

ŞEKLİ EŞİTLİĞİN SINIRLARINI AŞMAK: FREDMAN VE MACKINNON TARTIŞMASI

Fehmiye Ceren AKÇABAY*

Bu makale, hakem incelemesinden geçmiştir ve TUBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

E-posta: ceren.akcabay@okan.edu.tr **ORCID:** 0000-0003-0073-8067

Makale Geliş Tarihi: 13 Mayıs 2026 **Makale Kabul Tarihi:** 14 Temmuz 2026

Atıf Önerisi: AKÇABAY, Fehmiye Ceren, “Şekli Eşitliğin Sınırlarını Aşmak: Fredman ve Mackinnon Tartışması”, Ankara Barosu Dergisi, Temmuz 2026, Cilt: 84, Sayı: 3, s. 1987-2018.

ŞEKLİ EŞİTLİĞİN SINIRLARINI AŞMAK: FREDMAN VE MACKINNON TARTIŞMASI

ÖZ

Feminist hukuk teorisinin en güncel meselelerinden biri olan maddi eşitlik kavramını ele alan bu çalışma, liberal hukukun “şekli eşitlik” anlayışının toplumsal hiyerarşileri ve eşitsizlikleri meşrulaştıran yapısını ve sınırlarını eleştirmektedir. Maddi eşitliğin pratik hukuk düzenindeki ve yargısal içtihatlardaki gelişimi, hukukun soyut hak öznesi kurgusundan sıyrılarak olgulara yönelme ihtiyacını ortaya koyar.

HAKEMLİ

Makale, bu ihtiyaca yönelik arayışın teorik karşılığını şekli eşitlik eleştirisinde uzlaşan ancak uygulamada maddi eşitlik için farklı metodolojiler öneren iki önemli hukukçu Sandra Fredman ile Catharine MacKinnon arasındaki tartışma üzerinden göstermeye çalışmaktadır. Bu çerçevede çalışmada Fredman’ın eşitsizliği farklı eksenlerde analiz eden çok boyutlu yaklaşımı ile MacKinnon’ın eşitsizliklerin gerisindeki hiyerarşilere odaklanan “tahakküm” modeli karşılaştırmalı bir analize tabi tutularak yerleşik şekli eşitlik yaklaşımını aşmak için geliştirilen öneriler uygulamadaki sonuçlarıyla ele alınmıştır.

Çalışmanın temel amacı; literatürde genellikle teorik açıklamalarla sınırlı olan maddi eşitlik tartışmasını güncel içtihatlar üzerinden değerlendirerek her iki yaklaşımın hukuk uygulaması bakımından sunduğu dönüştürücü imkanları ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik, ayrımcılık, feminist hukuk teorisi, tahakküm, hiyerarşi

TRANSCENDING THE LIMITS OF FORMAL EQUALITY: THE FREDMAN-MACKINNON DEBATE

ABSTRACT

Addressing the concept of substantive equality, which stands as one of the most contemporary issues in feminist legal theory, this study criticizes the structure and limitations of liberal law's understanding of "formal equality" which legitimizes social hierarchies and inequalities. The development of substantive equality within the practical legal order and judicial jurisprudence reveals the necessity for law to break away from its construct of an abstract legal subject and orient itself toward empirical facts.

The article attempts to demonstrate the theoretical counterpart of this quest through the debate between Sandra Fredman and Catharine MacKinnon—two prominent legal scholars who converge on the critique of formal equality but propose different methodologies for achieving substantive equality in practice. Within this framework, the study subjects Fredman's multidimensional approach, which analyzes inequality across various axes, and MacKinnon's "dominance" model, which focuses on the hierarchies underlying inequalities, to a comparative analysis, thereby addressing the proposals developed to transcend the established formal equality approach along with their practical consequences.

The primary objective of this study is to evaluate the debate on substantive equality—which is generally limited to theoretical explanations in the literature—through contemporary jurisprudence, and to reveal the transformative possibilities that both approaches offer for legal practice.

Keywords: Equality, discrimination, feminist legal theory, domination, hierarchy

GİRİŞ

Modern liberal hukukun temel kavramlarından biri olan eşitlik, yarattığı tüm toplumsal beklentilere rağmen uygulamada son derece soyut ve sınırlı biçimde ele alınır. Eleştirel hukuk tartışmaları içinde ‘şekli eşitlik’ olarak nitelendirilen bu yaklaşımın eşitliğe bakışı hukuki muamelede eşitlikten ibarettir. Tutarlılık gerekçesiyle farklılıkları görmezden gelerek kişileri ‘hak özne’liğine dayalı bir aynılık kurgusu içinde eşitleyen bu hukuk uygulaması, Aristoteles’e atfedilen ‘benzerlere benzer davranma’ ilkesiyle açıklanır.^[1] Herkese genel ve soyut içerikteki aynı hukuk kurallarını uygulamak anlamına gelen şekli eşitlik, muamelenin niteliğini ve bireylerin somut eşitsizliklerini hukuksal değerlendirmenin dışında tutar.^[2]

Geleneksel toplumlarda var olan statüler ve bunların neden olduğu ayrım ve ayrıcalıklar düşünüldüğünde, modern hukuktaki eşitlik uygulaması şekli olsa da önemli bir toplumsal dönüşüme karşılık gelir. Ancak şekli eşitlik, modern hukukun ‘ahlaki eşitliğe’ bağlılığından çok toplumsal mücadelelerin ürünü olduğu gibi, zaman içinde toplumsal hiyerarşiler ekseninde süren derin eşitsizlikleri meşrulaştırmanın bir aracı olarak da kullanılmaya başlanmıştır. Zira hukukun benzerlik varsayımı için tasarladığı evrensel hak öznesinin toplumsal ilişkilerden yalıtılması hukuk önünde eşitliğin sağlanmasını dahi zorlaştırır. Bu nedenle, soyut hak özneleri ete kemiğe büründükçe hukukun vadettiği eşitlik ideali ile eşitsizlik gerçeği arasındaki uçurum gözle görünür hale gelmiş ve şekli eşitlik giderek daha fazla sorgulanmaya başlanmıştır. Feminist hukuk, eleştirel ırk teorisi ve antikolonyal yaklaşımların sunduğu teorik birikimden beslenen bu tartışmalar; toplumsal cinsiyet, ırk, etnisite, sınıf ve bedensel engel gibi kategorilerin işaret ettiği yapısal hiyerarşileri hedef

[1] Aristoteles’e atfedilen formül şöyledir: ‘Benzerlere benzer, benzemeyenlere benzemez davran.’ Ancak yaygın kanaatin aksine, Aristoteles’in günümüze ulaşan eserlerinde eşitliğe dair böyle bir belirleme yer almaz. Aristoteles, eşitliği adalet tartışması bağlamında ele alarak *Politika* eserinde şu açıklamayı yapar: “[A]dalet eşitlik gibi görünür ve zaten öyledir, ama herkes için değil, yalnızca eşit olanlar için. Adalet aynı zamanda eşitsizlik gibi görünür, zira gerçekten öyledir, ama herkes için değil, yalnızca eşit olmayanlar için.” Bkz. Aristoteles, *Politika*, çev. Özgüç Orhan (İstanbul: Say Yayınları, 2017), 275.

[2] Çiğdem Sever, “İdeolojik Kavram Olarak Hukuki Eşitlik,” *Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları* içinde, ed. Bora Erdağı (Ankara: Phoenix Yayınevi, 2015), 43.

olarak hukukta yeni bir eşitlik arayışını tetiklemiştir.^[3] Söz konusu eleştirel perspektifler hukuku biçimsel bir tutarlılığın ötesine geçerek toplumsal gerçekliğin derinindeki eşitsizliklerle yüzleşen daha kapsayıcı bir eşitlik perspektifi inşa etmeye zorlar. Bu arayışların en somut hukuki karşılığı, eşitsizliği sadece bireysel bir muamele hatası değil, yapısal bir sorun olarak gören maddi eşitlik yaklaşımıdır.

Maddi eşitliğin sistemik ve kökleşmiş eşitsizliklere hukuki bir çözüm olarak anlaşılması olgusal zemine yönelimi beraberinde getirir. Maddi eşitlik savunucularına göre, eşitsizlik münferit bir hata değil; toplumsal değerler, davranışlar ve kurumlar ile toplumsal sistem ve iktidar ilişkilerinin bir ürünü olarak ele alınmalıdır. Zira eşitsizlik keyfi veya irrasyonel eylemler yerine, gruplar arasındaki siyasi, toplumsal ve ekonomik ayrışmalardan kaynaklıdır.^[4]

Bir eşitlik arayışı olarak ortaya çıkan feminizmin hukuk tartışmasına en önemli katkılarından biri de tam bu noktada, yani hukukun yöneldiği olgusal zeminde yapısal hiyerarşilerin nasıl tasfiye edileceği meselesinde somutlaşır. Diğer yandan, farklı feminist yaklaşımlar içinde geliştirilen öneriler reformdan yapısal dönüşüme uzanan bir yelpaze oluşturur. Bu yelpaze içindeki teorik ayrışmaların en belirgin ve ufuk açıcı örneği ise Sandra Fredman ile Catharine MacKinnon arasında süren maddi eşitlik tartışmasıdır. Tartışmanın önemi, bu iki hukukçunun hukuk uygulamasında eşitsizliğin belirlenmesi ve giderilmesi konusunda somut ve farklı metodolojik öneriler sunmalarından kaynaklanır. Fredman'ın çok boyutlu yaklaşımı eşitsizliği farklı eksenler içinde analiz ederken, MacKinnon eşitsizlikleri “tahakküm” ilişkileri olarak görür ve eşitsizliklerin gerisindeki hiyerarşilere odaklanır.

Bu çalışmanın temel amacı; literatürde genellikle soyut teorik açıklamalar ve şekli eşitlik eleştirileriyle sınırlı şekilde ele alınan maddi eşitlik tartışmasını güncel hukuk tartışmaları ve yargısal içtihatlar üzerinden değerlendirmektir. Çalışmanın temel tezi ise; Fredman'ın çok boyutlu modelinin eşitsizliği farklı boyutlarıyla kavrayarak yargısal pratik için esnek ve uygulanabilir bir araç seti sunduğu; buna karşılık MacKinnon'un tahakküm odaklı analizinin

[3] F. Ceren Akçabay, “Arafta Hukuk: Eşitlik İdeali ve Eşitsizlik Gerçeği Arasında,” Cumhuriyetimizin Yüzüncü Yılına Armağan içinde, ed. N. Saban (İstanbul: İstanbul Okan Üniversitesi Yayınları, 2024), 147–166.

[4] Catherine Albertyn, “Substantive Equality and Transformation in South Africa”, South African Journal on Human Rights 23, no. 2 (2007), 254-255, 259.

yapısal dönüşüm hedefinde radikal bir potansiyel taşımakla birlikte, somut hukuki mekanizmalar ve yerleşik içtihat yapıları içinde belirli sınırlılıklara sahip olduğudur. Çalışma, bu iki yaklaşımın hukuk uygulaması bakımından sunduğu imkan ve sınırları yargı kararları üzerinden karşılaştırmalı olarak ele almayı hedeflemektedir.

Bu amaç ve tezler doğrultusunda çalışmada ilk olarak maddi eşitliğin gelişimi ve bu gelişimin yargısal içtihatlarda yarattığı olgusal dönüşüm analiz edilecektir. İkinci kısımda, şekli eşitliği aşma arayışında iki farklı metodolojik kavşak olarak Sandra Fredman'ın çok boyutlu eşitlik teorisi ile Catharine MacKinnon'ın tahakküm modeli karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Üçüncü kısımda ise, her iki yazarın geliştirdiği öneriler güncel maddi eşitlik içtihatlarından örnekler üzerinden tartışmaya açılacak, hukuk uygulaması için ortaya koydukları dönüştürücü imkanlar ve yapısal sınırlar bir arada ele alınacaktır. Sonuç bölümünde ise elde edilen bulgular çalışmanın temel tezi çerçevesinde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. MADDİ EŞİTLİK YAKLAŞIMININ GELİŞİMİ

Yargısal düzeyde Aristotelesçi şekli eşitlik yaklaşımını açıkça reddederek maddi eşitlik içtihadını ilk başlatan karar, Kanada Yüksek Mahkemesi'nin 1989 yılında verdiği *Andrews v. The Law Society of British Columbia (Andrews)*'dir. Vatandaşlık şartının avukatlık mesleğine kabulde bir engel olarak gösteren düzenlenmeyi maddi eşitlik ve ayrımcılık yasağı bağlamında ele alan bu kararda Mahkeme, düzenlemenin 1982 tarihli *Charter of Rights and Freedoms* (Hak ve Özgürlükler Şartı) madde 15'i ihlal ettiğine karar vermiştir. Madde, eşitliği kanun önünde ve içinde eşitlik ile kanun tarafından eşit korunma ve kanundan eşit yararlanma hakkını içerecek geniş bir kapsamda tanımladığı gibi, ayrımcılık temellerine ilişkin açık uçlu bir liste oluşturarak somut bir düzenleme biçimi benimsemiştir. Aynı zamanda 15. maddeye dayanarak verilen ilk karar olan *Andrews* kararında Mahkeme bireylere farklı muamelenin mutlaka bir eşitsizlik doğurmayacağını ve herkese aynı muameleyi yapmanın sıklıkla ciddi eşitsizliklere neden olabildiğini ifade ederek şekli eşitlik çerçevesini dışlar. Mahkemeye göre eşitlik tartışmalı bir kavram olduğu için eşitsizliğin tespiti ancak toplumsal ve siyasi koşullar hesaba katılarak yapılabilir. Eşitliğin sağlanması için kanunun içeriği ve amacıyla birlikte kapsamına aldığı ve almadığı kişiler üzerindeki etkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Her davada eşitlik bağlamında karşılaşılan

meseler farklılaşır. Bu nedenle, eşitlik değerlendirmesinin “sabit ve sınırlı bir formül” içerisinde değerlendirilmeye çalışılması hatalıdır. Bunun yerine “[e]şitliğin teşviki; herkesin hukuk önünde ilgi, saygı ve özen gösterilmeye eşit derecede layık varlıklar olarak tanındıklarını bilmenin güveni içinde olduğu bir toplumun teşvik edilmesini gerektirir”.^[5]

Mahkemenin bu eşitlik yorumunu geliştirirken, Kanada’nın en etkili kadın hakları örgütü *Women’s Legal Education and Action Fund Inc. (LEAF)* tarafından sunulan *amicus curiae* raporundaki “maddi eşitlik” çerçevesini benimsediği görülmektedir.^[6] Zira Mahkeme, önerilen yaklaşım doğrultusunda *Andrews* kararında eşitliği “benzerlik ve farklılık” odaklı geleneksel yolla tartışmayı reddetmiş; bunun yerine tarihsel eşitsizliği tespit etmeye yönelik yeni bir test geliştirmiştir. Maddi eşitliğin ilk ve temel çerçevesini oluşturan bu somut test, ana akım doktrinlere bir alternatif üretmenin ötesine geçerek hukukta eşitsizlik tartışmasını olgusal bir zemine taşımıştır.^[7]

Farklı toplumsal grupların uzun süreli baskı ve sömürü tarihine sahip olduğu çağdaş toplumlarda, şekli eşitlik kriterlerini karşılayan kurallar dahi ayrımcılığın kaynağı haline gelebilmektedir.^[8] Dolayısıyla, eşitliğe ilişkin yargısal incelemede bir kural, politika veya uygulamanın sadece usulüne uygun olup olmadığının sorgulanması yerine bunların dezavantajlı gruplar üzerindeki somut etkilerine odaklanılması gerekir. Maddi eşitlik içtihadının erken örneklerinden bir diğeri olan 1997 tarihli *President of the Republic of South Africa v. Hugo* kararı eşitlik tartışmasında bağlamın rolünü açıkça vurgular. Mahkemeye göre: “[H]er vakada, ayrımcı eylemin ilgili kişiler üzerindeki etkisinin, bu etkinin genel toplamda anayasal eşitlik hedefine hizmet edip etmediğini belirlemek amacıyla dikkatli ve kapsamlı bir şekilde ele alınması gerekir”.^[9] Mahkeme bu belirlemenin ardından başvuruya konu

[5] *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, par. 31.

[6] Milica V. Matijević, “Navigating Through the Substantive Equality Doctrine”, *Pravni Zapisi* 15, no. 1 (2024), 92-93.

[7] Catharine A. MacKinnon, “Substantive Equality: A Perspective”, *Minnesota Law Review* 96, no. 1 (2011), 10-11.

[8] Matijević, “Navigating Through the Substantive Equality”, 100.

[9] *President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo*, (CCT11/96) [1997] ZACC 4, par. 43.

af düzenlemesinde çocuk sahibi erkek mahkumların kapsam dışı bırakılmasını benzerlik ve farklılık tartışmasına girmeksizin Afrika’da kadınların sosyo-ekonomik koşulları ve bakım yükleri üzerinden değerlendirilmiştir.^[10]

Şekli eşitlikçi çerçevenin ayrımcılığı besleyebildiği tespiti maddi eşitlik savunucularının odaklarını muamelenin biçiminden, yarattığı somut sonuca kaydırmalarına neden olur. Bu yaklaşım, gerçek anlamda eşit bir sonuç elde edebilmek adına, bazı durumlarda kişilere farklı muamele edilmesini zorunlu olarak kabul eder.^[11] Bu doğrultuda, hâkim ve avukatların eşitsizliği meydana geldiği bağlamı anlamaları ve eşitsiz sonuçlar yaratan toplumsal koşullarla hukuki düzenlemeler arasındaki bağı belirlemeleri gerekir. Ayrıca bu süreçte baskın normları güçlendirecek karşılaştırmalardan kaçınılmalı; hak ihlali iddiasına konu eylemin birey veya grup üzerindeki etkisi derinlemesine araştırılmalıdır.^[12]

Maddi eşitliğin bu sonuç odaklı karakteri yaklaşımın kimi zaman Aristoteles’in ‘benzerlere benzer davranma’ ilkesinin yeni bir yorumu olarak da nitelendirilmesine sebep olur. Bu bakışa göre maddi eşitlik, Aristoteles’in ilkesinin ikinci kısmı olan ‘benzemeyenlere benzemez davran’maya odaklanıp geometrik orantıyı ters düz ederek “terazinin bir kefesini dezavantajlı lehine

[10] Güney Afrika Anayasa Mahkemesi tarafından verilen *Hugo* kararı Devlet Başkanı Nelson Mandela’nın 1994 yılında başkanlık yetkisine dayanarak çıkardığı özel bir af kararnamesine ilişkindir. Kararnameyle iki yaşından küçük çocuğu olan ve hapisanede bulunan tüm annelerin hapis cezaları affedilmiştir. Kararnameye karşı on iki yaşından küçük çocuğuna tek başına ebeveynlik yapan mahkûm bir babanın açtığı davada Mahkeme, af düzenlemesinin özel niteliğini vurgulayarak kararnamenin sadece gençler, engelliler ve kadınlar gibi toplumsal olarak dezavantajlı gruplara yönelik olarak çıkarıldığını vurgular. Dezavantajın giderilmesi için bir destek olarak sunulan af imkanı diğer grup ve kişiler bakımından “haksız ayrımcılık” doğurmaz. *Hugo*, parag. 41-42. 1996 tarihli Güney Afrika Anayasası’nın eşitlik ilkesini düzenleyen 9. maddesinde yer alan haksız ayrımcılık ifadesi özel önlemlere açık bir şekilde olarak tanımak için geliştirilen bir ayrımın ürünüdür. Buna göre, yeni anayasal eşitlik çerçevesi içinde ayrımcılık haklı ve haksız olarak ikiye ayrılarak özel önlemlerin tersine ayrımcılık olarak tanımlanıp mahkeme kararıyla engellenmesi önlenmiştir. Bkz. Güney Afrika Anayasası (1996), m. 9.

[11] Sandra Fredman, *Discrimination Law*, 2. bs. (Oxford: Oxford University Press, 2011), 99-100.

[12] Albertyn, “Substantive Equality”, 259.

desteklemeye” çalışır.^[13] Aslında maddi eşitlik savunucularının asıl odaklandıkları husus, şekli anlayışın kökleşmiş ayrımcılık biçimleriyle mücadelede işlevsiz kalmasıdır. Bu nedenle, genelde kimlikler ve sosyoekonomik koşullar konusunda liberal hukukta yaratıcı çözümler geliştirmeye çalışırlar.^[14] Ancak zaman zaman maddi eşitlik çerçevesinde hukuka daha radikal beklentiler de yöneltmekte; hukukun kurgusal bir eşitliği şeklen ilan etmekle yetinmesi yerine, bireyleri eşitsiz kılan kökleşmiş yapısal engelleri ve iktidar hiyerarşilerini ortadan kaldırmayı amaçlaması gerektiği vurgulanmaktadır.^[15]

Hukuka yönelik bu farklı beklentiler maddi eşitlik kavramının hem teoride hem de içtihat alanında çok farklı anlamlarda kullanılmasına yol açar. Nitekim sonuç eşitliği, fırsat eşitliği ve insan onuru gibi çeşitli kavramlar etrafında açığa çıkan yeni eşitlik arayışı, günümüzde daha çok genel bir başlık olarak maddi eşitlik altında sürdürülse de^[16] kavram nadiren tanımlanmakta ve çoğu zaman farklı içeriklerle doldurulmaktadır. Maddi eşitlik yaklaşımının anayasal düzeyde benimsendiği^[17] iki önemli ülke olan Güney Afrika ve Kanada’da bile, içtihatların farklı yorumlara açık ve yer yer tutarsız olduğu düşünülmektedir.^[18] Mahkemeler maddi eşitliği tespit etmek için kimi zaman dezavantaj kimi zaman insan onuru gibi başka açık

[13] Paul Stancil, “Substantive Equality and Procedural Justice”, Iowa Law Review, 102, no. 4 (2017), 1644.

[14] Matijejić, “Navigating Through the Substantive Equality”, 96-99 ve 110.

[15] Catharine A. MacKinnon, “Substantive Equality (1989)”, Butterfly Politics içinde (Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2017), 119.

[16] Sandra Fredman, “Substantive Equality Revisited”, International Journal of Constitutional Law, 14, no. 3 (2016), 713.

[17] İki ülkenin anayasal eşitlik düzenlemelerin ortak yönü, şekli eşitliğin dışına çıkarak yapısal engeller nedeniyle dezavantajlı duruma düşmüş grupları korumak için alınan özel önlemleri (kota, destek programları vb.) eşitliğin bir gereği olarak görmeleridir. Ayrıca her iki eşitlik düzenlemesi de ayrımcılık temellerine açık uçlu listeler içinde yer vererek yeni dezavantaj ve hiyerarşileri kapsayacak bir maddi eşitlik anlayışı içerirler. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası, 1996, md. 9; Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı, 1982, md. 15.

[18] Fredman, Discrimination Law, 55.

uçlu kavramlara başvurmaktadırlar^[19]. Bu durum, uygulamada bir maddi eşitlik tanımı üzerinde uzlaşamamasına ve kavramın şekli eşitliğin yarattığı sorunları gidermeye çalışan heterojen bir yaklaşımlar kümesi haline gelmesine neden olmaktadır.

Maddi eşitliğin bu açık uçlu ve eklektik yapısı, hukuk uygulamasının en zorlu yönü olan “müdahalenin sınırlarını rasyonel bir biçimde çizme” sorununu beraberinde getirir. Üstelik eşitsizliğin belirlenmesinde kullanılan farklı kavramların yer yer öznel değerlendirmeleri zorunlu kılan niteliği bu sorunu içinden çıkılması daha da güç kılar. Buna karşın yerleşik şekli eşitlik yaklaşımı alışıldık ‘aynılık ve farklılık’ çerçevesiyle uygulamada kolaylık sağladığı gibi, dayandığı kurgu ve soyutlamalar sayesinde nesnellik iddiası da içerir. Dolayısıyla, liberal hukuk sistemini biçimsellikten çıkarıp müdahaleci bir maddi eşitlik yaklaşımına doğru evriltmek için, öncelikle bu müdahalenin nihai hedefi konusunda bir uzlaşıya varılması gerekmektedir. Ancak bu hedefin tayini dahi sanıldığı kadar kolay değildir.^[20]

II. Çok Boyutluluk vs. Hiyerarşi

Maddi eşitliğin hedefi konusundaki görüş farklılıklarının en iyi yansımalarından biri çalışmanın konusunu oluşturan Fredman-MacKinnon tartışmasıdır. *International Society of Public Law* (Uluslararası Kamu Hukuku Topluluğu)’nun yayın organı *I.CON*’ın 2016 tarihli 15. sayısının konuya ayrılan tartışma bölümünde başlayan ve toplamda beş makaleden oluşan bu diyalogda Fredman ve MacKinnon maddi eşitliği kendi perspektifleriyle ele alır. MacKinnon’un feminist hukuk alanındaki kurucu rolü ve Fredman’ın ayrımcılık karşıtı hukuk konusunda uzmanlığı maddi eşitliği uygulama boyutuyla da ele almalarını sağlayarak tartışmayı derinleştirmektedir.

MacKinnon’un radikal feminist yaklaşımının önemi liberal hukukun nesnellik ve tarafsızlık iddialarının gerisindeki eril iktidara işaret etmesidir. Mackinnon’a göre, cinsellik üzerinden inşa edilen toplumsal cinsiyet hiyerarşisinde kadınlar tabiyet altındadır. Buna rağmen, bu hiyerarşi göz ardı

[19] Catharine A. MacKinnon, “Substantive Equality Past and Future: The Canadian Charter Experience,” *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution* içinde, ed. Richard Albert ve David R. Cameron (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 233-237.

[20] Stancil, “Substantive Equality and Procedural Justice”, 1644-1646.

edilerek eşitlik talepleri aynılık ve farklılık üzerinden ele alınarak hukukun eril tahakkümü pekiştirmesi kolaylaştırılır. Farklı feminist yaklaşımlar içinde toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin temel bir toplumsal çatışma değil, doğal ve biyolojik farklara ilişkin bir uyum yahut bir ‘fark’ sorununa indirgenmesi toplumsal cinsiyet hiyerarşisiyle hukuk yoluyla mücadeleye de engel olur.^[21] MacKinnon’a göre liberal hukukun gerisindeki eril iktidar ifşa edilerek hukukun düzenleyici gücü toplumu dönüştürmek için kullanılabilir. MacKinnon “kelebek politikası” adını verdiği stratejiyle hukuktaki küçük ama bağlamsal boşluklara yapılan müdahalelerin büyük toplumsal dönüşümler yaratabileceğini savunur. MacKinnon’a göre, feminist metot ve uygulamaya karşılık gelen bilinç yükseltmeyle kadınlar kendi kimliklerini ve deneyimlerini şekli eşitlik çerçevesini kırmak için kullanabilirler.^[22] Nihayetinde hukuk, kurumsal direncine rağmen, eşitsizlik gerçekliğinin ortaya konabileceği ve bu sayede statükonun sarsılmasını sağlayabilecek dinamik bir mücadele aracıdır.^[23] Bu nedenle MacKinnon, kadın deneyimlerine işaret edip cinsel taciz, pornografi ve seks işçiliği gibi başlıkları feminist hukuk tartışmasının merkezine koyarak liberal hukukun kadınların tahakkümünü nasıl mümkün kıldığını göstermiş ve bu başlıkları birer eşitlik tartışması olarak ele almıştır.^[24]

Eşitlik hukuku alanında çalışan İngiliz hukukçu Fredman’ın eşitlik ve ayrımcılık hukuku perspektifi ise yapısal eşitsizlikleri çözmede geleneksel hukuk mekanizmalarının yetersizliği tespiti üzerinden şekillenir. Fredman, ayrımcılıkla mücadelenin yalnızca mahkemeler önündeki bireysel ve geçmişe odaklı tazminat davalarına sıkıştırılmasını eleştirerek; eşitliğin sağlanması için münferit ihlalleri cezalandırmanın ötesine geçilmesi gerektiğini savunur.^[25] Bunun için hukuk uygulamasında odağın bireysel kusurdan kurumsal yapılara kaydırılması ve devlet ile işverenlere pozitif yükümlülükler (*positive*

[21] Catharine A. MacKinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* (Cambridge: Harvard University Press, 1987), 2-5.

[22] MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, 274-275.

[23] Catharine A. MacKinnon, *Butterfly Politics* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017), 326-327.

[24] MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 5-7.

[25] Fredman, *Discrimination Law*, 279.

duties) yükleyen asimetrik bir model oluşturulması gereklidir. Ancak klasik hak çerçevesi böyle bir model için önemli sınırlamalar barındırır. Mahkemelerin devletin kaynakların dağılımına ve koruma düzenlemelerine ilişkin kararlarını değerlendirirken bireyleri hak sahibi özneler olarak ele alarak pozitif yükümlülükleri öne çıkarabilmesi için eşitliğin anayasal sosyo-ekonomik haklar bağlamında güvence altına alınması gereklidir.^[26]

Görüldüğü gibi her iki hukukçu da liberal hukukun ayrımcılığın önlenmesinde yetersiz kaldığı buna karşın hukukun eşitliğin sağlanmasında rol oynayabileceği düşüncesindedir. Ancak mevcut yapısal engellerin aşılması konusunda yaklaşımları aralarındaki tartışmanın temel eksenini de belirleyecek farklar içerir. MacKinnon, hukuku özü itibarıyla eril bir tahakküm alanı olarak nitelendirerek hukuka radikal ve dışarıdan müdahaleleri savunurarak tahakkümün ifşasına odaklanırken Fredman, liberal hukukun anayasal sosyo-ekonomik haklar ve pozitif yükümlülükler yoluyla reforma tabi tutulabileceğine inanır. Bu teorik ayrışma, somut hukuki düzlemde maddi eşitliğin nihai hedefi konusunda Fredman ve MacKinnon'ın karşı karşıya gelmesine zemin hazırlar. Nitekim bu ayrışma 2016 yılında *I. CON* sayfalarında entelektüel bir diyaloga dönüşmüştür.

I. CON'un maddi eşitlik tartışmasına ayrılan bölümü Fredman'ın kaleme aldığı "*Substantive equality revisited*" (Maddi eşitliğe yeniden bakmak) adlı eserle açılır. Fredman bu makalede, ayrımcılık karşıtı hukuk çalışmalarında daha önce de ortaya koyduğu çok boyutlu analitik çerçeveye kendi yaklaşımını sistematize eder.^[27] Fredman'a göre, maddi eşitlik konusundaki belirsizlik konunun tek bir ilke etrafında ele alınamayacak kadar geniş olmasından kaynaklanır.

Fredman öncelikle farklı eşitlik yaklaşımları arasındaki seçimin mantıkla değil değerler ve politikalarla ilgili olduğunu vurgular. Fredman'a göre maddi eşitlik mevcut eşitlik anlayışı üzerine inşa edilmesi gereken bir kavramdır.^[28] Bu doğrultuda; sonuç eşitliği, fırsat eşitliği ve insan onuru gibi alternatif liberal hukuk kavramları üzerinde yapılan tartışmaları ele alan Fredman,

[26] Sandra Fredman, "Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide," *South African Journal on Human Rights* 21, sy. 2 (2005), 163-165, 172.

[27] Fredman, *Discrimination Law*, 25-33.

[28] Fredman, "Substantive Equality Revisited," 714.

tüm bu kavramların “neyin eşitliği” sorusuna verilen yanıtlar olduğunu ancak yeni anlam ve tanım problemlerini de beraberlerinde getirdiklerine işaret eder.^[29] Buna rağmen, eşitlik hakkının evrimi izlenerek temel eşitlik anlayışlarını bulmak ve bunlardan çıkarımlar yapmak mümkündür. Bu konuda yeterli uzlaşma mevcut olduğu gibi, eşitliğe ilişkin yeni mutabakatlar da sağlanabilir.^[30] Makalesinin ilk kısımlarında Fredman’ın yaptığı bu belirleme, MacKinnon’ın maddi eşitliği soyut liberal hukuk tartışmalarının dışında gören radikal yaklaşımı^[31] ile kendi yaklaşımı arasındaki önemli açığı farkını gösterir niteliktedir. Bununla birlikte Fredman, makalesinde liberal hukukun aynılık standardının erkeği değerlendirme ölçütü haline getirdiğini ve bu asimilasyonist eğilimin din ve etnik köken gibi bağlamlarda da geçerli olduğunu savunurken MacKinnon’a atıf vermekten kaçınmaz.^[32] Öte yandan Fredman ile MacKinnon arasındaki tartışmanın asıl düğüm noktası reformizm ile radikalizm arasındaki sınırı da belirleyecek olan maddi eşitlik ilkesidir.

Fredman’a göre, “çok yönlü doğası” maddi eşitliğin tek bir ilke içinde ele alınmasını engellese de belirsizlikleri aşmak için maddi eşitliği dört boyutlu bir çerçeve içinde kavramsallaştırmak mümkündür. Bu çerçeve maddi eşitliğin dört farklı hedefini bir arada ele alır. Maddi eşitliğin ilk hedefi dezavantajları gidermektir. İkincisi, korunan bir özelliğe yönelik damgalama, stereotipleştirme, aşağılama ve şiddete karşı koymaktır. Üçüncüsü, hem siyasi hem toplumsal dışlanmaya karşı katılımı koruyup artırmaktır. Son olarak da maddi eşitlik aracılığıyla farklılıklar içerilerek yapısal dönüşüm sağlanmalıdır. Fredman ortaya koyduğu bu çok boyutlu yaklaşımı mevcut maddi eşitlik uygulamalarına dayandırır. Maddi eşitliğin ilk iki boyutu olan dezavantajları giderme ve damgalamayı engelleme Kanada ve Güney Afrika Yüksek Mahkemelerinin anayasal eşitlik içtihatlarında yer alan temel ifadelerdir. Katılım boyutu ise Amerika Birleşik Devletleri (ABD) mahkemelerinin azınlıkların siyasal süreçten dışlanmasına karşı geliştirdikleri içtihatlarda merkezi rol oynamıştır. Fredman’ın dönüştürücü

[29] Fredman, “Substantive Equality Revisited,” 720-724.

[30] Fredman, “Substantive Equality Revisited,” 714.

[31] Catharine A. MacKinnon, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, çev. Türkan Yöney ve Sabahat Yücesoy (İstanbul: Metis Yayınları, 2015), 278-279.

[32] Fredman, “Substantive Equality Revisited,” 719.

boyut olarak adlandırdığı son boyut ise ABD, Kanada ve Birleşik Krallık'ta fırsat eşitliği tartışmalarında kullanılmıştır.^[33] Ancak Fredman'a göre, şekli eşitliğin aşılması için tartışmayı bu boyutlardan birine odaklamak yerine maddi eşitliğin çok boyutlu şekilde ele alınması gerekmektedir. Fredman, dezavantaj kavramını Amartya Sen ve Martha Nussbaum'ın 'yapabilirlikler' teorisi ile damgalamayı ise Fraser ve Honneth'in 'tanınma' kavramından yararlanarak geliştirmeye çalışır; ancak yapısal dönüşümü farklılığa uyum ve uyumun gerektirdiği maliyetle sınırlı olarak tartışır.^[34] Fredman için bu boyutların birbirine indirgenmesi mümkün değildir. Boyutların bir arada ele alınması ise uygulamada eşitsizliğin farklı yönleri arasındaki etkileşimin de değerlendirilebilmesini sağlar.^[35] Dolayısıyla bu çok boyutlu yaklaşım maddi eşitliğe ilişkin bir tanım değil; maddi eşitliğin sağlanmasında, politika ve uygulamaların değerlendirilmesinde ve değiştirilmesinde kullanılabilecek analitik bir çerçevedir. Fredman'a göre tüm bu boyutlar dikkate alındığı takdirde hukuki düzenlemelerin, politikaların veya programların maddi eşitliği ilerletecek şekilde yeniden formüle edilebilmesi mümkündür.^[36]

I.CON dergisinin tartışma bölümünde Fredman'ın çalışmasını MacKinnon'ın "*Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman*" (Maddi eşitliğe yeniden bakmak: Sandra Fredman'a bir cevap) makalesi izler. MacKinnon'a göre, Fredman'ın "*Substantive Equality Revisited*" eserinde maddi eşitlik tartışmasının anayasal ve uluslararası hukuka sağladığı katkıyı betimlemesi akademik açıdan yararlı olsa da çalışma eşitlik düşüncesinde geleneksel olarak kabul edilen unsurların bir listesinin güncel tema ve gelişmelerle bir araya getirilmesinden ibarettir. Fredman'ın sunduğu tartışma eşitliğe ilişkin genel geçer soyutlamaların ötesine geçse de yeterince somut bir içeriğe sahip değildir. Bunun sebebi, asıl somut temelin Fredman'ın çok boyutlu çerçevesinin ıskaladığı maddi eşitlik ilkesinde yatmasıdır. MacKinnon'a göre, gelişmekte olan maddi eşitlik içtihatlarında izi sürülebilen bu ilke; soyut bir formül değil, "önceden var olan dezavantajın' özgün toplumsal içeriği" ve bunu besleyen toplumsal hiyerarşidir. Aslında Fredman da bu ilkenin

[33] Fredman, "Substantive Equality Revisited", 727.

[34] Fredman, "Substantive Equality Revisited", 729-730.

[35] Fredman, "Substantive Equality Revisited", 734-736.

[36] Fredman, "Substantive Equality Revisited", 728.

çevresinde dolaşarak onun yansımalarını yeni soyutlamalarla dört boyutlu bir çerçeve haline getirmeye çalışmıştır. ^[37]

MacKinnon'a göre, Fredman'ın çerçevesindeki dört boyuttan ilki olan dezavantajın giderilmesi, her ne kadar Kanada anayasal yaklaşımında merkezi bir öneme sahip olsa da, toplumsal hiyerarşi gibi tahakkümü vurgulayan tanımlayıcı bir içeriğe sahip değildir. İkinci boyutta yer alan damgalama, stereotipleştirme, aşağılama ve şiddete karşı koyma ise ayrı bir boyut değil, toplumsal dezavantajın görünümleridir. MacKinnon, Fredman tarafından maddi eşitliğin üçüncü boyutu olarak önerilen dışlanmaya karşı katılımı artırma önerisinin de var olan bir toplumsal hiyerarşiyle birlikte ele alınmaması durumunda fırsat eşitliğine indirgenebileceğini belirtir. Kimin toplumsal olarak dışlandığı ve kimin sesinin daha fazla duyurulması gerektiği belirlenmeksizin katılım eşitliğe katkı sağlamaz. Maddi içeriğin yokluğunda Fredman'ın dördüncü boyutunun bir parçası olan farklılıklarla dönüşüm sağlama da benzer şekilde kolayca eşitsiz muamele ya da özel muamele olarak görülebilir ve bir damgalama aracına dönüşerek mevcut toplumsal hiyerarşileri güçlendirebilir. Bu boyutların etkileşim içinde olduğunu iddia etmek de sorunu tam olarak çözmez; çünkü tüm bu boyutların her biri hayli soyuttur. Örneğin, bir kişi beyaz bir erkek olarak da Siyah bir kadın kadar stereotiplere maruz kalabilir. Maddi eşitsizliğin özü olan toplumsal statü ve değer hiyerarşisi gözden kaçırıldığı sürece tüm bu boyutlar şekli çerçeveler olarak kalacaktır. Bunun nedeni, Fredman'ın farklı maddi eşitlik anlayışları olarak görüp içlerinden maddi eşitlik boyutları devşirmeye çalıştığı dolaylı ayrımcılık ya da makul uyumlaştırma gibi uygulamaların aynılık/farklılık analizine dayalı liberal şekli eşitlikçi uygulamalar olmalarıdır. ^[38]

MacKinnon, Fredman'ın yaklaşımının soyut ve şekli içeriğine dikkat çekmek için hiyerarşik eşitsizliğin en iyi örneği olan yoksulluğun Fredman tarafından sadece maddi eşitliğin dezavantaj boyutu içinde açıkladığını, toplumsal eşitliğin bu temel görünümünün damgalama, yapısal engeller ve katılım gibi diğer boyutlarla ilişkilendirilmediğini; ırk, cinsiyet ve yaş gibi dezavantaj temellerinin yoksullukla ilgisinin dahi göz ardı edildiğini vurgular. MacKinnon, maddi eşitliğin gerçek potansiyelinin liberal hukukun eşitlik

[37] Catharine A. MacKinnon, "Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman", *International Journal of Constitutional Law*, 14, no. 3 (2016), 740.

[38] MacKinnon, "Substantive Equality Revisited: A Reply", 740-742.

tartışması içinde yer vermediği sosyo-ekonomik eşitsizlikler gibi alanlarda ortaya çıktığını hatırlatır.^[39] MacKinnon’a göre, bu konuda bir diğer önemli örnek cinsel şiddettir. Fredman çok boyutlu çerçevesi içinde şiddeti bir alt faktör olarak listelemesine rağmen cinsel istismara ilişkin eşitlik analizinden kaçınmıştır. Bu, ABD Yüksek Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi gibi önemli yargı alanlarında gelişen cinsiyet eşitliği içtihadını da göz ardı ettiği anlamına gelir. Oysa bu içtihat, toplumsal cinsiyet eşitliğini toplumsal cinsiyet hiyerarşisine dayalı olarak ele alarak maddi eşitliğin gerisindeki temel ilkeyi açıklığa kavuşturmuştur.^[40]

Derginin maddi eşitliğe ayrılan tartışma bölümü Fredman’ın MacKinnon eleştirilerine cevap olarak yazdığı “*Substantive equality revisited: A rejoinder to Catharine MacKinnon*” (Maddi eşitliğe yeniden bakmak: Catharine MacKinnon’ın cevabına bir cevap” makalesiyle kapanır. Fredman, bu çalışmada MacKinnon’ın güçlü olduğu kadar sert eleştirilerini yanıtlarken çizdiği çok boyutlu çerçevenin MacKinnon’ın görüşleriyle ilişkisini göstermeye çalışır. Fredman’a göre, MacKinnon maddi eşitlik ilkesinin toplumsal hiyerarşi olduğunu savunsa da eşitsizliğin gerçekleştiği çeşitli yolları açıklayabilmek için bu yetersizdir. Hiyerarşiler sadece dikey değil, aynı zamanda diyagonal, yatay ve katmanlı olarak oluşabilir. Bu nedenle, tek başına hiyerarşi güç ilişkilerinin farklı yönleri arasındaki etkileşimi açıklayamaz. Örneğin beyaz kadınlar erkeklere göre ikincil, ancak Siyah kadınlara göre baskın yahut ırkın belirleyici olduğu durumlarda Siyah erkeklere göre ayrıcalıklı olabilirler ya da ataerkil bağlamlarda Siyah erkeklere tabi olabilirler. Eşcinsel erkekler de ekonomik olarak avantajlı olsalar da damgalama ve tacize maruz kalabilirler. Dini ve etnik azınlık gruplar dışlanma ya da asimilasyon baskısı ile karşı karşıya gelebilirler. Dört boyutlu çerçevenin mantığı, güç eşitsizliklerinin ortaya çıktığı tüm bu karmaşık yolları belirleyip bunlara müdahale edebilmektir.^[41]

Fredman, çok boyutlu maddi eşitlik anlayışının anlamının her bir boyutun diğerleriyle zorunlu ilişkiselliği olduğu vurgulayarak bu boyutlar bir arada ele alındığında MacKinnon’ın eleştirdiği belirsizliklerin aşıldığını savunur.

[39] MacKinnon, “Substantive Equality Revisited: A Reply”, 742-743.

[40] MacKinnon, “Substantive Equality Revisited: A Reply”, 745-746.

[41] Sandra Fredman, “Substantive Equality Revisited: A Rejoinder to Catharine MacKinnon”, *International Journal of Constitutional Law*, 14, no. 3 (2016), 747.

Örneğin, damgalama boyutu dezavantaj, katılım ve yapısal değişimle birlikte ele alındığında ayrıcalıklı grupların yararlanabileceği şekli bir unsur olmaktan çıkar. Benzer şekilde katılım boyutu bakımından kimin desteklenmesi gerektiğine diğer boyutlardan yararlanılarak karar verilir; bu da dışlananların seslerinin duyurulmasına yardımcı olur. Üstelik MacKinnon'un tüm bu boyutların dezavantaj olarak ele alması, dezavantajı gidermek için alınacak farklı tedbirlerin ortaya çıkaracağı çelişkilerin tartışılmasını engeller. MacKinnon'un maddi eşitlik ilkesini hiyerarşiye indirgemek için örnek olarak gösterdiği toplumsal cinsiyete dayalı şiddet alanında dahi şiddetin stereotipleri güçlendirdiği, kadınların ikincil konumunu pekiştirerek kadınların siyasi katılımını etkilediği ve adalete erişimlerini sınırladığı kabul edilmektedir. Birleşmiş Milletler (BM) Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Komitesi'nin 19 sayılı Genel Tavsiye Kararında toplumsal cinsiyete dayalı şiddet bağlamında tüm bu hususlar arasındaki ilişkinin altı çizilerek maddi eşitliğin çok boyutluluğu ortaya konmuştur. BM'nin farklı çalışma ve raporlarında toplumsal cinsiyet eşitliği dışında da benzer bir çok boyutlu eşitlik çerçevesi kullanılmaktadır.^[42]

Fredman ile MacKinnon arasındaki maddi eşitlik tartışması derginin bir sonraki sayısına da sarkmış; MacKinnon Fredman'ın verdiği güçlü tepkiye bir yanıt daha yazmıştır. *I.CON*'un 15. sayısında yayınlanan "*Substantive equality revisited: A rejoinder to Sandra Fredman*" (Maddi eşitliğe yeniden bakmak: Sandra Fredman'ın cevabına bir cevap) adlı son makalede MacKinnon eleştirinin tonunu daha da artırır. MacKinnon'a göre, analizinde kullandığı isabetli örneklerle rağmen sorun Fredman'ın ayrımcılık sürecindeki iktidar dinamiğini teorik düzeyde kavrayamamış olmasıdır. Fredman'ın modeli eşitsizliğin somut sonuçlarını listelemekle yetinirken; bu sonuçların kaynağı olan yapısal hiyerarşiyi ve iktidar ilişkilerini açıklamakta yetersiz kalır. Dahası MacKinnon, Fredman'ın önerdiği dört boyutun hiyerarşinin bütüncül sertliğini parçaladığını ve toplumsal zeminde üretilen sistemli tahakküm ilişkisini mekanik kompartımanlara ayırarak soyutlaştırdığını ileri sürer. Tam da bu nedenle Fredman'ın modeli, şekli eşitlik yaklaşımının teknik uzantıları sayılabilecek liberal düzenlemelerle uyumlu bir zemindir.^[43] MacKinnon'un buradaki vurgusunun önemi Fredman'ın modelinin maddi

[42] Fredman, "Substantive Equality Revisited: A Rejoinder", 748-749.

[43] Catharine A. MacKinnon, "Substantive Equality Revisited: A Rejoinder to Sandra Fredman", *International Journal of Constitutional Law*, 15, no. 4 (2016), 1174.

eşitlik arayışını yapısal hiyerarşiyi yıkmak yerine sistemin ihtiyaçlarına cevap veren pragmatik bir araca dönüştürme riskine işaret etmesidir.

MacKinnon'a göre, damga ve stereotip gibi soyut kavramlar şekli eşitlik yaklaşımına benzer biçimde kategorilerle çalışır. Oysa bu kategoriler hiyerarşi vurgusunun yokluğunda kolaylıkla tersine çevrilerek tahakküm altındakiler kadar muktedirlere de hizmet etme potansiyeli içerir. MacKinnon'ın ifadesiyle "[e]şitsizliğin eşitsiz olan yanı, stereotipler değildir; erkekler ve kadınlar eşit derecede stereotipleştirilebilir."^[44] Diğer yandan şiddet ya da farkların yadsınması yani asimilasyon da eşitsizliğe işaret eden bir somut bulgu sayılamaz. Egemen gruptaki erkekler de dahil olmak üzere, erkeklerin tümü birbirlerine karşı rutin olarak şiddet uygularlar. Herkes topluma farklı şekillerde asimile olmaya zorlanır. Bu baskının kendisi, ancak toplumsal hiyerarşi bakımından somut temellere dayandığında ve bu hiyerarşinin ayrılmaz bir parçası olduğunda eşitsizlik yaratır. Bu nedenle, örneğin Fredman'ın önerdiği modelle bakıldığında kadınlara özel olarak kurulan üniversitelerin ayrımcı mı yoksa eşitliği teşvik eden bir uygulama mı olduğu tespit edilemez hale gelir. Fredman'ın çok boyutlu sistemi dinamik bir ilişki içinde ele alınsa dahi kadın üniversitelerinin hem kadınları asimilasyona karşı koruduğu hem de dışlanmayı beraberinde getirdiği söylenebilir. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet hiyerarşisine işaret edilmediğinde bir bütünün parçaları olarak gösterilen bu boyutlar aynı anda farklı sonuçlara işaret edebilmektedir.^[45]

MacKinnon'a göre, ilk bakışta Fredman'ın modelinde toplumsal hiyerarşiye işaret eden unsurun dezavantaj boyutu olduğu düşünülebilir ancak hiyerarşi bu boyutlar gibi statik bir kategoriler içinde ele alınamaz. Statik yaklaşım nedeniyle Fredman'a katmanlı ve diyagonal gözüken güç ilişkileri gerçekte kesişimsel bir perspektifle ele alınması gereken etkileşimli ve birleşik hiyerarşilerdir. Deneyimlenen her dezavantaj toplumsal eşitsizliğin göstergesi olmadığı gibi, eşitsizliğin dinamiği olan hiyerarşiler sadece "sistemik, sistemik, kümülatif ve yapısal" hiyerarşilerdir. Bu nedenle, Fredman'ın maddi eşitliğe ilişkin çabası toplumsal eşitsizlikleri belirleyip giderebilecek bir hukuki eşitlik yaklaşımı ortaya koymaktan çok, genel geçer toplumsal eşitsizliklerin farklı yönleriyle haritalanmasından ibarettir. Zira gerisindeki

[44] MacKinnon, "Substantive Equality Revisited: A Rejoinder", 1175.

[45] MacKinnon, "Substantive Equality Revisited: A Rejoinder", 1175-1176.

toplumsal hiyerarşi daha önce açığa çıkarılmayan hiçbir eşitsizlik bu boyutlar aracılığıyla tespit edilemez.^[46]

I. Soyut Kavramlar ve Yarışan Hiyerarşiler

Fredman ve MacKinnon arasındaki tartışmayı okumak bir sonraki hamleyi merakla beklediğiniz bir satranç maçını izlemeye benzer. Bu iki önemli hukukçunun birbirlerinin çalışmalarını değerlendirirken kurdukları çerçeve ve verdikleri ayrıntılı örnekler, bu metinlerin eleştirmekten ziyade düşünsel bir diyalog kurma niyetiyle kaleme alındığını gösterir. Fredman'ın çok boyutlu yaklaşımı ile MacKinnon'un tahakküm ve hiyerarşilere odaklanan perspektifi farklı normatif öncelikler ve öneriler içermesine rağmen her iki yazar da hukukta eşitliği maddi sonuçlar doğuran bir dönüşüm projesi olarak kavrar. Bu nedenle, her iki yazarın da sınırlarını dikkatle çizdiği bu teorik tartışma asıl olarak hukukun eşitlik anlayışındaki dönüşümün hangi araçlar, varsayımlar ve müdahale biçimleri yoluyla uygulamaya geçirileceğine ilişkindir.

Yakından bakıldığında Fredman ve MacKinnon arasındaki maddi eşitlik tartışması, kurgusal olmaktan çok şekli eşitlikçi akıl yürütmenin hukuk uygulamasına dayattığı kategorik düşünme biçiminden kaynaklanan zorlukları aşmaya yöneliktir. MacKinnon'a göre hukukun eşitliği sağlayabilmesi için her vaka özelinde bağlamsal bir değerlendirme yapması ve eşitsizliğin kaynağı belirleyip ortadan kaldırması gerekir. Fredman ise hukuki akıl yürütmenin yerleşik biçimlerinin aşılma güclüğü nedeniyle analitik araçlar olmaksızın her uyumsuzlukta karmaşık iktidar ilişkilerinin yeniden tanımlanmasının büyük oranda başarısızlıkla sonuçlanacağı düşüncesindedir. Gerçekten de hukuk uygulamasında şekli eşitliği aşmaya yönelik her girişim toplumsal eşitsizliği giderecek sonuçlar doğurmaz.

Mahkemeler maddi bir eşitlik arayışı içinde soyut kavram ve testlere de başvurabilmektedir. Bu yaklaşımın en iyi bilinen örneği 1999 tarihli *Law v. Canada* kararıdır. Kararda Kanada Yüksek Mahkemesinin şekli eşitliği aşmak için geliştirdiği “insan onuru” testi, eşitsizliğin bağlamsal ve yapısal boyutlarını ortaya koymak yerine, hayli soyut ve kategorik bir değerlendirme üretmiştir. Bu nedenle karar akademik literatürde gerçek dezavantaj ilişkilerini görünür kılmak yerine şekli eşitlik çerçevesini yeniden üretmekle

[46] MacKinnon, “Substantive Equality Revisited: A Rejoinder”, 1176.

eleştirilmiştir. Kararda, otuz yaşın altında olduğu için ölen eşinin emeklilik planında yer alan dul aylığından yararlanamayan kadın başvurucunun ayrımcılık iddiası düzenlemenin başvurucunun insan onuru ve özgürlüğünü ihlal etmediği gerekçesiyle reddedilmiştir. Mahkeme kararda eşitlik güvencesinin sağlanması için ayrımcılık analizinde amaçsal ve bağlamsal bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini vurgulasa da bağlam tartışmasını düzenlemenin iddia sahibinin onurunu zedeleyici bir etkiye sahip olup olmadığını belirlemekle sınırlamıştır.^[47]

Karara göre bir hukuki düzenlemenin, iddia sahibinin onurunu ihlal edip etmediğine dair tespit, her vakada iddianın tüm bağlamı içinde değerlendirilmelidir. Parlamento, yardımların yaşa göre tahsis edildiği dul aylığı planını düzenlerken eşin ölümünün uzun vadeli etkilerine karşı ekonomik olarak daha savunmasız durumda olan yaşlılara temel düzeyde mali güvenlik sağlamayı hedeflemiştir. Mevcut davada ise başvuru, genç yaşı nedeniyle avantajlı bir konuma sahiptir. Genç bir yetişkin olan başvurucunun onurunun, eşitlikçi bir amaca ve işleve hizmet eden bu düzenleme tarafından zedelendiğini gösteren hiçbir faktör bulunmamaktadır.^[48]

Fredman'ın tartışmanın ilk makalesinde belirttiği gibi eşitlik tartışmasında onur kavramının kullanımı uygulamada oldukça sorunludur. *Law* kararında görüldüğü üzere, mahkemelerin onur kavramını bağımsız bir kriter olarak ele alması, iddia sahibinin dezavantajlılık durumunun yanı sıra kendisine saygı gösterilmediğini de ispatlamak zorunda kalmasına yol açmaktadır. Fredman'a göre bu yaklaşımın anlamı şudur: Dezavantajı nedeniyle toplumun o kişiye daha az değer verdiği ayrıca kanıtlanmadıkça, dezavantaj tek başına ayrımcılık olarak nitelendirilemez. Oysa onur kavramı farklı hatta çoğu zaman zıt yorumlara açık bir kavramdır.^[49] MacKinnon'a göre ise *Law* kararı ürettiği soyut test nedeniyle Kanada Yüksek Mahkemesi'nin yolunu kaybetmesine ve maddi eşitlik içtihadının gelişiminin on seneye yakın süre durmasına neden olmuştur.^[50]

[47] *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 SCR 497, Karar Özeti (Headnote).

[48] *Law*, Karar Özeti (Headnote).

[49] Fredman, "Substantive Equality Revisited", 725-726.

[50] MacKinnon, "Substantive Equality: A Perspective", 10.

Kararda bağlamsal yaklaşımın sınırlılığı ayrımcılık temellerinin yerleşik anlayış ve verili kategoriler temelinde ele alınmasında da gözlemlenir. Kanada Yüksek Mahkemesi *Law* kararında kesişimsel ayrımcılık tartışmasına yer verse de kesişen ayrımcılık temellerini yaş ve toplumsal cinsiyetten ibaret görerek bu durumun sadece yaşlı kadınlar açısından öne sürülebileceğini savunmuştur.^[51] Oysa MacKinnon'ın vurguladığı gibi sadece yaşa odaklanan böyle bir analiz, yoksul genç kadınların içine düşebileceği spesifik kesişimsel hiyerarşilerin göz ardı edilmesine sebep olur.^[52] *Law* ile benzer içerikte bir dava olan 2002 tarihli *Gosselin v. Quebec (Attorney General)* kararı bu analiz eksikliğinin bir başka örneğidir.

1980'lerin sonunda Quebec hükümetinin sosyal yardım programında yaptığı bir değişiklikte otuz yaşın altındaki bireylerin aldığı yardım miktarını, otuz yaş üstündekilerin aldığı miktarının yaklaşık üçte birine düşürmesi ve bu miktarın artırılmasının iş eğitimi ve deneyim programlarına katılım şartına bağlanması nedeniyle açılan davada Mahkeme yine *Law* kararında geliştirilen onur testine başvurmuştur. Kararda düzenlemeyle daha az ödeme yapılmasını öngörülmesinin gençlerin “onurlarını kırma” amacı gütmeyeceği; aksine onları işgücüne katmaya yönelik teşvik edici bir önlem olduğu savunularak başvuru reddedilmiştir.^[53] MacKinnon'a göre bu değerlendirme, barınma ve gıda gibi en temel ihtiyaçlarını karşılayamayan genç kadınların içinde bulundukları yoksulluk sarmalı nedeniyle seks işçiliğine veya istenmeyen ilişkilere zorlandığını görmezden gelir. Mahkemenin onur gibi soyut bir kavrama dayalı olarak yaptığı bu test toplumsal cinsiyet ve sınıf eşitsizliğini yok sayarak “asıl onur kırıcı gerçeği” gizler.^[54]

Gosselin kararı, aynı zamanda, Fredman'ın dezavantaj ve damgalanma boyutları arasındaki ilişkiyi ele alırken kullandığı örneklerden biridir. Fredman'a göre sosyo-ekonomik dezavantaj bir tanıma zararıdır ve kişinin

[51] *Law*, parag. 94-95.

[52] Catharine A. MacKinnon, “Substantive Equality Past and Future: The Canadian Charter Experience,” *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution* içinde, ed. Richard Albert ve David R. Cameron (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 237.

[53] *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 SCR 429,

[54] MacKinnon, “Substantive Equality Past and Future”, 237-238.

toplumda eşit bir özne olarak kabul görmediği anlamına gelir. Onur ve dezavantaj ayrı tartışmalar olarak ele alındığında mahkemeler, *Gosselin* davasında olduğu gibi, bir kişinin açlık sınırının altında yaşamasının onun onurunu zedelediği gibi gerçeklikten kopuk bir sonuca varılabilmektedir. Oysa yoksulluğun kendisi zaten onur kırıcı bir durumdur. Bu nedenle Fredman, eşitliğin sağlanması için hem maddi ihtiyacın yani dezavantajın giderilmesi hem de bu yardım yapılırken kişinin muhtaç olarak damgalanmaması gerektiğini vurgular.^[55] Diğer yandan Fredman'ın maddi eşitliğin boyutlarını açıklamakta kullandığı kavramların da benzer bir soyutluk içerdiği gözden kaçırılmamalıdır. Zira Fredman her ne kadar bu hususu tartışmasa da *Gosselin* kararında Mahkeme yoksul gençlere dayatılan zorunlu programları Fredman'ın “damgalamayı önleme” ve “katılımı sağlama” boyutlarıyla meşrulaştırmıştır. Mahkemeye göre, davadaki başvuru dezavantajlı veya damgalanmış bir grubun üyesi olmadığı gibi, mevcut düzenleme gençleri uzun süreli sosyal yardım bağımlılığının neden olabileceği özsaygı kaybı ve toplumsal damgalamadan korumaya yöneliktir. Bu düzenlemeyle amaçlanan gençleri işgücü piyasasına girmeye veya eğitim almaya teşvik ederek onların toplumsal ve ekonomik hayata katılımını sağlamaktır.^[56]

Öte yandan hiyerarşi kavramının da MacKinnon'ın işaret ettiği kadar açık olmadığı söylenebilir. McKinnon eşitsizliğin gerisindeki hiyerarşinin tespit edilebilmesi için eşitlik tartışmasının her olay özelinde yapılmasını öngörür. Feminizmin “özel”e odaklı politikasının bir yansıması olarak değerlendirilebilecek bu vaka merkezli metot şekli eşitliğin sınırlarını aşmak bakımından şüphesiz oldukça önemlidir. Ancak MacKinnon'ın maddi eşitlik tartışmasının uygulamada yaygınlaşabilmesi için farklı toplumsal hiyerarşileri görünür kılan deneyimlerin hukuk tartışmasına taşınması ve bu deneyimlerden hareketle eşitsizliğin olgusal olarak analiz edilmesi gerekmektedir.

MacKinnon'ın, hukukun tarafsızlık iddiasını sorgulayan ve doğrudan yapısal hiyerarşileri hedef alan yaklaşımı doğrultusunda maddi eşitlik için önerisi yapısal eşitsizlikleri görünür kılmak ve dönüştürmektir. Eşitsizliğin kaynağına odaklanan bu radikal öneri, çarpıcı olsa da hukuki uygulama bakımından önemli güçlükler içerir. Zira eşitsizliği yapısal hiyerarşiler üzerinden tanımlamak, hukukun kategori, ayırım ve benzerliklerle işleyen akıl

[55] Fredman, “Substantive Equality Revisited”, 737.

[56] *Gosselin*, parag. 68, 263 ve 376.

yürütmesi bakımından belirgin bir yol önermez. Her bir tekil vakada bu hiyerarşinin belirlenmesi gerektiği vurgulanır ancak bunun nasıl yapılacağı tarif edilmez. Bunun nedeni, MacKinnon'ın hukuk ve politika ilişkisini ihmal etmesi değildir. MacKinnon verdiği örneklerden hiyerarşiye işaret etme dolayısıyla eşitsizliği tespit edip giderme rolünü mahkemelerden çok toplumsal mücadelenin bilgisini hukuka taşıyan hukukçulara özellikle de avukatlara biçtiği anlaşılmaktadır. Örneğin MacKinnon, *Laws* kararında LEAF'ın maddi eşitlik kavramlaştırmasının önemini vurguladığı gibi, maddi eşitlik uygulaması bakımından verdiği iş yerinde cinsel taciz, kadına yönelik şiddet ve seks ticareti gibi örneklerin tamamı feminist mücadelenin uzun zamandır gündeminde olan konulardır.^[57]

MacKinnon'ın radikal feminizm çerçevesinde bilinç yükseltme metodunun hukuki engellerin aşılmasında kullanılması gerektiğini savunduğu hatırlanırsa bu yaklaşım pek de şaşırtıcı değildir. Kendisi de akademik üretimlerinin yanı sıra bir hukukçu olarak içinde yer aldığı farklı dava ve kanun çalışmalarıyla art alandaki toplumsal cinsiyet hiyerarşisine işaret ederek cinsel taciz, soykırıma varan tecavüz, pornografi ve fuhuş gibi daha önce eşitlikle ilgili görülmeyen başlıkları birer hukuki eşitlik tartışmasına dönüştürmüştür.^[58] Maddi eşitlik tartışması ekseninde düşünüldüğünde Fredman'ın boyutlarıyla eşitlik tartışmasına dahil edilmesi hayli zor bu başlıkların MacKinnon'ın bakışıyla yapısal hiyerarşilerin sonucu birer tahakküm ve eşitsizlik alanı olarak görülmeye başlandığı söylenebilir.

MacKinnon ve Fredman'ın yaklaşım farklarının, özellikle de uygulamada yapısal hiyerarşilerin belirlenmesi sorununun, daha yakından incelenebilmesi için yakın tarihli bir maddi eşitlik kararı olan *Fraser v. Canada* (2020) zihin açıcıdır. Dava, Kanada Kraliyet Atlı Polisi bünyesinde çalışan ve çocuk bakımı sorumlulukları nedeniyle 1990'larda "iş paylaşımı" (*job-sharing*) olarak adlandırılan yarı-zamanlı çalışma programına katıldıkları için bu sürede emeklilik borçlanmasına izin verilmeyen kadın memurlar tarafından açılmıştır. Kararda Kanada Yüksek Mahkemesi düzenlemeden yararlananların neredeyse tamamının kadın memurlardan oluştuğuna dikkat çekerek

[57] MacKinnon, "Substantive Equality Revisited: A Reply", 743-745.

[58] Cynthia Chen, "Catharine A. MacKinnon and Equality Theory", *Research Handbook on Feminist Jurisprudence*, ed. Robin West ve Cynthia Grant Bowman, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019), 53-59.

bu programa katılımın kişisel tercih olarak değerlendirilerek ayrımcılık iddialarının dışlanamayacağını vurgulamıştır. Mahkeme, düzenlemede yer alan görünüşte tarafsız kriterlerin dezavantajlı gruplar bakımından sistemin içine inşa edilmiş yapısal engeller (*built-in headwinds*) işlevi gördüğünü tespit ederek tarihsel ve toplumsal olarak kadınlara yüklenen çocuk bakımı sorumluluğunu yok sayan düzenlemenin kadın memurları dezavantajlı duruma düşürdüğüne ve anayasal eşitlik hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.^[59]

Kararın MacKinnon’ın yaklaşımıyla paralel olan kısmı, Mahkemenin eşitsizlik tartışmasını sosyo-ekonomik dezavantaj olarak ele almak yerine “yoksulluğun kadınlaşması”nı Kanada’da “yerleşik bir toplumsal olgu” olarak ele alması ve emeklilik planının yapısal eşitsizlik içerdiğine hükmetmesidir. Mahkeme, düzenleme konusu emeklilik planının orta ve üst gelir grubuna mensup, uzun hizmet süresine sahip ve tam zamanlı çalışanların kariyerlerini temel alan “erkek tipi çalışma” modeline dayandığını belirterek cinsiyet önyargısına da işaret eder.^[60] Mahkemenin kararın özet bölümünde yer verdiği şu ifadeler maddi eşitlik tartışmasında yapısallığın önemini vurgulaması bakımından kritiktir: “Maddi eşitlik, hak iddia eden grubun içinde bulunduğu durumun tüm bağlamına, düzenlemenin bu durum üzerindeki gerçek etkisine ve bu grubun üyelerine sunulan fırsatları sınırlayan kalıcı sistemik dezavantajlara dikkat edilmesini gerektirir”.^[61]

Fredman’ın maddi eşitlik yaklaşımı açısından değerlendirildiğinde *Fraser* kararında Mahkemenin dezavantajı tespit ederek yapısal dönüşüm sağlamayı hedeflediği söylenebilir. Ancak Mahkeme dava konusu olayı incelerken dezavantajı yapısalılığıyla ele alarak iş yeri ve iş hukukundaki eril hiyerarşi üzerinden tarafsız düzenlemelerle işletilen ayrımcılığı tespit etmiştir. Bu açıdan düşünüldüğünde Mahkeme düzenleme dolayısıyla dezavantaja uğrayan herkesi tartışmaya dahil etmediği gibi, eşitsizliği belirlemek için düzenlemenin damgalama yahut katılımın engellenmesine sebep olması gibi ek şartlar aramamıştır. Mahkemenin *Fraser* kararındaki akıl yürütme şekli hiyerarşilerin maddi eşitlik bakımından önemini ve uygulamada olguların

[59] *Fraser v. Canada (Attorney General)*, 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113, parag. 50-53, 91-92.

[60] *Fraser*, parag. 108-110, 112.

[61] *Fraser*, Karar Özeti (Headnote).

bağlamsal değerlendirmesini somutlaştırır. Ancak bu durum maddi eşitlik tartışmasının MacKinnon lehine sonuçlandığı anlamına gelmez.

MacKinnon'ın yaklaşımındaki asıl kritik sorun farklı toplumsal hiyerarşilerin karşı karşıya geldiği koşullarda nasıl bir öncelik sıralaması yapılacağıdır. Özellikle hak çatışması olarak değerlendirilerek bireylerin özgürlük alanlarının çatıştığı davalarda uyumsuzluğun gerisindeki eşitsizlik tartışmasını görmek hayli zordur. Bu açıdan 2005 tarihli *Vancouver Rape Relief Society v. Nixon* davası önemli bir örnektir. Dava, sadece biyolojik kadınlara hizmet veren ve gönüllülerini de bu gruptan seçen bir tecavüz kriz merkezinin (*Vancouver Rape Relief*), trans bir kadın olan Kimberly Nixon'ın gönüllülük başvurusunu reddetmesi üzerine ayrımcılık iddiasıyla açılmıştır. Davada merkez, kadın olarak sosyalleşmiş olma ve erkek şiddetine maruz kalma ortak paydasında güvenli bir alan yaratmayı amaçladığını belirterek, Nixon'ın deneyiminin bu çerçeveye uymadığını savunmuştur. British Columbia Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal for British Columbia*) davaya ilişkin olarak verdiği kararda insan onuru testini uygulamayı reddetmiş olsa da hukuki tartışmayı hak çatışması olarak ele alır. Mahkemeye göre merkezin tutumu teknik anlamda ayrımcı olsa da; örgütün birincil amacının erkek şiddeti mağduru kadınların refahını korumak olması, gönüllülerinde 'doğumdan itibaren kadın olma' deneyimini aramasını meşrulaştırmaktadır. Mahkemeye göre dernek kurma hakkı kişilere kimlerle bir arada olacağı kadar kimlerle bir arada olmayacağını seçme hakkını da verir.^[62]

Ayrımcılığa muafiyet tanıyan kararın hukuki dayanağı Kanada British Columbia Eyaleti İnsan Hakları Kanunu'nun (*Human Rights Code*) 41. maddesidir. Bu madde belirli bir dezavantajlı grubu korumak için kurulan örgütlerin, kendi üyelerini seçerken ayrımcılık sayılabilecek tercihler yapabilmesine izin vermektedir. Diğer yandan ilk derecede başvuruyu ele alan İnsan Hakları Mahkemesi (*Human Rights Tribunal*) olayı aynı düzenleme üzerinden değerlendirerek başvurucu 1990 yılında kadın statüsü kazandığı ve söz konusu dezavantajlı grubun üyesi olduğu için merkezin uygulamasına böyle bir ayrımcılık muafiyeti tanınamayacağını savunmuştur.^[63]

Kararın maddi eşitlik tartışması bakımından asıl ilgi çekici yönü ise Mahkemenin tarafları niteleme şeklidir: "[T]araflar; bir yanda erkekler

[62] *Vancouver Rape Relief Society v. Nixon*, 2005 BCCA 601, parag. 77, 84.

[63] *Nixon*, parag. 2 ve 23.

tarafından marjinalleştirilmiş ve dezavantajlı duruma düşürülmüş kişilere yardım etmek için kurulmuş kâr amacı gütmeyen bir dernek; diğer yanda ise ‘Kurul tarafından marjinalleştirilmiş bir grubun üyesi’ olduğu tespit edilen bir kişidir.”^[64] Bu ifadelerden de anlaşılacağı gibi, Mahkeme deneyimlerin gerisindeki hiyerarşileri tespit etse de iki farklı ezilme biçimini (transfobi ve patriyarkal şiddet) yarıştırmak maddi eşitlikçi bir yapısal dönüşüm sağlamak yerine kararını usuli bir tartışmayla vermiştir.

Nihayetinde karar, maddi eşitliğin sadece şekli eşitlik çerçevesine değil, hiyerarşiler arası çatışmalara karşı da bir pusulaya ihtiyaç duyduğunu kanıtlar niteliktedir. Bu ekseninde bir arayış olan Fredman MacKinnon tartışması açısından değerlendirildiğinde *Nixon* kararında, MacKinnon’un önerdiği gibi, olayın bağlamının ele alınması ve eşitsizliğin gerisindeki hiyerarşilerin tespit edilmesi yeterli olmamış yan yana işleyen farklı hiyerarşiler yarıştırmak şekli eşitliğe geri dönüşümüştür. Şekli bir yaklaşımla değerlendirme yapıldığının en önemli göstergesi *Fraser* kararının aksine *Nixon*’da yapısal bir dönüşüm arayışının yerini ayrımcılığa muafiyet tanıma çabasının almasıdır. Bu yönelim maddi eşitliğin sağlanmasında hiyerarşinin tespiti kadar damgalama ve katılım gibi eşitsizliğin farklı boyutlarının da değerlendirmeye eklenmesi gerektiğine işaret eder. Fredman’ın önerisi doğrultusunda başvurunun uğradığı damgalamanın ve sivil topluma katılımının engellenmesinin tartışmaya dahil edilmesi hukuk uygulamasının yapısal dönüşüm tartışmasından kaçınılmasını zorlaştıracak gibi, olayın tarafların edimleriyle gerçekleşen eylemler olmaktan çok yapısal hiyerarşilerin zorunlu sonucu olduğunun görülmesini sağlayabilir. Dolayısıyla MacKinnon’un vurguladığı gibi Fredman’ın önerdiği boyutlar temelde hiyerarşilerin neden olduğu eşitsizliğin sonuçlarına karşılık gelseler de hukuk tartışmasının toplumsal bağlamdan uzaklaşmasını engellemek için işlevsel araçlardır.

Eşitsizliğin somut sonuçlarının değerlendirmeye katılması, kadınlık deneyiminin tek bir kalıba sığdırılmayacağını göstererek *Nixon*’ın trans bir kadın olarak yaşadığı dışlanma ile tecavüz mağduru kadınların yaşadığı travmaların toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin farklı görünüşleri olduğunun anlaşılmasını sağlar. Tahakküm ve şiddet deneyimlerinin çokluğu hiyerarşilerin kesişimsel şekilde ele alınmasını zorunlu kılar. Bu sayede maddi eşitlik çerçevesinde stereotiplerden kaynaklı uygulamalara alan açılması ve hiyerarşilerin yeniden üretilmesi zorlaşır. Böyle bir perspektif hak

[64] *Nixon*, parag. 7.

çatışması adı altında dezavantajların yarıştırılması yerine yapısal dönüşüm sağlayacak yaratıcı çözümlerin önünü açar. Bu karar örneği üzerinden düşünüldüğünde benzer bir bakışla Mahkemenin, maddi eşitliğin önemini vurgulayarak devletin kamu hizmetlerini düzenleme yükümlülüğü öne çıkarması ve kamu hizmeti veren bir kurum olan tecavüz kriz merkezinin Kanada'nın anayasal eşitlik anlayışı içinde iş görmesi gerektiğini sonucuna varması mümkündür. Nixon'ın merkeze katılımının şiddet gören kadınların travmalarını tetikleyeceği yolundaki görüşlerin içerdiği önyargılar açık olsa da bu önyargıların kırılabilmesi ve daha eşitlikçi bir sonuca ulaşılması için başvurunun merkeze kabulünü zorunlu tutan ancak görevlendirileceği alan konusunda merkeze sınırlı bir takdir hakkı veren bir dereceli bir çözüm üretilmesi de mümkündür.

SONUÇ

Modern devletin hukuk aracılığıyla vaat ettiği eşitlik soyut hak öznesine dayalı bir aynılık kurgusu içinde hukuk önünde eşitlikten ibarettir. Eleştirel hukuk tartışmalarında şekli eşitlik olarak adlandırılan ve sadece muamelede eşitliği zorunlu kılan bu yaklaşım herkese benzer kuralların uygulanmasını zorunlu tutar. Ancak toplumsal yapılar içinde sınıf, ırk, cinsiyet kimliği, cinsel yönelim, din ve mezhep vb. bakımından eşit konumda olmayan kişilere benzer hukuki muamele eşitsiz toplumsal konumları pekiştirmenin ötesine geçemez. Hukukun modernitenin şafağından beri vaat ettiği eşitliğin sağlanabilmesi toplumdaki ayrımcılıklarla yapısal düzeyde mücadele etmeyi gerektirir. Zira burada söz konusu olan farklılar kişilerin tercihleri dolayısıyla ortaya çıkan özellikler değil toplumsal iktidar hiyerarşilerin ürünü kimliklerdir.

Maddi eşitlik yaklaşımı bireyleri bulundukları toplumsal bağlam içinde değerlendirerek yapısal eşitsizlikleri gidermeyi hedefler. Bu yaklaşım çerçevesinde tartışılan hukukun eşit muamele odaklı pasif tutumunun aktif yani müdahaleci hale gelmesidir. Maddi eşitlik, Türkiye'de hukuk akademisi ve uygulamasının gündeminde sınırlı şekilde yer alsa da Kanada ve Güney Afrika gibi ülkelerde uzun süredir anayasal eşitlik tartışmalarını belirlemektedir. Bu tartışmalarda karşılaşılan en büyük engel ise liberal hukukun kurgusal kabulleriyle bu kabullere dayanan kategorik ve soyut düşünce şemasının hukuk uygulamasında yerleşik hale gelmiş olmasıdır. Aynılık ve benzerlikten hareket eden yahut ayrımcılığı sınırlı kategoriler ekseninde ele alan yerleşik

hukuk düşüncesi toplumsal eşitsizliklerin tespitini ve müdahalenin içeriğini belirlemeyi zorlaştırır. Maddi eşitliğin gelişiminde önemli rol oynayan feminist hukuk teorisi bu sorunları aşmak için de önemli çözüm önerileri üretmektedir. Bu bakımından en verimli kaynaklardan biri olan Fredman ve MacKinnon tartışması teoriyle uygulama örneklerini birleştirerek maddi eşitliğin imkanlarını ve sınırlarını bir arada değerlendirmeyi sağlar.

MacKinnon'un feminist hukuk yaklaşımının merkezine koyduğu tahakküm çerçevesi toplum ve hukukun erkek egemen karakterini ortaya koymakla kalmaz, aynı zamanda diğer toplumsal eşitsizliklerin tespitinde iktidar hiyerarşilerinin rolünü gösterir. MacKinnon'un en önemli belirlemesi, tahakküm ilişkilerini yaratan yapısal iktidar ilişkileri toplumsal eşitsizliğin asli kaynağı olması ve olgusal niteliğiyle ayrımcılık konusunda bağlama dayalı bir değerlendirmeyi kolaylaştırmasıdır. Fredman'ın maddi eşitlik uygulaması bakımından önerisi ise hukuk düşüncesinin alışık olduğu soyut kavram ve kategorilere benzer boyutlarla eşitsizliğin sonuçları üzerinden değerlendirme yapılmasıdır. Dezavantaj, damgalama ve katılım eksikliğini eşitsizliğin somut sonuçları olarak görerek bunlara yapısal dönüşüm sağlama hedefini ekleyen Fredman hukuk uygulamasını kolaylaştıracak dört boyutlu bir analitik çerçeve önerir. Ancak MacKinnon'un vurguladığı gibi, maddi eşitlik tartışmasına yeni soyutlamalar ekleyerek eşitsizlik tartışmasını güçleştiren bu çerçeve iktidar hiyerarşileri ve neden oldukları tahakküm ilişkileri göz önünde bulundurulmadığında şekli eşitlikçi uygulamalara yol açma potansiyeli taşır.

Çalışmada maddi eşitlik içtihadının önemli örnekleri üzerinden işaret edilmeye çalışıldığı gibi hukuk düşüncesine yerleşik kategori, benzerlik ve ayrımlarla maddi eşitlik tartışmasını ilerletmek güçtür. Ancak toplumsal yaşamda zaten görünür olan yapısal hiyerarşi ve eşitsizliklerin vaka bağlamında olgusal olarak ortaya konması hukukçuların tarafsızlık ve nesnellik iddialarının ardına sığınmasını zorlaştırır. Bu noktada önemli olan tarihsel olarak hangi toplumsal hiyerarşilerin yapısal eşitsizliklere neden olduğunun tespitidir. Mackinnon'un sistematik, sistemik ve kümülatif hiyerarşiler olarak sınırlarını belirginleştirdiği, Fredman'ın ise sistematik dezavantaj olarak ele aldığı bu yapısal durum maddi eşitliğin sağlanması için statükonun ürettiği somut ve kalıcı eşitsizliklerden yola çıkılması gerektiğini gösterir. Nitekim bu belirleme yapılmaksızın salt soyut dezavantaj ya da damgalama kavramlarından hareket edildiğinde aynılık ve farklılık ikiliğine saplanmak kaçınılmaz hale gelir. Bu

ikilik ise bizi yeniden şekli eşitlik tartışmasına iter. Zira insanların birbirine her konuda benzer olduğu mutlak bir eşitlik söz konusu olamayacağı gibi, hukukun çözüm araması gereken ancak olgularla belirlenen toplumsal eşitsizliklerdir. Diğer yandan eşitsizliğe dayalı toplumsal yapıların sürmesinde hukuk da şekli eşitlik çerçevesiyle meşrulaştırıcı bir işlev üstlenmiştir. Dolayısıyla ilk bakışta Fredman'ın vurguladığı gibi eşitliğin hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları içindeki gelişimini izleyen reformist bir yaklaşımla eşitlik düşüncesinin dönüşümünün mümkün olduğu düşünülebilirse de hukuk ve iktidar arasındaki ilişki ön plana çıkarılmadan eşitliği şekli bir çerçeve olmaktan çıkarmak zordur. Ancak buradaki asıl kör düğüm, toplumsal gerçeklikte karşı karşıya kalınan iktidar hiyerarşilerinin tek bir eksenle sınırlı olmaması, aksine çoklu ve birbiriyle yarışan yapılar barındırmasıdır. Tam da bu noktada Fredman'ın modeli, farklı eşitsizliklerin birbiriyle yarıştırlarak göz ardı edilmesini engelleyen bir işlev görebilmektedir. Dolayısıyla MacKinnon'ın vurguladığı gibi maddi hukuki eşitlik için iktidar ilişkilerini açığa çıkaracak olgusal bir zemin zorunludur, ancak bu olguların farklı yönlerini bir arada ve dengeli değerlendirilebilmek için hali hazırda eşitlik hukukunda mevcut olan Fredman'ın boyutlarına benzer araçlardan yararlanılabilir.

Nihayetinde hukuku soyut bir kurallar bütününden ibaret olmaktan çıkıp toplumsal gerçekliğin asimetrik yapılarını sarsacak dinamik bir mücadele sahasına dönüştürebilmek için dava ve vakıaların bağlamı içinde bu yapısal hiyerarşilerin ve dezavantajların hukuk eliyle ifşa edilmesi gerekmektedir. Şüphesiz burada merkezi rolü ezilen grup ve kesimlerin eşitsizlik deneyimleri ve bu deneyimleri hukuki akıl yürütme bağlamında eşit tartışmasına aktarabilecek hukukçular oynar. Dolayısıyla maddi eşitliğin gelişiminde Kanada ve Güney Amerika gibi ülkelerde var olan şekli eşitlik çerçevesini aşan anayasal düzenlemeler önemli olsa da hukuki eşitliğin muamelede eşitlikle sınırlı şekilde ele almayan ve eşitsizliğin tespitinde olgularla toplumsal yapıları hesaba katan her hukuk tartışması hukukun eşitsizliklere müdahalesini kolaylaştırır. Bu noktada önemli olan karşı karşıya olunan eşitsizliklerin doğanın ürünü farklılıklardan kaynaklanmadığını aksine çoklu yapısal hiyerarşilerin iç içe işleyerek bu farklılıkları üretip doğallaştırdığı hatırlamaktır. Hukuk düşüncesi, farklı toplumsal mücadelelerle tekrar tekrar ortaya konan bu gerçekliği dikkate aldığı anda kurgusal kabullerin yerini bağlamsal eşitlik değerlendirmelerine bırakması kaçınılmaz hale gelecektir. Zira hukuk bu hiyerarşik toplumsal yapının bir parçası olduğu gibi, hukuk uygulayıcıları da yaşamlarını eşitsizlik gerçeğinin dışında sürdürmemektedir.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Aristoteles. Politika. Çeviren Özgüç Orhan. İstanbul: Say Yayınları, 2017.
- Akçabay, F. Ceren. “Arafta Hukuk: Eşitlik İdeali ve Eşitsizlik Gerçeği Arasında.” Cumhuriyetimizin Yüzüncü Yılına Armağan içinde, editör N. Saban, 147–66. İstanbul: İstanbul Okan Üniversitesi Yayınları, 2024.
- Albertyn, Catherine. “Substantive Equality and Transformation in South Africa.” South African Journal on Human Rights 23, no. 2 (2007), 253–76. <https://doi.org/10.1080/19962126.2007.11864921>.
- Chen, C. “Catharine A. MacKinnon and Equality Theory.” Research Handbook on Feminist Jurisprudence içinde, editör R. West ve C. G. Bowman, 44–64. Cheltenham: Edward Elgar, 2019.
- Coston, Bethany M. ve Michael Kimmel. “White Men as the New Victims: Reverse Discrimination Cases and the Men’s Rights Movement.” Nevada Law Journal 13, no. 2 (2013), 368–85. <https://scholars.law.unlv.edu/nlj/vol13/iss2/5/>.
- Fredman, Sandra. “Providing Equality: Substantive Equality and the Positive Duty to Provide.” South African Journal on Human Rights 21, sy. 2 içinde, 163–190. (2005)
- Fredman, Sandra. Discrimination Law. 2. bs. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Fredman, Sandra. “Substantive Equality Revisited.” International Journal of Constitutional Law 14, no. 3 (2016), 712–51. <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>.
- Fredman, Sandra. “Substantive Equality Revisited: A Rejoinder to Catharine MacKinnon.” International Journal of Constitutional Law 14, no. 3 (2016), 747–51. <https://doi.org/10.1093/icon/mow045>.
- MacKinnon, Catharine A. Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

- MacKinnon, Catharine A. "Substantive Equality: A Perspective." *Minnesota Law Review* 96, no. 1 (2011), 1–27.
- MacKinnon, Catharine A. *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*. Çeviren T. Yöney ve S. Yücesoy. İstanbul: Metis Yayınları, 2015.
- MacKinnon, Catharine A. "Substantive Equality Revisited: A Reply to Sandra Fredman." *International Journal of Constitutional Law* 14, no. 3 (2016), 739–46. <https://doi.org/10.1093/icon/mow044>.
- MacKinnon, Catharine A. "Substantive Equality Revisited: A Rejoinder to Sandra Fredman." *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 4 (2016), 1174–1177. <https://doi.org/10.1093/icon/mow046>.
- MacKinnon, Catharine A. *Butterfly Politics*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.
- MacKinnon, Catharine A. "Substantive Equality (1989)." *Butterfly Politics* içinde, 110–26. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2017.
- MacKinnon, Catharine A. "Substantive Equality Past and Future: The Canadian Charter Experience." *Canada in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution* içinde, editör R. Albert ve D. R. Cameron, 227–44. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Matijević, Milica V. "Navigating Through the Substantive Equality Doctrine: Anti-Discrimination Law and Social Change." *Pravni Zapisi* 15, no. 1 (2024), 89–120. <https://doi.org/10.5937/pravzap0-49917>.
- Sever, Çiğdem. "İdeolojik Kavram Olarak Hukuki Eşitlik." *Liberal Hakların, Hukukun ve Devletin Sınırları* içinde. Editör Bora Erdağı, 43–68. Ankara: Phoenix Yayınevi, 2015.
- Stancil, Paul. "Substantive Equality and Procedural Justice." *Iowa Law Review* 102, no. 4 (2017), 1633–90.

Kararlar

- Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.
- President of the Republic of South Africa and Another v. Hugo*, (CCT11/96) [1997] ZACC 4.

Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1999] 1 SCR 497.

Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 SCR 429.

Vancouver Rape Relief Society v. Nixon, 2005 BCCA 601.

Fraser v. Canada (Attorney General), 2020 SCC 28, [2020] 3 S.C.R. 113.

Düzenlemeler

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası [Constitution of the Republic of South Africa]. 1996.

Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı [Canadian Charter of Rights and Freedoms]. Part I of the Constitution Act, 1982.