kadının küçük çocuklarını da kendisiyle birlikte öldürmesini gerekli gören kültürel norm gereğince çocuklarını öldüren, fakat kendisi kurtarılan Japon kökenli Kimura’nın davası için bkz. Saim Üye, “Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arki- vi*, 17, 2007, s. 109 vd.

3 Sorun üzerine tartışmalar ABD, İngiltere, Belçika, Hollanda, Kanada, Avustralya gibi ülke- lerde yaygın biçimde görülmektedir. Bkz. Alison Dundes Renteln, “The Use and Abuse of the Cultural Defense”, *Canadian Journal of Law and Society*, 20/1, 2005, s. 47; Alison D. Renteln & Rene Valladares, “The Importance of Culture for the Justice System”, *Judicature*, 92/5, 2009, s. 194.

“kültürel savunma” teriminin tercih edildiğini görüyoruz.⁴ Bu bir ölçüde, Kıta Avrupası hukuk sistemi ile *common law* geleneğindeki tarihsel biçimleniş farklılıklarının sorunlara yaklaşım tarzını belirleyişine bağlanabilir. İçtihadilik niteliğinin ağır bastığı *common law* geleneğinde faillerin yargılama sürecindeki savunma pratiklerinin gözleminden hareket edilerek fikir üretimine girilirken, yasamaya ve kodlara öncelik tanıyan Avrupa yaklaşımında eylemin mevzuat bakımından suç oluşturma potansiyelinin öncelikle dikkat çektiği ve odak farklılaşmasının bundan kaynaklandığı düşünülebilir. Bu farklılık üzerinde yoğunlaşmak gerekli değildir; zira bu iki terimin birbirini gerektirdiği açıktır. Aynı olgu, fail tarafından bakıldığında bir savunma tarzı, hukuk sistemi tarafından bakıldığında bir suç türü olarak görünür hale gelmektedir. Dolayısıyla, bu iki terimin aslında aynı deneyime işaret ettiği, gerçekliğin iki farklı görünümünü ifade ettiği ve hatta birbirini tamamladığı söylenebilir.

Mahkemelerin karara ulaşırken kültürel aidiyeti hesaba katmalarının gerekip gerekmediği sorusu üzerine tartışma, esasen kültürün insan davranışını yönlendirme yeteneğine dair tartışmayla bağlantılıdır. Bu uygulamaya taraftar olmanın temel öncülü, kültürün birey davranışı üzerinde güçlü bir etkiye sahip olduğu, onu kültürlenme sürecinde kendisine öğretilen tarzda davranmaya yönlendirdiği fikridir.⁵ Aşağıda öncelikle bu noktadan hareket edilecek, kültür ve suç algısı arasındaki bağlantıya değinildikten sonra, kültürün hukuken hesaba katılabilirliğine ilişkin soruya olumlu ve olumsuz cevap geliştirenlerin dayandıkları temel argümanlara yer verilecektir.

I. Kültür ve Suç

Bir eylemi salt “sosyal” olmaktan çıkarıp ona “kültürel” olma niteliğini kazandıran husus, onun gerçekleştirilme nedeninde ve tarzında belli ideallerin, inançların ya da değerlerin rol oynamış olmasıdır. Bu farklılık, gündelik davranış rutinlerinin ürettiği kalıplar ile gereklilik duygusunu değerlerden ve ideallerden alan kültürel normlar arasında bir ayırım yapılmasını olanaklı kılar. Bunlardan ilkinin ikincisine dönüşmesi elbette mümkündür. Her durumda, kültürel normlar değerlerden aldıkları güç sayesinde bireyden daha ciddi bir itaat ve bağlılık talep eder. Ceza hukukunun ihlalini yaptırma bağladığı belli kuralların bu türden kültürel değerleri güvenceye aldığı ve onlara kalıcılık kazandırdığı düşünülür. Eylemin değer ihlali nedeniyle cezai sorumluluk doğurması, suç algısının kültürel boyutunu ortaya koyar. İki kültür arasında suç algısının farklılaşması, daha genel düzeyde kültürler çatışması olarak adlandırılan olgunun ceza hukuku alanındaki somut yansımaya işaret eder.

4 Jeroen Van Broeck, “Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9/1, 2001, s. 1.

5 Renteln (2004), s. 10; (2005), s. 48.

I.1. Kültür ve Bireysel Davranış

Kültür, en geniş anlamıyla bireyin bir toplumun üyesi olmak sıfatıyla hayatında yer alan, bilgi, sanat, inanç, ahlak, gelenek gibi tüm olguları kapsar. Elbette daha dar anlamda tanımlar da üretilebilir. Ancak hangi tanım kabul edilirse edilsin, her bir kültürün özgün bir anlamlar ve simgeler sistemi oluşturduğu üzerinde uzlaşılabilir. Simgenin asli niteliği, bir kültürü biçimlendiren farklı anlamların aktarımını sağlayan bir araç olmaktır.⁶ Öznelerarası bir simgeler sistemi olarak kültür, bireye kendine ve kendi dışındaki dünyaya yönelik olarak özgün bir bakış sağlar. Bu simgeler sisteminin hem bilişsel hem de değerlendirici işlevleri bulunur. Bilişsel işlev dış dünyanın algısını ortaya koyan zihinsel inşanın kategorileri ile işlerken, değerlendirici işlev belli normlara göre yorumlama ve yargılama olanağı sağlar. Bunu, normal kabul edilen bir dizi ortak idealler, değerler ve davranış standartları üreterek yapar.⁷

Kültürel antropologlar, kültürün değer boyutunu hesaba katarak, bireyin maddi davranışı ile bu davranışın temelinde yatan zihinsel süreci birbirinden ayırmaktadırlar. Kültürün etkisi, gözlemlenen maddi davranışın bizatihi kendisinden ziyade, bu davranışın yansıtmakta olduğu inançlarda ve değerlerde bulunur.⁸ Ne kadar ortaklaşmış olsalar da, bu inançlar ve değerler açık ve net biçimde tanımlanmış ya da tek bir biçim almış olmak zorunda değildirler; bunlar farklı toplumlarda değişebileceği gibi, aynı toplumun alt katmanları arasında da değişebilir. Kültürel grubun üyelerinin aynı değerleri paylaşmaları, her birinin aynı durumda aynı biçimde davranacağı anlamına gelmez. Diğer yandan kültür, kuşaktan kuşağa aktarılırken dönüşüme uğrayabilir. Her türlü özcü tanımdan, değişmezlik ya da tek biçimlilik vurgusundan uzak kalınsa da, her kültürün bireyleri bir arada tutan kendine özgü bir iç mantığa ve sistemli bir yapıya sahip olduğunu belirtmek yanlış olmaz.⁹

Kültürün bireyin davranışı üzerindeki yönlendirici etkisinin gücüne ve kapsamına dair farklı görüşler vardır. Bunlar, faile atfedilen özgür davranma yeteneğinin derecesine, tersinden söylenirse kültürün failin davranışı üzerindeki kontrol gücünün düzeyine bağlı olarak farklılaşmaktadır.¹⁰ Bu görüşler bir düşünsel yelpaze üzerine yerleştirilirse, bu yelpazenin bir ucunda bireyin davranışlarının kültürel koşullanmadan bağımsız olduğu düşüncesi yer alır. Bu fikre göre kişi, yetiştiği kültürün öğrettiklerinden bağımsız olarak belli eylemlerin bizatihi kötü olduklarını görebilir ve bu yüzden bunları gerçekleştirdiğinde sorumlu tutulması meşru-

6 Michael Richardson, *Experience of Culture*, Sage, 2001, s. 4.

7 Richardson, s. 5; Broeck, s. 8.

8 Michael Fischer, "The Human Rights Implications of a Cultural Defense", *S. California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997, s. 669.

9 Kay L. Levine, "Negotiating the Boundaries of Crime and Culture: A Sociolegal Perspective on Cultural Defense Strategies", *Law and Social Inquiry*, 28/1, 2003, s. 76.

10 Levine, s. 46.

dur. Dahası, içinde yaşadığı toplumun farklı ilkeler temelinde örgütlenebileceğini düşünme yeteneği her insanda doğallıkla vardır; kişi kendi kültürüne eleştirel bir gözle dıştan bakarak onun bazı uygulamalarının yanlış olduğunu saptayabilir ve bunları gerçekleştirmekten kaçınabilir. Dolayısıyla, bu görüşe göre, belli bir kültür içinde yetişmiş olmak kişiyi ahlaki ve hukuki sorumluluktan bağışık tutmaz.¹¹ Yelpazenin diğer ucunda ise, kültürün birey davranışı üzerinde doğrudan mutlak belirleyici etkisinin olduğuna dair fikir bulunur. Bu çerçevede kültürel bağlamın kişinin davranışını koşullandırdığı ve ona başka biçimde davranma olanağı bırakmadığı düşünülür. Bu kaçınılmazlık elbette eleştirilemezliği beraberinde getirir ve kişiyi eylemi nedeniyle ahlaken ve hukuken sorumlu tutmanın doğru olmadığı sonucuna ulaştırır.¹² Determinizm ve özgür irade tartışmalarına girmeden bu noktada belirtilebilir ki, gündelik hayatımıza yerleşik ahlaki ve hukuki sorumluluk algılarımızı anlamsızlaştıran her tür determinist görüş gibi, bireysel seçime olanak tanımayan bu son görüş de olağan kabullerimizle örtüşmemektedir.

Determinist yaklaşım gibi, kültürel koşullanmanın her türünü reddeden mutlak irade özgürlüğü yaklaşımı da düşünürlerin çoğunluğunca benimsenmemektedir.¹³ Kültürün bireysel davranış üzerindeki etkisinden söz ederken bu iki uç görüşten birini kabullenmek elbette zorunlu değildir. Davranış yönlendirme hedefine yönelik fiziksel bir zorlama söz konusu olmasa bile, bu, söz konusu etkinin ihmal edilebilir düzeyde olduğu sonucuna ulaştırmaz. Kültürel normlar birey farkında olmadan onun kimliğinde ve eyleminde etkin biçimde yer edinebilirler; bunlar bireyi mutlak biçimde yönlendirmeden veya onun davranışlarını kaçınılmaz biçimde programlamadan da ciddi bir etkide bulunabilir. Sonuçta kültür birey tarafından üretilmemekte, içine doğulan toplumda hazır bulunmakta ve türlü kültürlenme biçimleriyle öğrenilmektedir. Kültürlenme süreci bireyin algılarını biçimlendirmekte ve davranışlarını etkilemektedir. Bu, büyük ölçüde bireyin farkındalığının dışında işleyen bilinçdışı bir süreçtir.¹⁴ Hangi davranışın meşru ve kabul edilebilir sayıldığına dair birçok normatif yargı öğrenme yoluyla dışarıdan edinilir. Kültürel normlar kişiyi kabul edilebilir biçimlerde davranmaya yönlendirirken, gerek başkalarının davranışlarının yorumlanmasında gerek onların değerlendirilmesinde, dolayısıyla onlara gösterilecek olumlu ya da olumsuz tepkinin biçimlenmesinde kişiye normatif dayanak sağlar. Aynı şekilde, kültür bireye belli koşullar altında kullanabileceği belli araçlar sunar; birey bu araçlardan dilediğini seçmekte özgür sayılsa bile, araçların kapsamaları ve nitelikleri kültür tarafından belirlenmiştir. Kültür, belli davranış tarzlarına dair bir doğallık ve normallik duy-

11 Mark Tunick, "Can Culture Excuse Crime? Evaluating the Inability Thesis", *Punishment and Society*, 6/4, 2004, s. 397, 398.

12 Alison D Renteln., "A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse", *S. Cal. Review of Law & Women's Studies*, 2, 1992-1993, s. 445; Levine, s. 44; Tunick, s. 401.

13 Levine, s. 45.

14 Renteln (2004), s. 12; (2005), s. 47-48; Renteln & Valladares, s. 194; Tunick, s. 400.

gusu yaratarak bireyi bu biçimlerde davranmaya yönlendirir; dolayısıyla, bireyin özgürlüğünü kullanabileceği alanın sınırları kültür tarafından belirlenmiştir ve dahası, bu alan kültür tarafından yapılaştırılmıştır. Bu durum, kişinin eylemi nedeniyle ahlaken ve hukuken sorumlu sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken, onun aidiyet hissettiği kültürel normların davranışları üzerindeki etkilerinin konu dışı görülmemesi için yeterli bir gerekçe sağlar.¹⁵

I.2. Kültürler Çatışması

Kültürler çatışması terimi, farklı değerlere, normlara ve davranış standartlarına sahip iki ayrı kültürün karşılaşması halinde ortaya çıkan çatışma durumunu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Kültür bireylerin davranışlarıyla somutlaştığına göre, burada önemli olan, kendini bu çatışma ortamında bulan bireyin konumudur. Literatürde kültürler çatışmasının en görünür ve güncel hali olarak, ekonomik ya da politik nedenlerle kendi ülkelerini terk edip Batı ülkelerine yerleşen göçmenlerin durumuna işaret edilmektedir. Diğer yandan, sömürgecilik döneminde sömürge yönetiminin dayattığı kültür ile yerel kültür arasında ortaya çıkmış olan karşıtlığa değinilmektedir. Sömürge yönetimlerinin sona ermesinden sonra da, sömürgeci devletle ilişkilerini sürdüren yerel elitlerin yönetimi altında benzer bir çatışmanın devam ettiği belirtilmektedir.¹⁶ Ancak, kültürler çatışmasından söz etmek için mutlaka bu türden bir göçmenlik ya da sömürge saptaması yapmak zorunlu değildir. Pekala bünyesinde farklı kültürlerin bulunduğu tek bir toplum içinde bu tür bir çatışma söz konusu olabilir. Hangi şekilde oluşursa oluşsun, kültürel çatışma durumunda, egemen bir kültür ile bir azınlık kültürünün ya da azınlık kültürlerinin bireyin hayatını yönlendirmede yarışması söz konusudur.

İki kültürün karşılaştığı her durumda mutlaka çatışma sonucunun doğacağını düşünmek gerekmez. Kültürler arasındaki benzerlikler farklılıklardan daha çok olabilir ve bu bir çatışmaya vücut vermeyebilir. Avrupa'dan ABD'ye göç etmiş olanların ya da Türkiye'ye yerleşmiş olan Azerilerin durumunda bunu gözlemliyoruz. Veya farazi olarak, belli azınlık kültürleri egemen kültür içinde eriyip dönüşebilir. Ancak yaşanan deneyim, bu dönüşümün çok kolay olmadığını göstermektedir. Araştırmalar belli merkezi kültürel değerlerin oldukça dirençli ve kalıcı olduğunu ortaya koymaktadır. Çalışmalar, egemen bir grupta karşı karşıya kaldığında bir azınlık grubunun kendi geleneksel değerlerini hemen kaybetmediğini, hatta kimi durumlarda onlara olan bağlılığını daha da güçlendirdiğini göstermektedir. Bir azınlık grubu içinde belli değerler egemen kültürün etkisiyle ortadan kaybolursa da, belli çekirdek değerler korunur ve hatta daha da güçlendirilir. Azınlık grubunun etnik ve kültürel kimliğini biçimlendiren ve ona bir tür kalıcılık sağlayan bu merkezi değerlerin değişmesi oldukça zordur. Egemen kültürün küçümseyici ve dışlayıcı tavrı söz konusu ise, değerleri somutlaştırdığına inanılan belli dav-

15 Levine, s. 46; Renteln (1992-1993), s. 445; Renteln & Valladares, s. 195; Tunick, s. 402.

16 Broeck, s. 11.

ranış tarzlarına olan bağlılığın daha da güçlendiği anlaşılmaktadır. Dışlama pratiği bireyi grubuna daha da bağımlı hale getirmektedir. Diğer yandan, özellikle sosyal ve ekonomik olanaklara erişim bakımından daha alt durumda olan azınlık gruplarında, kültürel aidiyet birey için tek korunak olarak önem kazanmaktadır. Bu türden nedenlerle aidiyet halinde bulunduğu sosyal gruptan dışlanmayı göze alamayan birey için bu grubun kültürel normlarının zorlayıcılığı, dolayısıyla bireyin özgürlüğünü kısıtlayıcı özelliği güçlü biçimde varlığını sürdürmektedir.¹⁷

Kültürler çatışmasından söz edebilmek için kültürler arasında mutlak ve kapsayıcı bir çatışma halinin aranmaması gerektiğini belirtmek gerekir. Böyle olabileceği gibi, tedrici bir farklılaşma da söz konusu olabilir. Önemli olan husus, bir eylemin değerlendirilme ölçütlerinin ve ona yüklenen anlamların iki kültür arasında derece itibarıyla farklılaşması ve bunun, seçim yapmak durumunda olan bireyin konumunu etkilemesidir.¹⁸ Kültürler çatışmasının konumuzu ilgilendiren boyutu suç algısının kültürler arasında değişebilmesi ve bunun “kültürel suç” terimiyle ifade edilen olguyu ortaya çıkarmasıdır. Çatışma hukuk sisteminin ilgi alanındaki konulara dahil olup yargılama sürecinde gündeme getirildiğinde, mahkemeler failin kültürel aidiyetinin sonucu etkileyecek biçimde dikkate alınmasının gerekip gerekmediği sorusuyla karşı karşıya kalmaktadırlar.¹⁹

1.3. Kültürel Suç

Kültürler arasında hangi eylemin cezayı hak ettiğine, dolayısıyla hangi eylemlerin suç sayılması gerektiğine dair algı farklılaşabilir. Egemen kültürel kodların hukuk sisteminde ifade bulması, kültürel çatışmaya hukuki bir boyut katar. Bir ülkenin ceza kanunlarında suç sayıldığı belirtilen eylemlerin o toplumdaki egemen kültürel normların bir yansıması olduğu düşünülürse, o topluma sonradan katılan veya suç algısı değişik olan diğer kültürler ile ceza kanunları arasında bir çatışma çıkması beklenebilir.²⁰ Bu durum, kültürel çatışmanın hukuki boyutunun bugün göçmenlik nedeniyle Batı’da yaygın biçimde görünürlük kazanan ve dolayısıyla en çok dikkat çeken türüne işaret etmektedir. Diğer yandan, böyle bir sonradan katılım söz konusu olmasa bile, farklı kültürlerin bir arada bulunduğu aynı toplumda egemen konumda olan kültürün ceza kanunlarına yansıdığı düşünülürse, bu kez egemen kültürel kodların yasal ifadesi ile azınlık durumundaki kültürel grupların suç algısı arasında bir çatışma ortaya çıkabilir. Kültürel türdeşliğin bulunmadığı her toplumda böyle bir durumla karşılaşmak mümkündür. Egemen kültürün toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğunca paylaşılan kültür olduğu varsayılabilir, ama bunun bir zorunluluk olmadığını belirtmek gerekir; eğer ceza kanunlarını

17 Broeck, s. 12-13.

18 Broeck, s. 16.

19 Renteln (1992-1993), s. 438.

20 John C. Lyman,, “Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?”, *Criminal Justice Journal*, 9, 1986, s. 87-88.

belirleme yetkisi belli bir grubun elinde bulunuyorsa, pekala bu grubun kültürel kodları kanunlar aracılığıyla egemen bir konum kazanabilir. Hatta hukuk sistemini iktibas yoluyla oluşturmuş ülkelerde, hukuk sistemine yerleşik değerlerin kökenini bir başka ülkenin kültüründe bulmak da mümkün olabilir. Böyle anlaşıldığında, egemen kültür terimi ceza kanunlarının ideolojik dayanağını oluşturan kültürü ifade eder. Dolayısıyla, ceza kanunlarında ifade bulan kültürün, çoğunlukça paylaşılsın ya da paylaşılmasın, yerel olsun ya da olmasın, egemen kültür olduğu düşünülebilir.²¹ Bu son durum, kültürel çatışmanın hukuka dair sonuçlar üreten görünüm biçimini daha belirgin biçimde ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalar, “kültürel suç” teriminden ne anlaşılması gerektiği konusunda bazı ipuçları sunmaktadır. Ceza kanunlarının suç saydığı bir eylem kültürel bakımdan onaylanan bir eylem ise, birey kendisi üzerinde bağlayıcılık iddiasında buluna iki ayrı kodlama karşısında seçim yapmak durumunda kalır. Eğer seçimini kültürden yana yaparsa, ortaya çıkan eylem pozitif hukuka göre suç teşkil eder; ancak kültürel değerler tarafından motive edilmiş olması onu diğer suçlardan ayırarak “kültürel suç” haline getirir. Belçikalı bir hukukçunun tanımına göre;

“Bir kültürel suç, azınlık kültürünün bir üyesi tarafından gerçekleştirilen ve egemen kültürün hukuk sistemi tarafından suç olarak görülen bir eylemdir. [Söz konusu] eyleme failin içinde bulunduğu kültürel grup tarafından göz yumulmakta, o normal bir davranış olarak kabul edilmekte ve onay görmekte, hatta belli durumlarda desteklenmekte ve teşvik edilmektedir.”²²

Tanımdan anlaşıldığı üzere, ceza kanunları tarafından suç sayılan eylem, failin aidiyet halinde bulunduğu kültürel grup tarafından ya görmezden gelinmesini haklı gösterecek kadar basit sayılmakta, ya normal ve olağan olduğu düşünülmekte, ya da onun belli koşullar altında “olması gereken” statüsüne hak kazandığı kabul edilmektedir. Burada belirtilmesi gereken husus, kültürel suç teriminin suç kültürü ya da suç üreten kültür gibi bir takım imalara sahip olmadığıdır; her toplumda bir suç algısının varlığı anlamında suç olgusunun evrenselliği anlaşılabilir bir durumsa da, neyin suç oluşturduğu konusunda göreceli bir durumun egemen olduğu açıktır. Dolayısıyla, kültürel suç terimi ile ifade edilen husus, her ikisi de kendine özgü değerlere ve ideallere sahip iki kültürün normları arasındaki uyumsuzluktan daha fazlası değildir. Özetle, söz konusu terimin, bir azınlığın kültürel normlarının (yukarıda bahsedilen anlamda egemen kültürün bir yansıması olan) yürürlükteki hukuk kuralları tarafından meşru sayılmaması halini kavramsallaştırdığı söylenebilir. Başka deyişle, kültürel suç, failin pozitif hukuk sistemi tarafından benimsenmeyen bazı kültürel normlara bağlılıkla eylemde bulunmuş olmasından kaynaklanır.²³

21 Broeck, s. 6.

22 Broeck, s. 5.

23 Broeck, s. 15.

Diğer yandan, buradan hareketle kültürel suç olarak adlandırılan olgunun unsurlarını saptamak mümkündür. Her şeyden önce, ortada kültürel grup olarak teşhis edilecek bir grubun var olması ve bu grubun kendine ait özgün kültürel davranış kodlarını bünyesinde barındırması gerekir. Bu davranış kodları belli eylemleri kabul edilebilir saymakta, dahası belli koşullarda belli eylemlerin gerçekleştirilmemesini değer ihlali olarak kabul etmekte ve buna türlü biçimlerde tepki göstermektedir. Bu tepki öldürmekten grup dayanışmasından dışlamaya kadar değişebilir. Kültüre dayalı bu saikle, ya da tepki korkusuyla gerçekleştirilmiş olan eylem pozitif hukuk sistemi tarafından suç sayılmakta ve onun karşılığı olarak cezai yaptırım öngörülmektedir.²⁴

Kültürel suçun saptanmasının, yani bir suçun bir “kültürel suç” sayılmasının ceza hukuku açısından önemi ne olabilir? Ceza hukuku bilindiği üzere özgür irade ve bireysel sorumluluk ilkeleri üzerinde yükselir. Failin farklı biçimde davranma olanağı bulunduğu halde suç oluşturan eylemi gerçekleştirdiği, bu nedenle bu iradi seçiminin sonuçlarından bireysel olarak sorumlu olması gerektiği düşünülür. Dolayısıyla davranış serbestisinin varlığından söz edilemeyen durumlarda sorumluluk da doğmaz. Diğer yandan, eylemin içinde gerçekleştiği koşulların bağlamı da cezai sorumluluğun saptanmasında dikkate alınır; meşru müdafaa, zorunluluk hali ya da haksız tahrik hallerinde olduğu gibi. Sorun, failin eylemin gerekçelendirilmesinde kültürel normlara başvurması durumunda, tüm bu sayılanların kültürel bağlam çerçevesinde yeni bir değerlendirmeye tabi tutulması ihtiyacının doğmasıdır.²⁵

Saik saptamasının ceza hukuku açısından taşıdığı önem açıktır. Esasen bu önem, genel olarak hukuk ve ahlak, özel olarak hukuki suçluluk ile ahlaki suçluluk arasında kurulmak istenen bağdan kaynaklanmaktadır. Saikin hukuken hesaba katılabilirliği, onun ahlaki bir içeriğe sahip olmasına bağlıdır. Zenginden çalıp yoksula veren bir hırsızın eylemi ahlaken kınanabilir olma özelliğini koruyabilirken, çocuğunu beslemek için hırsızlık yapan birini ahlaken suçlu bulmakta biraz zorlanırız. İlkinin saikin hukuken hesaba katılmaması gerektiğini, ikincininse ceza almaması ya da daha az ceza alması gerektiğini savunurken kullandığımız argüman tamamen ahlaki bir argümandır.²⁶ Hukuki suçluluk ile ahlaki suçluluk arasındaki boşluğu doldurmak üzere saikin dikkate alındığı başka bazı kurumlar da vardır. Faruk Erem’in ifadesiyle:

“Herhangi bir hükmün doğru ve haklı olarak kabul edilebilmesi, suçlunun psikolojik bakımdan anlaşılması olmasını, yani “Suç Saikleri”nin bilinmesini gerektirir. Aynı fiili, saikine göre haklı veya haksız buluruz. Meşru müdafaa halinde adam öldürme haklı, hırsızlık için adam öldürme haksız sayılmak-

24 Broeck, s. 19.

25 Levine, s. 46.

26 Renteln (1992-1993), s. 443.

tadır. [...] Haklılık ve haksızlık hususunda hüküm, suçlunun saikine göre değişir. Saik bilinmeksizin, herhangi bir fiil hakkında hüküm verilemez.”²⁷

Kültürel suç saptaması yapıldığında, bir başka deyişle failin saikinin kültürel boyutu dikkate alındığında, sorumluluğun belirlenmesinde bu durumun hesaba katılması gereği ortaya çıkar. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus, kültürel suça asli niteliğini kazandıranın, kültürel normların özellikle suçun manevi unsurunun oluşumunda koşullayıcı bir etkisinin bulunmasıdır. Maddi unsuru saptamanın çok güç olmadığı durumlarda bile, manevi unsuru saptamak her zaman bir tür yorum gerektirir.²⁸ Failin zihnine, en azından güncel teknik koşullarda, nüfuz etmek mümkün olmadığına göre, eylemin gerçekleştirilme tarzından ve somut sonuçlarından hareketle manevi unsurun varlığını saptamaya girişmek kaçınılmazdır. O halde sorun, bu yorum sürecine kültürel koşullanmanın dahil edilip edilmeyeceği sorundur ki, bunun yapılması durumunda, olgunun öteki yüzü, yani kültürel savunma uygulaması kendiliğinden karşımıza çıkacaktır.

II. Kültürel Savunma

Yukarıda açıklanan özellikler doğrultusunda kültürel suç olarak kabul edilen bir eylemi gerçekleştirmiş olan bir fail, savunmasında eyleminin kültürel uygunluk, gereklilik ya da koşullanmışlık nedeniyle işlenmiş olduğu yönünde bir tez ileri sürebilir. Bir başka deyişle, aidiyet halinde bulunduğu grubun kültürel normlarını savunmasının bir parçası haline getirebilir ve cezasızlık ya da daha az cezaya muhatap olma talebinde bulunabilir. Bu durumda failin savunması “kültürel savunma” niteliğindedir.²⁹

Literatürde kültürel savunma kavramının farklı biçimlerde ifade edildiğini görüyoruz. Örneğin Harvard kaynaklı anonim bir yorumda, kavramdan “*faillere ait kültürel zeminde temellenen [...] savunma*” olarak söz edilmektedir.³⁰ Coleman’ın tanımına göre, kültürel savunma “*Sanığın ve mağdurun aynı kültürden olduğu ceza davalarında [...] geleneklerin cezadan kurtulmaya yönelik delil olarak [...] sunumunu*” ifade eder.³¹ Lyman ise, şöyle bir tanım öngörmektedir: “*Kültürel savunma, eylemlerin failin kültürel mirasına veya geleneğine bağlı olarak uygunluklarına ilişkin makul ve iyi niyetli bir inançla gerçekleştirilmeleri durumunda, ceza sorumluluğunun ortadan kaldırılmasını ya da azaltılmasını sağlar.*”³²

27 Faruk Erem, “Psikanalizm Açısından Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44, 1995, s. 485, 486.

28 Elaine M. Chiu, “Culture as Justification, Not Excuse”, American Criminal Law Review, 43, 2006, s. 1319.

29 D. L. Coleman, “Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals’ Dilemma”, Columbia Law Review, 96/5, 1996 s. 1094; William Torry, “Multicultural Jurisprudence and the Cultural Defense”, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, 44, 1999, s. 128.

30 Note, “The Cultural Defense in the Criminal Law”, Harvard Law Review, 99, 1985-1986, s. 88.

31 Coleman, s. 1100.

32 Lyman, s. 88.

Tanımlarda betimleyicilik niteliği ön planda bulunsa da, son tanımdaki örtülü normatif gönderme dikkatten kaçmamalıdır. Kültürel savunma tartışmalarına asli niteliğini kazandıran da esasında budur; kültüre dayalı savunmanın mahkemede dinlenmesinin gerekip gerekmediği, delil değeri taşıyıp taşımadığı ve dinlenebilirliği kabul ediliyor ise bunun tarzının ne olacağı, tartışmanın ana eksenini belirlemektedir.

Bu noktada kültür temelli savunmanın dar anlamda ve geniş anlamda kabulü arasındaki farka da işaret etmek gerekir. Dar anlamda kabul söz konusu olduğunda, özel kast yokluğu veya hukuka uygunluk nedenlerinde hata gibi diğer savunmalarda kullanılan klasik savunma olanaklarına kültürel savunmayı da içeren yeni bir yorum getirilebileceği öngörülmektedir.³³ Bu durumda olay büyük ölçüde bir yorum sorunu olarak ortaya çıkacaktır. Geniş anlamda kabul ise, klasik savunma olanaklarının yanı sıra, kültürel savunma olanağının ayrı bir hukuki kategori olarak benimsenmesi gerektiği anlamını içermektedir. Klasik savunma olanaklarının kültürel sorunlarda yetersiz kalacağını düşünenler, geniş anlamda kabulün ayrı bir doktrin olarak resmen onaylanması, hatta bunun bir yasa aracılığıyla ifade edilmesi ve böylece mahkeme salonlarının kültür temelli delillere açılmasının hukuki güvence altına alınması gerektiğini ileri sürmektedirler.³⁴ Elbette, kültürel savunma olanağının kabulünün istenmeyen etkilere yol açacağı tahmininden hareketle, kabule karşı çıkan görüşler de bulunmaktadır.³⁵ Süregelen tartışmalara bakıldığında, normatiflik içeren iddiaların olumlu ve olumsuz sonuca varan türlerinin herhangi biri üzerinde öğretilde ve uygulamada halen bir uzlaşmaya ulaşılmadığı anlaşılmaktadır. Aşağıda görüleceği üzere, her iki yönde de ciddi argümanlar ileri sürülmektedir.

Özetle, kültürel savunma, ceza kanunlarına göre suç teşkil eden bir eylemin, failin aidiyet halinde bulunduğu kültür tarafından olağan, meşru ya da gerekli sayıldığıının anlaşılması halinde, bu durumun failin ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıracak ya da azaltacak bir faktör olarak kabul görmesi gerektiği yönündeki düşünceye taraf olanlar ile karşıt olanlar arasındaki tartışmanın konusu durumundadır.

II.1. Kültürel Savunma Karşıtı Argümanlar

Kültürel savunma karşıtları, suçluluğun ve cezai sorumluluğun değerlendirilmesinde failin kültürel aidiyetinin hesaba katılmasına çeşitli gerekçelerle karşı çıkmaktadırlar. Karşıtlıklarını haklılaştırmak üzere, ceza hukukunun kamu dü-

33 Lyman, s. 115; Taryn F. Goldstein, "Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A 'Cultural Defense'?", *Dickinson Law Review*, 99, 1994-1995, s. 167; Carolyn Choi, "Application of A Cultural Defense in Criminal Proceedings", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, 8, 1990, s. 88.

34 Linda F. Ramirez, "The Virtues of the Cultural Defense", *Judicature*, 92/5, 2009, s. 207; Note, s. 1294-1295; Renteln (2005), s. 49; Evans-Pritchard & Renteln., s. 35-37.

35 J. Tom Morgan & Laurel Parker, "The Dangers of the Cultural Defense", *Judicature*, 92/5, 2009, s. 206.

zenini sağlama işlevine, ceza uygulamasının caydırıcılığına ve önleyiciliğine, bu görüşe taraftarlığın kültüre dair birtakım yanlış genellemeler ve varsayımlar üzerinde kurulu olmak bir yana, grup içindeki bireyin durumunu göz ardı etmek gibi istenemez yan etkilere sahip olacağına değinmektedirler.

II.1.1. İlkeye Dayalı Argümanlar

A. Kamu Düzeni Sorunu

Bu argümana göre, hukukun ve özel olarak ceza hukukunun birincil ve asli işlevi kamu düzenini sağlamaktır. Belli eylemleri suç sayıp bunlar için yaptırım öngörmek, her şeyden önce, kamu düzenini koruma kaygısından kaynaklanır. Bu doğrultuda ceza hukuku caydırıcılık sağlama gereğinden vazgeçemez. Kültürel savunmanın kabulü, gerek genel önleme gerek özel önleme anlamında caydırıcılık hedefini zayıflatır. Kişinin eylemi kültürel gerekçelerle suç olmaktan çıkarılır ya da cezası hafifletilirse, gerek o kişinin gerek onun aidiyet halinde bulunduğu kültürün diğer üyelerinin benzer eylemleri gerçekleştirmekten kaçınmalarını sağlamak zorlaşır. Bunun da ötesinde, kendilerini bu tür bir hukuki teminat altında hissedener aynı eylemi gerçekleştirmek üzere daha cesaretli de davranabilirler. Dolayısıyla, bu yolla kültürel gerekçelerle suçun meşrulaştırılması gibi bir sonuç doğabilir ki, bu durum kamu düzeninin bozulmasına ve hatta anarşiye yol açabilir.³⁶

B. Hukukun Üstünlüğü

Kültürel savunma karşıtlarının diğer argümanı hukukun üstünlüğü ilkesine dayalıdır. Buna göre, bireylerin ve grupların öznel değerlendirmelerinden bağımsız olarak herkesin uyması gereken bir hukuk sisteminin kurulması bir zorunluluktur. Bireylerin ve grupların ancak kendi değer yargılarıyla uygun olduğu ölçüde hukuka uygun davranmaları kabul edilirse, bu hukukun üstünlüğü ilkesinin sonunu getirip geleneğin üstünlüğüne yol açar. Bir toplumda yaşamayı seçenler o toplumun hukukuna saygı göstermek, onu kendi hayatlarına uyarlamak, dolayısıyla ona uymak zorundadırlar. Hiç kimsenin kültürel aidiyetine bakılarak hukukun üstünde sayılması kabul edilemez. Hukukun üstünlüğü ilkesi kültürel savunma olanağının reddini gerektirir.³⁷

C. Kanun Önünde Eşitlik

Aleyhteki görüşlerin bu dayanağına göre, ceza sorumluluğunun kişilerin öznel inançları, kültürel aidiyetleri ya de gelenekleri hesaba katılarak farklı biçimlerde belirlenmesi, kişilerin hukuk düzeni tarafından eşit biçimde korunmaları gereği-

36 Goldstein, s. 160; Evans-Pritchard & Renteln, s. 28; Malek-Mithra Sheybani, "Cultural Defense: One Person's Culture is Another's Crime", *Loy. L.A. Int'l & Comp. Law Journal*, 9, 1986-1987, s. 780; Julia P. Sams, "The Availability of the 'Cultural Defense' as an Excuse for Criminal Behaviour", *Ga. J. Int'l & Comp. Law*, 16, 1986, s. 348.

37 Lyman, s. 97, 115; Sams, s. 337.

ni göz ardı etmek anlamına gelir. Dahası, aynı eylemler ceza hukukuna kaynaklık eden egemen kültüre aidiyet halinde bulunanlar bakımından suç olmayı sürdürceğine göre, bu durumun onlar aleyhine bir ayrımcılık yaratması kaçınılmazdır. Oysa eşitlik ilkesi azınlık kadar çoğunluğu da korumalıdır.³⁸ Hukuki ayrımcılığın her türü kabul edilemez ise, azınlık lehine ve çoğunluk aleyhine olan bu ayrımcılık türünün de kabul görmemesi gerekir. Bireylerin hukukla eşit biçimde muhatap olmalarını gerektiren kanun önünde eşitlik ilkesi ve dolayısıyla ayrımcılık yasağı, kültürel savunmanın reddini gerektirir.³⁹

D. Ortak Değerlerin Korunması Gereği

Karşıt argümanlar arasında, değerlerin işlevselci sosyolojik analizinden hareketle hukuk sisteminin bazı ortak değerleri güvenceye alma işlevine değinenler de bulunmaktadır. Her toplumun kendi varlığının temelini oluşturan bir ortak değer algısına ihtiyacı vardır. Bu değerlere bağlılık kişiler arasında güçlü bir birliktelik duygusu yaratarak toplumun varlığını ve devamını mümkün kılar. Ceza hukukunda somutlaşan ahlaki eylem standartları bu değerleri koruma altına alır. Bundan çıkarılacak sonuç, kültürel farklılığa göre değişen farklı hukuki uygulamaların değer ortaklığına zarar verme potansiyeli taşıdığıdır. Dolayısıyla azınlığa ait kültürel değerlerin hukuki anlam taşımalarını sağlayan kültürel savunma, hukukun ortak değerlerle olan bağını kopartarak bu türden bir zarara yol açar. Kültürel savunmanın kabulü, Pandora'nın kutusunu açmak gibidir.⁴⁰

II.1.2. Yanlış Varsayım ve Yan Etki Argümanları

A. Özcü Kültür Varsayımı

Bu görüşe göre, kültürel savunma uygulamasının kabulü kültürlerin öz bakımından birbirinden farklı niteliklerini ön plana çıkaran bir kültür algısına dayanmak durumundadır. Oysa her bir kültür, basit davranış modellerinden aileye, mübadeleye, yönetime ve inançlara kadar birçok değişik unsuru bünyesinde barındırır. Bu bütünsellik onu oluşturan unsurlara indirgenemez ve ondan bir öz çıkarılamaz. Özcü anlayış, yanlış biçimde birtakım klişelere dayanır. Bir kültürü özü itibarıyla belirlemeye çalışmak onu gerçekliğinden kopararak yapay hale getirir. Hangi tekil davranış modelinin ya da değerlerin bir kültürü asli biçimde tanımladığını saptamak olanaksızdır. Bu tutum, kültürün etnisite, din, ahlak ya da gelenek bakımında sahip olduğu içsel çeşitliliği ve canlılığı yadsımakla kalmaz, ona bir tür kalıcılık ve değişmezlik atfı yapmayı da gerektirir. Oysa her bir kültür dinamik ve değişkendir; sabit bir öze sahip değildir. Kültürler birbirinden etkilenerek

38 Lyman, s. 116; Goldstein, s. 161; Sams, s. 351.

39 Morgan & Parker, s. 206; Lyman, s. 113; Choi, s. 87.

40 Lyman, s. 92, 109; Bazı yazarlar kültürel savunma olanağının “farklılığı fetişleştirme” anlamına geldiğini ileri sürmektedirler; bkz. Leti Volpp, “(Mis)identifying Culture: Asian Women and the Cultural Defense”, Harvard Women’s Law Journal, 17, 1994, s. 72.

değişir ve gelişirler. Kültürel savunma ise, kültürleri birbirinden ayıran ontolojik varsayımı nedeniyle bu türden bir etkileşimin yolunu tıkayarak aradaki uzaklığın korunmasına yol açar.⁴¹

B. Seçicilik

Diğer yandan, eğer her kültür kendi içinde bir çeşitlilik içeriyorsa, kültürel savunma sürecinde bunlardan bir bölümünü seçip yargılama gündemine taşımak zorunlu olacaktır. Yargılama failin eylemini gerekçelendirmek üzere başvurduğu kültür doğrultusunda şekilleneceğine göre, birçok kültürel unsur arasından olayla ilgili ve ona uygulanabilir olanlar seçilmiş olacaktır. Seçimi yapan kişi, yani yargılayan, bu kez kendi değer ölçütleriyle hareket etmek durumunda kalacaktır. Seçilen unsurlar özgün kültürde o unsurun taşıdığı sahici otantik anlamı ve önemi yansıtmayabilir. Dışlanan unsurları önemsizleştiren bu uygulama ise, yine kültürün çeşitlilik içindeki bütünsellikten kaynaklanan özgün anlamını bozmaktan başka bir işe yaramaz.⁴²

C. Kültürü Yargılamak

Kültürel savunmanın kabulüne karşı olanlar arasında, bu uygulama yoluyla kültürün yargılama konusu yapılması gibi bir yan etkinin ortaya çıkacağını ileri sürerler de bulunuyor. Bunlara göre, ceza hukuku fail ile eylem arasındaki maddi ya da manevi bağ üzerinde odaklanmak durumunda iken, eylemin kültürel temelini ön plana çıkarmak, bir bakıma kültürü sanık sandalyesine oturtmak anlamına gelir. Bu durumda yargılamanın odağı fail ve eylem arasındaki bağ olmaktan uzaklaşıp kültürel değerlere kayar. Faili suça iten neden olarak kültüre işaret etmek kültürü suçlamak demektir. Sonuçta sorumluluğun şahsiliğinden uzaklaşan bu tutum kültürün yargılanmasını meşrulaştırmaktadır.⁴³

D. Birey Hakları

Kültürel savunma karşılığında en çok yararlanan argüman, bu yolla birey haklarının ihlal edilmesinin yolunun açılacağıdır. Her bir kültür kendi içinde çeşitlilik içerdiği gibi, aynı kültürel gruba aidiyet halinde bulunan her bir bireyin kültürel normlara karşı geliştirdikleri tavır da çeşitli olabilir. Bir kültürel aidiyete sahip olmak o kültürün tüm normlarını onaylamış olmayı gerektirmez. Kültür belli normları benimsemeyen bireyler üzerinde ciddi biçimde baskı uygulayabilir ve onların özgürlüklerini sınırlandırabilir. Yapılan araştırmalar özellikle kadınların ve çocukların bu anlamda mağdur olduklarını ortaya çıkarmaktadır. Ataerkil bir kültür kadına yönelik şiddeti meşru sayabilir ya da şiddeti çocukların eğitimi için

41 Anthony Good, "Cultural Evidence in Courts of Law", Journal of the Royal Anthropological Institute, 14, 2008, s. 52; Alison Matsumoto, "A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case", Journal of Int'l Law & Practice, 4, 1995, s. 528-529.

42 Morgan & Parker, s. 206; bkz. yuk. dn. 40.

43 Lyman, s. 92, 101-103; Goldstein, s. 166; karşı. Levine, s. 80.

bir araç olarak kullanmayı uygun görebilir. Kültürel savunma yoluyla failerin aklanması, bu tür durumlarda kültürün mağdurlarının seslerini duyulmaz hale getirir; haklarını kullanmaktan alıkoyarak onların ezilmişliklerinin devamını sağlar. Bu, mevcut mağdurların ve potansiyel mağdurların menfaatlerinin failerin menfaatlerine kıyasla daha az korunmaya değer görülmesi demektir. Hukuk böylece güçlüden yana tavır alarak ayrımcılığı pekiştirmiş olur. Bu yüzden kültürel savunma olanağı, hukuki korumanın toplumun daha zayıf üyelerine ulaştırılması amacıyla çelişen bir yan etki üretme tehlikesi taşır.⁴⁴

E. Pratik Sorunlar

Diğer yandan, kültürel savunmayı mümkün kılan unsurların varlığını objektif biçimde saptamanın zor olduğu belirtilmektedir. Kültür tanımlarındaki çeşitlilik ve tanımlarda içerilen kavramlardaki muğlaklık, hangi grubun “kültüre” sahip bir grup olarak niteleneceğine dair objektif bir ölçüt bulunamayacağını gösterir. Örneğin bir yoksulluk kültüründen ya da gecekondulu kültüründen bahsetmenin mümkün olup olmadığı sorusu açıkta kalır. Benimsenen kültür tanımı bazı azınlık gruplarının dışarıda tutulmasına yol açabilir. Bunun gibi, hangi kültürel normların eylemin meşru gerekçesini oluşturacağı ya da failin kültürle bütünleşme derecesi gibi hususları objektif olarak saptamaya yarayan ölçütler yoktur. Yine, samimi savunmalar ile ceza normlarını dolanmak maksadıyla eylemini kültürle gerekçelendirmek isteyen kötüye kullanımları birbirinden ayırt etmek gerekecektir. Yargılamada delillendirme ve delilleri değerlendirme sürecinin hangi araçlarla ve nasıl işleyeceği de bir başka pratik sorundur.⁴⁵

II.2. Kültürel Savunma Lehide Argümanlar

Kültürel savunma taraftarı olanlar ise bir yandan aleyhteki argümanları çürütmeye çalışmakta, diğer yandan uygulamayı haklılaştıran alternatif bazı ilkelerin varlığını ileri sürmektedirler. Aşağıda önce bunlardan ilkinde, sonra ikincisine değinilecektir.

II.2.1. Karşıt Argümanlara Yanıtlar

A. Kamu Düzeni, Hukukun Üstünlüğü, Eşitlik ve Ortak Değerler

Kültürel savunmanın kabulüne taraf olanlar, bu olanağın kamu düzenine ve cezanın suçu önleme işlevine zarar vereceği iddiasının tartışılabilir olduğunu ileri sürmektedirler. Hukuken suç sayılan kültür temelli bir eylem bir kişinin hayatında çok sık yer edinen bir eylem değilse, bir başka deyişle benzer eylemin aynı kişi tarafından tekrarlanma olasılığı çok düşük ise ki, genellikle böyledir, kamu

44 Coleman, s. 1095; Goldstein, s. 162-163; Choi, s. 89; Jishering Li, “The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense”, University of Hawaii Law Review, 18, 1996, s. 773.

45 Choi, s. 89; Sams, s. 345-348.

düzeninin tehlike altında olduğu varsayımı dayanaksız kalır. Bu durum ayrıca özel önleme arayışını önemsiz hale getirir. Diğer yandan, eğer kültürel zorlama nedeniyle eylem gerçekleştirilmiş ise, failin cezalandırılmasının, aynı biçimde motive edilmiş diğer bireyler üzerindeki caydırıcılığı ancak marjinal düzeyde kalır. Önleyici etki gerek özel bakımdan gerek genel bakımdan marjinal düzeyde kaldığına göre, kültürün bir mazeret olarak hesaba katılmasının kişileri suç işlemeye teşvik edeceği iddiası ileri sürülemez. Eğer bu iddia kabul edilirse, tutarlılık adına aynı tezin hukuken meşru kabul edilen diğer mazeretler için de söz konusu olabileceğini kabul etmek ve onları da reddetmek gerekecektir. Ayrıca, taraftarlarına göre, kültürel savunma olanağı failin ancak hak ettiği kadar ceza almasını gerektiren suç ile ceza arasındaki orantılılık ilkesinin bir gereğidir.⁴⁶

Bu düşüncedekilere göre, kültürel savunmanın kabulü kamu düzenini bozmak yerine onun bozulmasının engellenmesine hizmet eder. Kültürel savunmanın dinlenilebilir sayılmaması azınlık grubunun kültürel değerlerinin küçümsendiği algısını doğurabilir; bu grubu içinde yaşadığı topluma yabancılaştırabilir. Bu yabancılaşma ise düşmanlık üreterek gruplar arası çatışmalara yol açabilir ki, sonuç tam da bu durumda kamu düzeninin bozulması olur.⁴⁷

Kimi yazarlara göre, hukukun üstünlüğü fikri bir gerçekliğe değil, bir efsaneye dayalıdır. Çünkü bu fikir, hukuka ve devlete toplumdaki tüm bireylere ve gruplara aynı mesafede duran objektif ve tarafsız bir olgu olma özelliğini atfeden bir öncülü bünyesinde barındırır. Aslında bunlar, belli dünya görüşlerini tüm topluma yaygınmış gibi gösteren, bu anlamda onları olağanlaştıran ve normalleştiren kurumlardır. Dolayısıyla her bir hukuk sistemi üretilmiş olduğu toplumun egemen kültürel değerlerini, hatta eğer çoğunluğun temsilcisi değilse, hukuk üretme yetkisine fiilen sahip olanların benimsediği kültürel değerleri kendisine eklemiş durumdadır. Bu durumda, hukukun üstün olduğunun savunulması, aslında hukuka yansımış olan belli kültürel değerlerin diğerleri aleyhine desteklenmesi anlamına gelir. Kültürün hukuk üzerindeki kurucu etkisinin farkına varılırsa, hukuka gizemli bir üstünlük tanıyan fikrin gerçekliği ifade etmediği ortaya çıkar. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü fikri, kültürel savunma olanağının reddini gerektiren, sanıldığı kadar sağlam bir dayanak teşkil etmez.⁴⁸

Kültürel savunma taraftarlarına göre, kanun önünde eşitlik ilkesi bu olanağın reddini değil, aksine kabulünü gerektirir. Zira kanun önünde eşitlik ilkesinin orantısız bir boyutu da vardır; aynı eylemi gerçekleştirenlere içinde buldukları farklı koşullara bakılmaksızın aynı kuralların katı biçimde uygulanması eşitliği sağlamak yerine ona zarar verebilir. Koşullardaki bu farklılık pekala kültürel temelden

46 Note, s. 1303, 1304; Renteln (1992-1993), s. 442; Li, s. 769; Evans-Pritchard & Renteln, s. 35.

47 Note, s. 1305.

48 Ramirez, s. 210; Levine, s. 69. Bir yorumda, mahkeme salonunda “kültür” tartışmasına karşı çıkanların aslında kendi hukuk sistemlerini “kültürler-üstü” gibi algılama yanlısına düştükleri belirtiliyor; bkz. Volpp, s. 81.

de kaynaklanabilir.⁴⁹ Yazarlar kültürel savunma olanağının azınlık konumunda bulunanlara tanınmasının çoğunluk aleyhine bir ayrımcılık oluşturduğunu düşünmenin, akıl sağlığı bozuk olanlara yapılan farklı hukuki muamelenin akıl sağlığı yerinde olanlar aleyhine bir ayrımcılık oluşturduğunu düşünmek kadar saçma olduğunu vurgulamaktadırlar.⁵⁰ Diğer yandan, yukarıda belirtildiği üzere, eğer hukukun belli kültürel değerleri diğerleri aleyhine benimsemiş olduğu doğru ise, kanun önünde eşitlik ilkesi de tartışmalı hale gelir. Bu, kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuk kurallarının içeriğiyle ilgili olmamasından kaynaklanır. Eğer şekli hukuki eşitliğin sınırlarından kurtulup maddi eşitliği sağlamaya yönelmek isteniyorsa, hukukun kültürel farklılıklara duyarsız kalmaması gerekir. Farklı kültürlerin sesini duyulur kılan kültürel savunma olanağı, bu anlamda maddi eşitlik arayışının bir parçası olarak görülmelidir.⁵¹

Ortak değerlerin korunmasına duyulan ihtiyaca gelince, çoğunluktan kopuk biçimde kendi etnik grubunda yetişmiş ve ortak değerlere bağlılığı sağlayacak sosyalleşme kurumlarından yoksun kalmış kişilerin durumu sorgulamaya açılmaktadır.⁵² Diğer yandan hukukun ortak değerler etiketi altında sadece belli değerleri bünyesinde barındırdığı doğru ise, ortak değerleri korumakta olduğu pek söylenemez. Bundan söz etmek, ancak hukuk sisteminin oluşturulduğunda farklı değerlere sahip farklı kültürlerin kendi katkılarını özgürce sunmuş olmaları durumunda anlamlı olur. Değerlerin ortaklığı esasen bir kültürün diğerini görmezden gelmesi ya da onu asimile etmeye çalışmasıyla değil, farklı kültürler arasındaki doğal entegrasyon sürecinde ortaya çıkacak bir durumdur. Kültürel savunma olanağının kabulü böyle bir entegrasyon sürecinin varlığına katkıda bulunacaktır.⁵³

B. Özcülük, Seçicilik, Kültürü Yargulamak

Tüm bunlar, kültürel savunma taraftarlığının özcü kültür tanımlarını kabullenmeyi, seçiciliği benimsemeyi ve kültürü yargılama konusu yapmayı gerektirmediğini de gösterir. Her şeyden önce, bu tür sorunların görüldüğü mahkemelerde gerekli duyarlılık gösterilerek klişeleştirici ifadelerden kaçınılabilir; o kültürün değişmez bir öz içerdiği ve o kültüre mensup olan herkesin aynı durumda aynı

49 Ramirez, s. 209; Note, s. 1298-1299.

50 Ramirez, s. 210; Li, s. 769.

51 Ramirez, s. 209; Evans-Pritchard & Renteln, s. 34. Nitekim Dworkin eşit muamele ile eşit olarak davranılma arasında fark gözetiyor: “[Vatandaşların] sahip olduklarının söylenebileceği iki farklı türde hak vardır. Birincisi, bir olanağın, kaynağın veya yükün eşit dağıtımı olan *eşit muamele* [equal treatment] hakkıdır. ... İkincisi, *eşit olarak davranılma* [treatment as an equal], bir yükün veya yararın aynıya alma değil de, herhangi biriyle aynı saygıyı ve ilgiyi göstererek davranılma hakkıdır. ... [e]şit olarak davranılma hakkı... temel ve eşit muamelenin türevi[dir] ... Bazı koşullarda eşit olarak davranılma hakkı eşit muamele hakkını içerecektir, ancak hiçbir şekilde her koşulda değil.” Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, 2007, s. 272.

52 Note, s. 1299, dn 34.

53 Note, s. 1306.

biçimde davranacağı yönünde örtülü bir anlamın topluma iletilmesinin ve böylece klişelerin devamının önüne geçilebilir. Ayrıca, entegrasyonu mümkün görmek kültürlerin değişmezliği varsayımı ile bağdaşmaz. Kültürel savunma olanağı, dışlama yoluyla farklılıkları keskinleştirmeyi değil, entegrasyonun önünde engel oluşturan hukuki unsurları temizlemeye yarar.⁵⁴

Diğer yandan, seçicilik, yukarıda belirtilen argümanlar ışığında değerlendirilirse, hukuk sisteminin özünde zaten vardır. Hukuk sistemi belli değerleri halihazırda seçmiş ve korunmaya değer saymış durumdadır. Yine, kültürel savunmanın reddinin kişinin tüm kültüründen değil, sadece onun egemen sistemin suç saydığı unsurlarından uzaklaşmasını istediği düşünülebilir. Ancak bu da bir seçiciliktir ve sisteme karşıt durumdaki değer kişinin kültürel kimliğinin asli bir parçasını oluşturuyor olabilir. Bu durumda kişinin kültürel kimliğindeki bütünlüğü bozmadan bu unsurlardan uzaklaşmasının mümkün olup olmadığı sorgulanabilir. Diğer yandan, her bir kültürün kendi içinde de bir çeşitlilik barındırdığı doğrudur. Zaten kültürler çatışmasını mutlaklıktan tedriciliğe kaydıran budur. Azınlık kültürünün içinde egemen kültürün kabule ihtiyaç duyacağı ya da yararlanacağı unsurlar da pekala bulunabilir. Kültürel savunmanın reddi bu olumlu unsurların da dışlanması sonucunu doğurabilir.⁵⁵

Ayrıca, kültürel savunmanın kabulünün kültürü yargılamak anlamına geldiğini düşünmek abartılıdır. Yargılanan bir kültür değil, o kültürün gereği olarak ortaya çıkmış olan eylemin kendisidir. Yargılama sonunda ilgili kültüre dair bir değer yargısı üretilmez; kültür burada sadece failin saikinin değerlendirilmesinde hesaba katılan bir faktör olarak devreye girer. Ayrıca bu uygulamada söz konusu edilen, bütün olarak bir kültür değil, o kültürün sadece bir parçasını oluşturan bir normdur ve bunun yanlış anlamalara yol açmamak üzere özellikle vurgulanması gerekir.⁵⁶

C. Birey Hakları Sorunu

Kültürel savunma taraftarlarının bu uygulamayla grup içi bireylerin haklarının tehlikeye gireceği iddiasını abartılı buldukları anlaşılmaktadır. Onlara göre, her şeyden önce bu uygulamanın sadece kadına ya da çocuğa yönelik şiddet içeren olaylarla ilgili olduğunu düşünmek hatalıdır. Bu türde olmamakla, yani bu sonuçları doğurmamakla birlikte ceza hukukuyla çelişen başka kültürel pratiklerin de bulunması mümkündür. Bazı yazarlar, kadına yönelik şiddeti meşrulaştırdığı gerekçesiyle kültürel savunma olanağına kökten karşı çıkanları, kadının sadece “kadın” değil, aynı zamanda “etnik aidiyet sahibi” olduğunu görememekle eleştirmektedir. Bu bağlamda, kimi kültürel normların kadınlar lehine sonuç doğurabileceğine işaret edilmektedir.⁵⁷

54 Volpp, s. 100; Renteln (2005), s. 64-65.

55 Bkz. yuk. dn. 52, 53.

56 Renteln (2005), s. 65.

57 Volpp, s. 81; Li, s. 773.

Diğer yandan kültürel savunma olanağının yargılamada kabulü bu olanağın her durumda faili mazur göstereceği anlamına gelmez. Yani, tıpkı diğer savunma olanaklarında olduğu gibi, her durumda kültürel savunmanın fail lehine sonuç doğurması kaçınılmaz değildir. Kabul edilebilir düzeyin ötesinde hak ihlaline neden olmuş olaylarda, kültürel gerekçelerin dava sonucuna hiçbir etkide bulunmamasının sağlanması pekala mümkündür.⁵⁸ Başka deyişle, kültürel savunmanın (aşağıda değinilecek) sınırları vardır.

D. Bilirkişi Olarak Kültürel Antropolog

Yukarıda kültürel savunma karşıtlarının işaret ettiklerini belirttiğimiz pratik sorunların çözümü için, kültürel savunma taraftarları bir çözüm önerisi getiriyorlar. Bir grubun kültür diye nitelenmeyi hak eden bir pratiğe sahip olup olmadığını saptayacak, sahip ise bu grubun kültürel kodlarını açığa çıkaracak kişiler, bunu bilimsel temelde yapmaya yetkin oldukları düşünülen kültürel antropologlardır.⁵⁹ Dolayısıyla, kültürel suçun varlığı belirlenirken bu kişilere görev düşecektir. Bilgi kaynağı olarak kendilerine başvurulabilecekler arasında azınlık gruplarının örgüt temsilcilerine de yer verilmektedir. Bu yolla failin eyleminin kültürel gerekçeler temelinde açıklanıp açıklanamayacağı sorusunun objektif biçimde yanıtlanabileceği düşünülmektedir. Aynı şekilde, belli etnik ya da dini kültür grupları üzerine çalışarak uzmanlaşmış kişilerin oluşturacağı profesyonel örgütlerin ve bünyesinde ilgili birimleri barındıran üniversitelerin de mahkemelere yardımcı olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim uygulamada bu yollara başvurulduğu, kültürel antropologlara davalarda bilirkişi sıfatıyla görev verildiği görülmektedir.⁶⁰

II.2.2. İlkesel Argümanlar

A. Adaletin Bireyselleştirilmesi

Ceza hukuku bağlamında adaletin bireyselleştirilmesi ilkesinin nihai hedefi öngörülen ceza ile failin kişisel kusurluluğu arasında uyum sağlamaktır ve bu, sorumluluk derecesinin ve yaptırımın saptanmasında failin içinde bulunduğu özgün durumun hesaba katılmasını gerektirir. Kültürel savunmadan yana olanlar bu ilkenin failin eylemini yönlendiren kültürel faktörlerin hesaba katılmasını gerektirdiğini savunmaktadırlar.⁶¹ Zira farklı bir kültürel aidiyete sahip olan birine maddi ceza hukuku kurallarını katı biçimde uygulamak adaletsiz sonuçlar doğmasına yol açabilir. Kişi, yetiştiği kültür kendisini öyle davranmaya zorlamış olduğu için belli bir biçimde davranmış olabilir ve hakkaniyet gereği bu durum göz

58 Renteln (1992-1993), s. 501; Evans-Pritchard & Renteln, s. 35.

59 Broeck, s. 26. Konuya ilişkin bir metodoloji tartışması için bkz. Good, s. 55-57.

60 Öneriler arasında hukuk fakültelerinde farklı kültürleri tanıtan dersler verilmesi ve aynı konuda yargıçların meslek içi eğitime tabi tutulmaları da bulunmaktadır. Bkz. Renteln (2005), s. 65-66; Evans-Pritchard & Renteln, s. 33-34.

61 Note, s. 1299; Sheybani, s. 782; Choi, s. 86; Li, s. 769.

önünde bulundurulmalıdır.⁶² Hukuk sisteminin etkinliği bireylerde kendisine yönelik bir ahlaki bağlılık hissi yaratması durumunda artar. Eğer kültürel normlar bu bağlılığı mevcut hukuk sistemine kıyasla daha güçlü biçimde sağlamış iseler, bundan birey sorumlu tutulmamalıdır. Nitekim özellikle ceza hukuku kurallarıyla çatışma halinde olan kültürel normların en temel ahlaki sorunlarla ilgili olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Böyle bir boyuta sahip kültürel normlarla çatışma halindeki hukuk kurallarına uymasını beklemek bireyden yapabileceğinin ötesinde bir tavır beklemek anlamına gelir.⁶³

Bu görüş taraftarları, failin kültürel aidiyetinin hesaba katılmasının, yargılamada failin örneğin yaşının hesaba katılmasından çok da esaslı bir farklılık içermediğini belirtmektedirler. Bu nedenle eylemi yönlendiren kültürel normlar, bir hukuk sisteminin göz ardı edemeyeceği, adalet düşüncesinin ve onun bir paçası olan adaletin bireyselleştirilmesi ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkar.⁶⁴

Kültürel savunma taraftarlarının vurguladıkları önemli bir nokta, faili yönlendiren kültürel normların hesaba katılması isteğinin, kişinin eyleminin onaylanması ve bu normların “iyi” ya da objektif biçimde “meşru” sayılması anlamına gelmediğidir. Eylemin veya normların iyiliği ya da kötülüğü üzerine bir tartışma, failin somut koşullar içerisinde ne ölçüde cezai sorumluluğa tabi tutulmasının adil olacağına dair bir tartışmadan bağımsızdır.⁶⁵ Adaletin bireyselleştirilmesi bunların ilkiyle değil ikincisiyle ilgilidir.

B. Hukuki Yükümlülükler

Kültürel savunma taraftarları iddialarına normatif bir gerekçe olarak uluslararası insan hakları hukukunu göstermektedirler. Bu çerçevede, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 22. maddesinde geçen “herkes onur ve kişiliğinin serbestçe gelişimi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahiptir” cümlesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına ve en güçlü formülasyon olarak Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 27. maddesine işaret etmektedirler. Adil yargılanma hakkı kişiye davanın esasına ilişkin olayları mahkemeye sunma ve bunların göz önüne alınmasını isteme olanağı sağlar ki, bunlar kültür temelli de olabilir. Adı geçen sözleşmenin 27. maddesine göre ise, “Etnik, dinsel ya da dil azınlıklarının bulunduğu devletlerde, bu azınlıklara mensup olan kişiler, kendi gruplarının diğer üyeleriyle birlikte, kendi kültürlerinden yararlanma [...] hakkından yoksun bırakılmayacaklardır.” Buradan hareketle, taraf devletlerin

62 Bazı yazarlar geleneğin etnik gruplar üzerindeki gücünü ve önemini fark edemeyen hukukçuların “miyopluk” terimini kullanarak eleştiriyorlar. Evans-Pritchard & Renteln, s. 32, dn. 121.

63 Note, s. 1301. Bu noktada Fuller'in hukukilik ilkeleri arasında “kurallar onlardan etkilenecek kişilerin güçlerinin ötesinde davranışları gerektirmemelidir” ilkesine yer verdiği hatırlanabilir; Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale, 1963, s. 39.

64 Note, s. 1299; Renteln (2005), s. 48; Sheybani, s. 782; Choi, s. 87.

65 Tunick, s. 403.

kültürlerin korunmasına yönelik olarak hukuki bir yükümlülük altında olduklarını ve bu yükümlülüğün, diğerlerinin yanısıra, kültürel savunma olanağının tanınmasını da içerdiği ileri sürülmektedir.⁶⁶

C. Kültürel Çoğulculuk

Bir başka güçlü dayanak, çoğul kültürel yapının korunmaya değer olduğu düşüncesidir.⁶⁷ Bu görüşe göre, çağdaş değerlerin asli bir boyutu toplumda kültürel çeşitliliği bir zenginlik olarak görmeyi ve onu yaşayabilir durumda tutmayı gerektirmektedir. Kültürel çeşitlilik topluma zayıflık getirmez, aksine ona güç kazandırır.⁶⁸ Farklı kültürel temellere sahip bireylerden oluşan bir toplumda kişilere kendi değerlerine uygun yaşama olanağı sağlamak kültürel bakımdan çoğulcu bir topluma vücut verir. Her azınlık grubunun kendi değerini gerçekleştirebilmesinin ve böylece kendi kimliğini oluşturabilmesinin yolunu açan kültürel çoğulculuk, özgürlük ve eşitlik ilkelerinin de bir gereğidir. Her bir kültürel grubun farklı olma hakkına saygı gösterilmesi, özgürlük değeriyle ilgilidir ve bu anlamda çeşitlilik özgürlük idealine bağlılığın bir göstergesidir. Diğer yandan etnisiteye ya da dine dayanan farklı kültürel gruplar arasında eşitlik, çoğunluğun azınlığı sadece farklı olduğu için cezalandırmamasını gerektirir.⁶⁹ Kültürel savunmanın reddi ise buna olanak sağlar. Bir azınlık grubundan eşit davranılmak için kendi kültürel değerlerinden vazgeçmesini, onları egemen değerlerle değiştirmesini beklemek adaletsizliktir. Kişinin aidiyet halinde bulunduğu kültürün normlarına uygun davranmış olması nedeniyle cezalandırılması, o kültürün de aşağılanması anlamına gelir. Dolayısıyla kültürel kimlik çeşitliliğine ve çoğulculuğa bağlılık, yargılamada kültürel savunma olanağının tanınmasını gerektirir.⁷⁰

Robert Post, farklı grupların bir arada yaşadığı, dolayısıyla kültürel bakımdan türdeş olmayan bir toplumda hukuk düzeni için ulaşılabilir tepki türlerini analiz etmektedir. Post böyle bir durumda hukuk düzeni için üç farklı seçenek olduğunu ileri sürmektedir: Hukuk sistemi ilk olarak, öngördüğü yaptırımları egemen grubun kültürel perspektifine yerleştirip diğerlerini dışlayabilir; ikinci olarak, farklı grupların bu türden bir tahakkümden sıyrılarak kendi farklı değerlerini yaşayabilecekleri bir rejim üretebilir; son olarak, grup değerlerini ve yaklaşımlarını tamamen reddedip sadece bireysel taleplere tanınma sağlayabilir. Post, bu seçenekleri sırasıyla asimilasyon, çoğulculuk ve bireycilik olarak adlandırmaktadır. Hukuk düzenlerinin uygulamada bunların bir bileşimini içerebildiğini, örneğin belli bir konuda bireyci olurken diğer bir konuda asimilasyonu benimseyebildiğini eklemektedir.⁷¹

66 Renteln (2005), s. 48-49; Renteln & Valladares, s. 195-196.

67 Coleman, s. 1119.

68 Note, s. 1300; Sheybani, s. 781.

69 Note, s. 1301.

70 Note, s. 1302; Choi, s. 87; Li, s. 770; Evans-Pritchard & Renteln, s. 2. Yazarlar bunun yapılması halinde kültürel çoğulculuğun bir yanılısama olarak kalacağını ileri sürüyorlar, bkz. agm. s. 36.

71 Robert Post, "Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment", California Law Review, 76, 1988, s. 299, 300.

Bu analizde, asimilasyonu benimseyen hukuk sistemi toplumu tek bir egemen grubun kültürel değerleri etrafında birleştirmeyi hedeflerken, çoğulculuğu benimseyen hukuk sistemi çeşitli ve potansiyel olarak rakip grupların kendi farklı kimliklerini koruyarak bir arada var olmayı sürdürebilecekleri temel kuralları üretmeye çalışır. Bu temel kurallar devletin farklı kültürel gruplar karşısında tarafsız oluşundan gruplar arasında karşılıklı saygıyı gerekli kılan normların icrasına kadar değişen bir yelpazede bulunabilir. Post'a göre, çoğulcu yaklaşım iki temel öncüle dayanmaktadır: (1) Çeşitlilik farklı grupların değişik perspektiflerinin doğasında vardır ve (2) bu çeşitlilik korunmalıdır. Bu öncüllerden ilki tanınmazsa asimilasyon yaklaşımı, ikincisi tanınmazsa bireyci yaklaşım ortaya çıkar. Çoğulcu yaklaşımda grup bireye göre öncelik taşımakta ve grupların kendi farklı değerlerini yaşayabilmeleri koruma altına alınırken, bireyci yaklaşım bireylerin gruba karşı korunmasına odaklanır. Başka deyişle, çoğulculuk kültürlerin çeşitliliğini değerli sayarken bireycilik kişilerin çeşitliliğini ön plana çıkarır.⁷² Kültürel savunma taraftarları farklı kültürlerin bir arada var olmalarına olanak sağlayan çoğulcu yaklaşımı benimsediklerini ve böylece dinamik, yaratıcı ve evrim içinde bir kültürden yana tavır aldıklarını belirtmektedirler.⁷³

Diğer yandan, kültürel çoğulculuğun birey haklarının görmezden gelinmesini zorunlu kılmadığı, birey hakları zedelenmeden de çoğulculuğun korunabileceği ileri sürülmektedir. Bu görüşte olanlara göre önemli olan kültürel savunma olanağının sınırlarını doğru belirlemektir; zira o her durumda sınırsız biçimde kullanılabilir bir olanak değildir.

III. Kültürel Savunmanın Sınırları

Kültürel savunmanın bağımsız bir hukuki kategori olarak kabulünden yana tavır alanlar bu uygulamanın sorunsuz işleyeceği gibi bir iddiaya sahip değildir; ancak bunların üstesinden gelinebileceğini iddia etmektedirler. Bu bağlamda en önemli kaygı, kültürün görünmez mağdurları olan kadınların ve çocukların bu yolla mağduriyetlerinin dolaylı olarak meşrulaşmasını ve devamını önlemektir. Ayrıca, ortada kültürel savunmayı haklı gösterecek bir durumun var olup olmadığını objektif biçimde saptamak ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulmak üzere her failin kültürel bir dayanak göstermesinden kaynaklanacak olası kötüye kullanımların önüne geçmek gereği doğmaktadır.

Konuya ilişkin literatürde, bir eylemin “kültürel suç” olarak nitelenip nitelenemeyeceğini belirlemek üzere izlenebilecek üç aşamalı bir yol önerildiği görülmektedir. Buna göre, ilk aşama olan öznelendirme aşamasında failin eylemini haklı göstermek üzere kültürel normlara atıf yaptığının saptanması söz konusudur. Bu

72 Post, s. 302-305. Bazı yazarlar kişinin bulunduğu ülkenin kurallarına koşulsuz uymak zorunda oluşunu belirtmek üzere yaygın biçimde kullanılan “Roma’da isen Romalılar gibi davran” sözünün örtülü bir asimilasyon imasına sahip olduğunu savunuyorlar. Bkz. Renteln & Valladares, s. 195.

73 Note, s. 1301; Li, s. 770.

atıf doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Yani, fail eylemini haklı gösteren bir kültürel norma doğrudan işaret edebileceği gibi, açıklamasından eylemin yorumunda kültürel normlara başvurmuş olduğu dolaylı olarak da çıkarılabilir. Sadece eylemin değil, onun içinde gerçekleştiği koşulların da kültürel anlamının hesaba katılmasında, kültürün yukarıda söz edilmiş olan bilişsel işlevine dair bir kabulün yansımaları görmek mümkündür. İkinci aşama olan nesnelleştirme aşamasında, failin saiki ile ilgili bulunan öznelğin daha nesnel bir bağlama yerleştirilmesi gündeme gelir. Bunun yolu da, grup normunun saptanmasından geçer. Fail ile aynı kültürel normları paylaşan diğer grup üyelerinin eylemi ve eylemin koşullarını fail gibi yorumlamakta ortak bir kanaate sahip oldukları saptanır ise, nesnel bağlam ortaya çıkmış demektir. Burada aranan kültürel normlara dair bir konsensüs değil, eylemin kabul edilebilirliğine dair genel bir algının varlığıdır. Böyle bir algı var ise, eylemin dayanağının bir kültürel norm olduğu sonucu çıkarılabilir. Failin kendi kültüründe (güncel olarak) hoşgörüle karşılanmayan davranışlar kültürel savunma konusu olamazlar. Bu saptamaların yapılmasında, yukarıda belirtildiği üzere, uzman kültürel antropologlara iş düşecektir. Üçüncü aşamada ise, saptanmış olan bu kültürel norm ile hukuk sisteminde ifade bulan egemen kültürel norm arasındaki farklılığın derecesinin belirlenmesine sıra gelir. Farklılığın fazlalığı kültürel suçun saptanması için güçlü bir dayanak oluşturur.⁷⁴

Dolayısıyla, mahkeme failin özgün bir kültürel grubun mensubu olduğunu, bu grubun geleneksel normlara sahip bulunduğunu ve failin eylem sırasında bu normların etkisinde kaldığını objektif biçimde saptamak üzere dikkatli davranırsa, olası kötüye kullanma durumlarını engelleyebilir. Bu saptamalardan herhangi biri eksik ise kültürel savunma olanağı tanınmayacaktır.⁷⁵

Diğer yandan, kültürel bir suçun varlığının ve kültürel savunmanın olanak dahilinde olduğunun bu şekilde saptanmış olması, ileri sürülen gerekçelerin davanın sonucunu her zaman failin lehine dönüştürmesini gerektirmez. Bu noktada ilgili kültürel normların içerikleri ve eylemin sonuçları bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Böylece, kültürel aidiyete verilen önemin masum insanların zarar görmelerini haklılaştıracak düzeye ulaşmaması sağlanacaktır.⁷⁶ Kişinin kendi kültürünü yaşama hakkı bir değer olarak kabul edilse de, daha önemli ilkeler ve değerler karşısında bu hakkın ikincil konuma düşmesi kaçınılmazdır. Şiddet içeren suçlar söz konusu olduğunda mağdurların hakları kültürel savunma olanağına göre öncelik taşıyacaktır. Bu bağlamda, bir başkasının hayatına ya da vücut bütünlüğüne zarar veren kültürel normlar yargılama sonucunu fail lehine etkilemeyecektir. En genel anlamda, kültürel savunma olanağının insan haklarının korunmasını risk altında bırakacak düzeye ulaşmasının önüne geçilecektir. Örneğin, aile içi şiddet, namus cinayetleri gibi gelenekler meşru kapsamın dışında tutulacaktır.⁷⁷

74 Broeck, s. 23-24; bkz. Li, s. 783; Good, s. 54.

75 Renteln (2005), s. 49-50; Renteln & Valladares, s. 196-197.

76 Tunick, s. 404.

77 Renteln (2005), s. 50, 63; Renteln & Valladares, s. 196, Li, s. 782-783.

Eylemi yönlendiren normun ilgili kültür için merkezi bir önemi haiz olup olmadığı, eylemin şiddet içerip içermediği, tekerrür ihtimali, bir mağdurun varlığı ya da yokluğu, eğer var ise onun eyleme yönelik rızasının varlığı ya da yokluğu, sonucun mağdurda ciddi bedensel veya duygusal zarara yol açıp açmadığı gibi ölçütler, her somut olayda mahkeme tarafından hesaba katılacak ölçütler olarak önerilmektedir.⁷⁸

Sonuç

Kültürel savunma argümanlarına ilişkin tartışmanın, değişik nedenlerle hemen tüm ülkelerde giderek daha da belirginleşmeye başlayan çokkültürlü toplum yapısının egemen ulusal hukuk düzenleri için doğurduğu sorunlarla ilgili olduğu açıktır. Sorunların kapsamına, çözüm önerilerine ve çözümleri hayata geçirecek hukuki araçların saptanmasına yönelik farklı görüşler olsa da, tartışmayı anlamlı kılan asli husus, kültürün bireyin davranışlarını ciddi biçimde etkileyen bir olgu olduğuna, farklı kültürler arasında doğal ve hiyerarşik bir sıralamanın bulunmadığına ve bundan da önemlisi, hukuk sistemlerinin bu duruma kayıtsız kalamayacağına dair farkındalık halidir. Her türlü toplumsal bağlamdan arınmış soyut birey algısını zayıflatan bu farkındalık, ahlaki ve dolayısıyla hukuki bir yönelim edinmekte de gecikmemektedir. Zira sözü edilen tartışmanın temelinde, içinde yetiştiği özgün kültürün etkisi altında eylemde bulunan bir failin, bu etki altında olmadan eylemde bulunan bir diğere kıyasla ahlaken daha az kınanabilir olduğuna dair fikir yatmaktadır. Öte yandan, hassasiyetleri uzlaştırmanın, insan hakları ve çoğulculuk gibi ilkeleri olgulara uygulanabilecek biçimde dengelemenin, kültürel farklılıkları her tür farklılığı kutsallaştırıp fetiş haline getirme tehlikesine düşmeden tanınmanın hukuki yolları üzerinde halen bir uzlaşıya ulaşılamamış olduğu görülmektedir.

Çokkültürlü toplum yapısının hukukçuları yerleşik hukuk kalıpları üzerinde yeniden düşünmeye, onları mevcut durumu dikkate alan yeni bir yoruma tabi tutmaya yönlendirdiği, sosyal gerçekliğin hukuk düşüncesini değişime zorlayışının güncel bir örneği olarak, olanca ciddiyetiyle gündemde bulunmaktadır.

78 Note, s. 1309; Renteln (1992-1993), s. 503. Kültürel savunmanın kadınlar aleyhine sonuç doğurmayacak biçimde kullanılabilceğini savunanlar, bu bağlamda bir değer olarak ikincilleştirme-karşıtlığı (*untisubordination*) ilkesini öneriyorlar; bkz. Volpp, s. 99. Faillerin kendi kültürlerini yaşamalarındaki menfaatleri ile mağdurların ve potansiyel mağdurların hukuk tarafından eşit biçimde korunmalarındaki menfaatleri arasında dengelyi ikinciler lehine çözen bir tartışma için bkz. Coleman, s. 1097 vd.

KAYNAKÇA

BROECK Van Jeroen, “Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 9/1, 2001.

CHIU Elaine M., “Culture as Justification, Not Excuse”, *American Criminal Law Review*, 43, 2006.

CHOI Carolyn, “Application of A Cultural Defense in Criminal Proceedings”, *UCLA Pac. Basin Law Journal*, 8, 1990.

COLEMAN D. L., “Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals’ Dilemma”, *Columbia Law Review*, 96/5, 1996.

DWORKIN Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, çev: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, 2007.

EREM Faruk, “Psikanalizm Açısından Ceza Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44, 1995.

EVANS-PRITCHARD Deidre & RENTELN Alison D., “The Interpretation and Distortion of Culture: A Hmong “Marriage by Capture” Case in Fresno, California”, *S. California Interdisciplinary Law Journal*, 4/1, 1994-1995.

FISCHER Michael, “Human Rights Implications of A Cultural Defense”, *S. California Interdisciplinary Law Journal*, 6, 1997-1998.

FULLER Lon L., *The Morality of Law*, Yale, 1963.

GOLDSTEIN Taryn F., “Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A ‘Cultural Defense’?”, *Dickinson Law Review*, 99, 1994-1995.

GOOD Anthony, “Cultural Evidence in Courts of Law”, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 14, 2008.

LEVINE Kay L., “Negotiating the Boundaries of Crime and Culture: A Socio-legal Perspective on Cultural Defense Strategies”, *Law and Social Inquiry*, 28/1, 2003.

LI Jishering, “The Nature of the Offense: An Ignored Factor in Determining the Application of the Cultural Defense”, *University of Hawaii Law Review*, 18, 1996.

LYMAN John C., “Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?”, *Criminal Justice Journal*, 9, 1986.

MATSUMOTO Alison, “A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case”, *Journal of Int’l Law & Practice*, 4, 1995.

MORGAN J. Tom & PARKER Laurel, “The Dangers of the Cultural Defense”, *Judicature*, 92/5, 2009.

NOTE: “The Cultural Defense in the Criminal Law”, *Harvard Law Review*, 99, 1985-1986.

POST Robert, “Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment”, *California Law Review*, 76, 1988.

RAMIREZ Linda F., “The Virtues of the Cultural Defense”, *Judicature*, 92/5, 2009.

RENTELN Alison D. & VALLADARES Rene, “The Importance of Culture for the Justice System”, *Judicature*, 92/5, 2009.

RENTELN Alison D., “The Use and Abuse of the Cultural Defense”, *Canadian Journal of Law and Society*, 20/1, 2005.

RENTELN Alison D., *The Cultural Defense*, Oxford University Press, 2004.

RENTELN Alison D., “A Justification of the Cultural Defense as Partial Excuse”, *S. Cal. Review of Law & Women’s Studies*, 2, 1992-1993.

RICHARDSON Michael, *Experience of Culture*, Sage, 2001.

SAMS Julia P., “The Availability of the ‘Cultural Defense’ as an Excuse for Criminal Behaviour”, *Ga. J. Int’l & Comp. Law*, 16, 1986.

SHEYBANI Malek-Mithra, “Cultural Defense: One Person’s Culture is Another’s Crime”, *Loy. L.A. Int’l & Comp. Law Journal*, 9, 1986-1987.

TORRY William, “Multicultural Jurisprudence and the Cultural Defense”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 44, 1999.

TUNICK Mark, “Can Culture Excuse Crime? Evaluating the Inability Thesis”, *Punishment and Society*, 6/4, 2004.

ÜYE Saim, “Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 17, 2007.

VOLLP Leti, “(Mis)identifying Culture: Asian Women and the Cultural Defense”, *Harvard Women’s Law Journal*, 17, 1994.