

KÜLTÜREL ÇEŞİTLİLİK VE RESMÎ HUKUK: ÇOK KÜLTÜRLÜLÜK VE EUROSEPTİZM?

Prof. Dr. Esin ÖRÜCÜ*

Çeviren: Abdullah MURAT**

1. Giriş

Biz yirmibirinci yüzyılda hala ulus devlet döneminde yaşamaktayız. Günümüz Avrupasında devlet, çoğu zaman hukukun alternatif kaynaklarına izin veren ya da vermeyen tek parça, merkezi, bölgesel bir devleti merkez alan bir hukuk modeli benimseyerek hukuka ve onun meşruiyetine kaynaklık etmektedir. Hukunun değişik kaynaklarına meşruiyet hakkı tanımayan devlet, demokratik olmayan, toleranssız hatta despotik ve kendisini referans gösteren bir karakterde kabul edilmektedir. Farklı kaynaklara izin verdiğinde ise, devlet eliyle belirlenen hukuk kaynağı diğer kaynakları da kapsamakta, bu yüzden demokratik, toleranslı, çok kültürlü bir devlet yapısından söz edilmektedir. Bu durumda açık toplum özelliklerini taşıyan çoğulcu hukuk anlayışının zayıf versiyonu ile karşılaşmaktayız. Batı geleneklerinde resmi hukuk sistemiyle aynı statüde veya ondan bağımsız olarak çeşitli hukuk anlayışlarının aynı bölgede ve aynı toplumsal yapılarda bir arada ve eşit derecede bulunduğu anlamına gelen çoğulcu hukuk anlayışının daha güçlü versiyonu benimsenmemiştir. Çünkü üniter devletin en merkezi güçleri bir çok rakiple birlikte rahatça yaşayamaz.

Devlet merkezîyetçiliği ve tekçi yaklaşım bir tarafa, yasal çoğulculuğun zayıf versiyonu ile bile çatışan, çok kültürlülükle, yerel, bölgesel kurullarla, yerlilerin, zorla yurtlarından çıkarılanların ve sığınmacıların karşı karşıya kaldıkları aynı anda meşru birden fazla kuralın varlığının yol açtığı karmaşık sorunlar (inter-legality) Batı dünyası hukukçuları için bir ikilem oluşturmaktadır. Çağdaş hareket tekçilikten relativizme, nihayetinde çoğulculuğa doğru bir geçiş ve ilerleme gösterir. Bu durumda, üniter ulus devletlerin bu süreçle başa çıkıp çıkamayacağı önemli bir sorun olarak gündeme gelmektedir. Her toplumun birbiriyle örtüşen veya birbirini

107

* Dr.h.c. (Uppsala) Professor Emerita of Comparative Law and Honorary Senior Research Fellow, University of Glasgow and Professor Emerita of Comparative Law, Erasmus University, Rotterdam, email: e.orucu@law.gla.ac.uk

etkileyen, çoğu zaman da çatışan kendine has farklı hukuk düzeni ve kurallar bütünü -ki resmi hukuk da bunlardan sadece birisidir- benimsemesi gerçeği kabul edilebilir mi? Eğer kabul edilemezse, devlet bu çeşitliliği yasal düzenleme altına alabilir mi, alırsa bu nasıl başarılacaktır? Devlet bugün yasalamayı ve asimilasyonu ya da kültürel çoğulculuğa saygının bir parçası olarak farklılıkları koruyarak entegrasyonu tercih edebilir mi? Yoksa yerelliği ve farklı kültürleri desteklemek, sürdürmek ve geliştirmek için yasal düzenlemelere giderek farklılıkları koruyup desteklemeyi mi tercih etmelidir?¹

Normatif çoğulculuk, (yasal çoğulculuk bunun bir çeşididir) aynı sosyal yapı içinde farklı normların aynı anda var olabileceği sosyal realiteye işaret etmektedir. Devletin yasal çoğulculuğu kavramı ile ulusal bir hukuk sistemi altında birden fazla hukuk düzenine de yer verilmesi kastedilmektedir. Yani, tıpkı koloni zamanlarında olduğu gibi belli toplum sınıfı için var olan farklı kuralları tanımaktadır. Buna rağmen, günümüzde hala yasal çoğulculukla devlet yasalarının denk tutulması anlayışı, merkezîyetçi devlet uygulamalarının hakim olduğu yerlerde yasal çoğulculuk dar ve zayıf şekilde yorumlandığı için itirazla karşılaşmaktadır.

108

Sosyoloji bilimi çoğulculuğu, toplumun birbirini karşılıklı olarak etkileyen bir çok gruptan oluşmasına bağlarken, antropoloji² bilimi ise birbiriyle dinamik ilişki içinde bulunan etnik birimlerin varlığını esas almaktadır; Buna göre, yasal çoğulculuğun bu tanımlar karşısındaki yerinin ne olacağı sorusu ile karşı karşıya kalmaktayız? Volkmar Gessner'in, "Ulus devlet aslında kimliği belirlenebilir kültür fikri üzerine inşa edilmiştir" tespitine rağmen, alt kültürün artan etkisine vurgu yapmak gerekmektedir. O'nun 'Ulus devletler çoğu zaman kültürel birlik olarak görülmektedir'³ sözü alt kültürleri dikkate almayan görüşü yansıtmaktadır. Öyleyse ulusal hukuk farklı kültürlerle karşılaştığında ne olacaktır? Modern üniter ulus devletler, devlet tarafından benimsenen kurallardan bağımsız bir şekilde gelişme gösteren di-

** Hâkim- Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü.

1 Bu görüşler için bkz. E. Örcü, 'Waar wet en cultuur elkaar ontmoeten: cultureel pluralisme, juridisch pluralisme en pragmatisme', 2002 *Justitiële verkenningen* 28, no. 5 ('Culturele diversiteit'), s. 96-107.

2 T. Gladwin, 'T. Gladwin, 'Cultures and Logical Process', in W. Goodenough (ed.), *Explorations in Cultural Anthropology: Essays in Honour of George Peter Murcock*, 1964.

3 V. Gessner, 'Global Legal Integration and Legal Cultures', 1994 *Ratio Juris*, no.7, s. 132.

ni ve kültürel normları ve çeşitliliği nasıl tanıyacaktı? Devlet bütün yasaları kontral edebilir mi, ya da yasakoyucular her bir yaşam biçimini yasal düzenleme altına almak zorunda mıdır? Diğer taraftan, hukuk kurallarının sosyal ve kültürel cephesi harici bir denetimi kabul eder mi? Bu sorular Avrupa ülkelerinde geçerli olan yasalar kadar bütün Avrupa hukuk sistemi için de oldukça önem taşımaktadır.

Faydacı görüşe göre, normatif çoğulculuk modern ulusal üniter devletlerde sınırlı bir uygulama alanı bulabildiği için, hakim grubun değerlerini yansıtan genel bir hukuk sistemi ile kültürel kuralların yalnızca kişisel ve toplumsal ilişkilere uygulanabilmesi mümkündür. Fakat, kültürel çoğulculuk ile ulusal hukuk arasındaki ikilem nasıl giderilecektir? Kültürel ve yerel istisnailiklere, küreselleşen tekdüzelik ve evrensel standartlar karşısında öncelik tanınacak mıdır, yoksa küreselleşen tekdüzelik daima kültürel istisnailiğe mi galip gelecektir? Şimdiye kadar çok kültürlülük sorunu ile ilgili yasal söylem henüz olgunlaşmadı ve çok eşlilik, kadın sünneti, namus cinayetleri, zorla evlilik gibi münferit sorunlara odaklanan, açık bir çok kültürlülük mesajı taşıyan yasal önlemler parça parçadır bir bütün oluşturmamaktadır.

2. Üzerinde durulması gerekli konular

Çok kültürlülük bir hukuk kuralına büründüğünde ve yasal çoğulculuk kültürel çoğulculuğun güçlü bir biçimi olarak ortaya çıktığında veya kültürel milliyetçilik hakim kültür yapısına ve yekpare değerlere bir tehdit olarak algılandığında, bu durum devletin toprak bütünlüğüne karşı ciddi bir tehdit olarak görülecektir. Böylece, eğer kültürel çoğulculuk bir kural olarak algılanır ve yasal çoğulculuk olarak güçlü bir şekilde ortaya çıkarsa modern üniter ulusal devlet istisna olacaktır. Bununla birlikte, eğer üniter devlet kural olursa, özellikle kültürel çoğulculuk, yasal çoğulculuk olarak hukuk sistemi içinde yansıtılamaz ve istisna haline gelir. William Twining'in dediği gibi; "Küreselleşme süreci eski milliyetçiliği hızlandırdı, kültürel çatışmayı alevlendirdi, değer ve fikirlerin evrenselliğine ilişkin post-modern şüpheliği körükledi."⁴

Mevzuat alanındaki gözlenen değişimin ve ilerlemenin mevcut sosyal, siyasi, ekonomik ve dini koşulların mantıklı ve doğal bir yansıması olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer taraftan, kanunların arzu edilen belli etkileri

⁴ W. Twining, 'Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition', in I. Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, 2000, s. 21.

meydana getirmek, hatta kişilerin mantıklı ve doğal olarak ortaya çıkan arzu ve ihtiyaçlarını karşımaktan çok, bazen toplumun ihtiyaçlarının karşılanması için yaratıcı bir araç olarak yapıp kullanıldığını gösteren bir çok örnek bulunmaktadır. Yasaların ekonomik, sosyal ve kültürel unsurları bağdaştırıcı bir rolü olduğu kabul edilmektedir. Yasalar, toplumdaki değişiklikleri arkadan izlemek yerine, topluma rehberlik edebilir, böylece onu değiştirebilir; yasalar sosyal değişimi takip edebilir ve çok kültürlülüğü yansıtabilir veya bir taraftan düzeltici, tamir edici ve etkinliği artırmak için tanzim edici rol oynarken diğer taraftan da mevcut sistemi koruyucu fonksiyon icra edebilir. Böylece, yasalar sosyal değişimi tetikleyici rol oynayabilir veya bu değişime bir reaksiyon olarak ortaya çıkabilir. Hukukun bu şekilde ele alınması sosyal değişim - yasal değişim ilişkisi çevresinde oluşan ikileme yani, kültür - yasa çatışmasına yol açmaktadır.

Bir kısım gözlemciler toplumun benimsediği kültürel değerler ile o toplumda resmen kabul edilen yasalar arasında yakın bir bağlantı olduğunu ileri sürmektedir. Diğer bir görüş ise, yasaların çatışmaları uzlaştıran, menfatleri bağdaştıran rolü ve pratik olarak uyarlanabilir olma özelliği nedeniyle toplum mühendisliği için bir araç olarak değerlendirmektedir. Hukuk sistemi toplumu değiştirmek için kullanılabilir mi veya kullanılmalı mı, ya da kanunlar sırf toplumdaki mevcut uygulamaların derlenmiş hali midir? Her iki soruya da örneklerin seçimine ve ideolojik eğilimlere bağlı olarak olumlu cevap verilebilir.

Düşünce metotlarının hareket noktası olan destekleyici felsefi unsurlar, hukuk biliminin geçirdiği evrim, etkileşim teorisi, toplum mühendisliği, kanunların ve kültürün çoğulculuğu, etnik-kültürel farklılıklar, sosyo-politik faktörler, kanun ve ahlak arasındaki ilişki, yerel istisnailiklere karşı evrensel standartlar, küreselleşme ve yerelleşme kavramları bütün olarak tartışmanın boyutlarını göstermesi açısından büyük önem taşımaktadır. Günümüz Avrupasında çok kültürlülük bu bağlam içinde değerlendirilmelidir.

Devlet ve hukuk, toplum ve onun normatif kuralları, dini inançlar ve dünya görüşleri hep birlikte uyum içinde çalışarak dengeli ve istikrarlı bir hukuk düzenine hizmet etmelidir. Hal böyleyken, yasal merkezîyetçilik modern ulus devletlerin tam bir yasal kontrol tutkusunu yansıtır ve doğası gereği çok merkezîliği reddeder. John Griffiths "Yasal çoğulculuk bir hakikattir, yasal merkezîyetçilik ise bir efsane, bir ideal, bir iddia ve bir yanılısamdır."⁵

⁵ J. Griffiths, 'What is legal pluralism?', 1986 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial*

diyorsa da, merkezi bir hukuk sistemi içindeki çoğulcu düzenlemelerin - hukuki çoğulculuğun daha zayıf görünümü- bugünün Batı dünyası için en uygun çözüm olduğu görünmektedir. Kapsayıcı bir üniter normatif çerçeve olmadan normatif ikicilik dahil olmak üzere normatif çoğulculuğun sağlanması, Batılı üniter ulus devletler için mümkün görünmemektedir.⁶

Gerçeği söylemek gerekirse, ahlaki çoğulculuk, değer çoğulculuğu, etnik ve kültürel çoğulculuk sosyal realitenin bir parçasıdır ve bunların hoşgörü ile karşılanması yetmez, aynı zamanda korunması için gerekli önlemler alınmalıdır. Fakat bunların yasal çoğulculuğa dönüştürülmesi bazı temel problemleri de beraberinde getirir ve bu dönüşüm evrensel, kapsayıcı, içte uzlaşmacı ve birbiriyle uyumlu manevi ve siyasi biricilik hedefine doğru gelişme sürecinde umulan katkıyı sağlamayabilir. Uygunluk daima rahatsız edicidir.

Evrensel olanla yerel olan, homojen olanla heterojen olan arasındaki farklılıklar, modernleşme teorileri ve evrensel güçlerin homojenleşmesi bağlamında tartışılmalıdır.⁷ Sosyal bilimlerin bu yeni global-yerel ilişkisinde⁸ yerel boyuta ağırlık vererek bu ilişkiye anlam kazandırma görevinden bahsedilmektedir.⁹ Roland Robertson, *halihazırda evrenselleşme ile yerelleş-*

Law 24, s. 1-56.

⁶ Resmi hukuk sisteminin farklı kültür ve dinlerle reaksiyonuna örnek olarak İsveç İngiltere'yi gösterebiliriz. İngiltere resmi hukuk sistemi asimilasyonist yaklaşımıyla, farkı hukuk sistemlerinin hukuki işlemleri tutarsız ve kafa karıştırıcı görünmesine rağmen bu tür çatışmalarda esasen savunmacı bir üslup geliştirmiştir. Bknz. W. Menski, 'Ethnic minority studies in English law', in R. Jones et al. (eds.), *Ethnic Minorities in English Law*, 2000, p. Xvii İsveç örneğinde ise "çok kültürlülükle mücadele" adı verilen bir tutum izlenmekte ve eşitlik ilkesinin yalnızca bütün vatandaşların o ülkenin hukuk normlarına bağlı olmasını gerektirdiği ifade edilmektedir. Bknz. M. Jänterä-Jareborg, 'Family Law in a Multicultural Sweden - the challenges of migration and religion', in M. Dahlberg (ed.), *Uppsala - Minnesota Colloquium: Law, Culture and Values*, 2009, p. 143. Bu iki sistemde diğer bir çok hukuk sistemleri gibi, örneğin (insanlık ihlali olarak kabul edilen) çocuk yaşta evlilik, zorla evlendirme, veya (insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak kabul edilen) kadın sünneti, cinsiyet eşitliğine aykırı olan çok eşlilik, (adil bir yargılama ve yargısal bir süreç yaşanmadan boşanma hakkı tanıyan) talak ve bazen de iş hukuku ilkelerini ihlal eden türban gibi durumlarla karşılaştığında bir takım zorluklar gündeme gelecektir.

⁷ Bknz R. Robertson, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, 1992.

⁸ S. Lash Scott et al, *Economics of Signs and Space*, 1994, s. 312.

⁹ R. Robertson, 'Glocalization: time-space and homogeneity-heterogeneity', in M. Featherstone et al. (eds.), *Global Modernities*, 1995, pp. 38, 41. Aynı zamanda bknz. M.

*menin birbirine nüfuz etmiş hali ile yerelleşen bir evrenselleşme süreci ile karşı karşıya olduğumuzu iddia etmektedir.*¹⁰ Bu bakımdan bizler Avrupada nerede durmaktayız?

Ne gariptir ki, günümüzde bütünleşme eğilimi ve birbirine yakınlaşma sürecinde odak noktası benzer olandan farklı olana doğru kaymaktadır. Evrensellik ile etnik dışlama çatışması günümüzün önemli tartışma konuları arasında yer almaktadır. "Evrensel" olan, "çeşitli yerel değerler" in bir toplamı olarak kabul edilebilir mi? Evrenselleşme bizi "başka" olanı kabullenmeye zorlar mı, böylece kültürlerin çeşitliliği ve bir arada yaşamasına yardımcı eder mi?¹¹ Evrensellik her bir kültürün kendi bakış açısına göre farklı bir anlam ifade eder mi?¹² Yine de, globelleşmiş evrensel insan hakları, liberalizmin, demokrasinin, bireyselleşmenin ve ilerlemeci değişimin ayrılmaz bir parçasıdır ve toplum veya devlet ile herşeyi kapsama iddiasını taşıyan güçlerin her yerde hissedilen hakimiyetine karşı konuşlanmıştır.¹³

3. Aile hukukundan iki örnek

Günümüzün en önemli kavramlarından biri eşitliktir ve aşağıda bu kavramla irtibatlı sorular sıralanmıştır: Eşitlik kavramı mutlak ve topyekün bir kapsayıcılık gerektirir mi? Tarafsızlık kavramını reddedebileceğimiz ve toplum yapısındaki farklılıkları göz önünde tutabileceğimiz bir aşamaya ulaştık mı? Eşitlik kavramının resmi ve evrensel olanı ile sosyal ve yerelleşmiş olanı arasında bir çatışma var mıdır?¹⁴ Toplumsal olarak eşit olmayanlar eşit konuma gelinceye kadar kadar bunlara aynı şekilde muamele edilmesi bu kavramın doğasıyla bağdaşmaktadır? Toplumsal olarak aynı

Featherstone, *Undoing Culture: Globalization, Postmodernism and Identity*, 1995.

¹⁰ Bu konudaki tartışma için bkzn P. Fitzpatrick, 'Globalisation and the Humanity of Rights', 2000 *Law, Social Justice and Global Development (LGD)*, available at: <<http://elj.warwick.ac.uk/global/issue/2000-1/fitzpatrick.html>>, s. 1-18 ve Robertson, dipnot 7, s. 100.

¹¹ U. Hannerz, 'Cosmopolitans and locals in World Culture', in M. Featherstone (ed.), *Global Culture: Nationalism, Globalization and Modernity*, 1990, s. 239.

¹² Bknz See B.S. Santos, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, 2002, s. 268-289.

¹³ R. Howard, 'Cultural Absolutism and the Nostalgia for the Community', 1993 *Human Rights Quarterly* 15, pp. 315-338.

¹⁴ Eşitlik ve farklılık karşısında eşitlik ve kapsayıcılık konusunda özet bir tartışma için bkzn. in S. Toddington, 'Universalism, Multiculturalism and the Rule of law', 2008 *Student Law Review* 54, s. 49.

ölçüde eşitsizlikle karşılaşanların durumu, onlar eşit duruma gelinceye kadar eşitlik prensibini ihlal etmezmi?¹⁵ Çözümler kapsamlılık ve entegrasyon fikrinin ötesine geçmemelidir? Eşitlik söylemi, farklılıkların kaçınılmaz gerçeğini kabul etmemelidir ve özellikle aile konusu bağlamında sosyal ilişkiler realitesine yer vermemelidir?^{16, 17} Eşitlik söylemi, homojenlik ve genellikle nihai ifadesi olarak üstünlük ve kesinlik ifade etmektedir. Fakat kültürel bağlam, çeşitlilik, bakış açıları, değerler ve kültürlerin ölçüsüzce (herhangi bir öncelik vermeden- olabildiğince serbest şekilde) birarada varolabildiği takdirde açık uçlu bir kavram olarak gündeme gelecektir.¹⁸ Günümüzde, yasal çerçevenin belirlenmesinde kültürel bağlamın dikkate alınmasının önemi genellikle kabul edilmektedir. Bu kabul ile benzer konulara aynı anda farklı yasal düzenlemeler altında yer verilmesi ve bunların ahenkli bir şekilde işlemesi anlamındaki çoğulculuk anlayışı değil, geniş bir yasal çerçeve içinde farklılıklara da yer verilmesi kastedilmektedir. Bu kapsamda hakimlerin özellikle "devlet merkezli (top-down) bir model" in sert yanlarını törpülemek için zamanımızın "olmazsa olmazı" olarak görülen halkı, vatandaşları vatandaş merkez kabul eden (bottom-up) bir modeli¹⁹ ve gerçekliği göz önünde tutarak dengeleyici bir rol üstlenmesi beklenmektedir.²⁰

-
- 15 "Aynı muamele"- "eşit muamele" karşıtlığı konusundaki tartışmalar için bkz. J. Squires, *Gender in Political Theory*, 1999; ve kadının doğası gereği eşitlik ilkesinin aleyhine sonuç doğurduğu görüşü için bkz. A. Phillips, 'Feminism and Liberalism Revisited: Has Martha Nussbaum Got It Right?' 2001 *Constellations* 8, no. 2, p. 249, and A. Phillips 'Universal Pretensions in Political Thought', in M. Barrett et al.(eds.), *Destabilizing Theory: Contemporary Feminist Debates*, 1992
- 16 Cinsiyet eşitsizliğinin esas kaynağı olarak mahrem alanın gözardı edilmesi tartışması için bakınız. C. Pateman, 'The Patriarchal Welfare State', in C. Pateman (ed.), *The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory*, 1989; ve M.C. Nussbaum, *Sex as Social Justice*, 1999.
- 17 Bağlamsal bir konu olarak aile hukukunda "relational theory" uygulaması için bkz. R. Leckey, *Contextual Subjects: Family, State, and Relational Theory*, 2008.
- 18 Çeşitlilik konsepti çerçevesinde yapılan tartışmalar için bkz. S. Fredman, 'Double Trouble: Multiple Discrimination and EU Law', 2005 *European Anti-discrimination Law Review*, s. 13.
- 19 Bknz. E. Örcü, 'Judicial navigation as official law meets culture in Turkey', 2008 *International Journal of Law in Context* 4, no. 1, s. 35
- 20 AB ülkelerinde 1990'ların ikinci yarısında "sidelining" anlamına gelen erkek ve kadının temelde farklı olduğunu kabul eden ancak bu farklılıkların yaşam koşullarını olumsuz etkilemesini önleyici politika izleyen fikir akımı için bkz. W. Kok ve High Level Group, *Facing the Challenge: The Lisbon Strategy for Growth and Employment*,

Eşitlik talebini karşılama gayretiyle toplumsal gerçekler gözardı edilmekte ve önemsenmemekte, her şeyin yeni bir ideale uygun olacağı beklentisi ile hareket edilmektedir.²¹ Bu en çarpıcı şekilde Batılıların aile hukukunda benimsedikleri yaklaşımda görülür ki, bu yaklaşım gerçeği ve aile ilişkilerindeki saf bir gerçeklik olan eşitsizlikleri gözardı eder. Aile hukukunda netice odaklı/faydacı temalar ağır basmaktadır. Devletin tek merkezden oluşturduğu yasal çerçeve karşısında, hakimler retorik ve gerçeklik arasında dengeleyici rolleriyle, hizmet ettikleri toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere, hukuk kurallarına yön verebilecek ve yaratıcı bir şekilde hareket ederek boşlukları doldurabilecek donanım ve yeterliliğe sahip olmalıdır.²² Toplumu düzenleyen yasaların toplumsal girdilere paralel olması gerekmektedir.

Aile hukukunda, eşitlik prensibi, gelenekle çatışma halindedir. Fakat özellikle daha zayıf taraflarla ilgili olarak mahkemelerin gerçekte eşit olmayanların sorunlarıyla ilgilenecek koruyucu bir yaklaşım benimsemesine izin verilmeli ve bu prensibin tek tipleştirici karakterini yumuşatması mümkün olmalıdır. Bu yaklaşım kadına karşı mevcut geleneksel yaklaşımın masum görüldüğü anlamına gelmez. Erkek ve kadının katagorik olarak eşit çiftler olduğu günümüzün bilinen bir düsturudur. Bununla beraber, evliliğin daha zayıf tarafı olarak kadınlar -ki bu durum açıkça söylenmese bile çoğu toplumun realitesidir- sadece günümüzün mutlak eşitlik retoreğini yansıtan yasal çerçeve ile değil, aynı zamanda mahkemelerin çabalarıyla da yasal koruma altına alınmalıdır. Özel hukuk, özellikle aile hukuku ailede zayıf tarafı yeterli derecede koruyabilecek mekanizmaları barındırarak daha çok toplum merkezli olarak şekillendirilmelidir. Kadınların erkeklerle eşit statüde olduğu toplumlarda bile -ki bazen kadınlara pozitif ayrımcılık da yapılmaktadır- kadınlar bu korumaya ihtiyaç duyarlar.

Tartışmayı feminizm - çok kültürlülük, kültürel relativizm - evrensellik veya dini uygulamalar -laiklik karşıtlığı çerçevesine yerleştirme niyetinde değilim, sadece aile gerçeği farklı bir yöne işaret ettiğinde "eşitlik" retoriğine (kadın erkek eşitliğinin aile realitesi ile bağdaşmadığı durumlarda) karşı çıkıyorum.

2004. Fakat, aynı zamanda eşitsizliği anlama ve çeşitlilik söylemi olarak kullanılan "interctionality" kavramı için de bkzn. N. Yuval-Davis 'Intersectionality and Feminist Politics', 2006 *European Journal of Women's Studies* 13, no. 3, s. 193

²¹ Bknz. S. Walby, 'The European Union and Gender Equality: Emergent Varieties of Gender Regime', 2004 *Social Policy* 11, no. 1, s 4.

²² Bakınız Örucü, dipnot 19.

Kadını kültürel, dini ve geleneksel değerlerle koruma gayreti içinde de değilim. Diğer taraftan, arzu edilmeyen bir sonuç olarak kültürel değerleri tehdit etse de, laik normatif çerçeveyi de temel hareket noktası olarak almıyorum. Aksine, kadına karşı sosyal ve ekonomik adaletsizlikler doğuran kültür ve gelenekler tamamen ortadan kaldırılmalıdır.²³ Bununla birlikte, yine de aile hukukunun tümüyle tarafsız, laik ve çoğulcu bir yapıda olamayacağını hatırdta tutmak gerekir. Bunların cinsiyetten kaynaklanan adaletsizlikleri önleme politikalarını güçlendirebileceği bir gerçektir. Yine de, aile gerçeğinde zayıf taraf olan kadın korunmalıdır. Aksi halde "eşitlik" söylemi ile kadının menfaatleri zarar görmeye başlayabilir. Güçlendirici programlar cinsiyet ayrımcılığına karşı doğal değişim sürecinin hızlandırmasına ve güçlenmesine katkıda bulunabilirse de²⁴ özel hayata ilişkin yasal düzenlemelerin oldukça sınırlı tutulması gerekmektedir. Böylece, daha fazla taktir yetkisi ile donatılmış ve zayıf olanı koruma bilincine sahip hakimlere ciddi derecede ihtiyaç duyulacaktır.

Üzerinde durulması gereken temel sorun, gelenekleri ve sosyal realiteyi yasama ve yargı eliyle düzeltmeye çalışmanın ne kadar doğru olduğudur. Geleneklere ne ölçüde taviz verilecektir ve fakat aynı zamanda eşitlik retoriği" desteklenecektir? "Eşitlik retoriği" ile gelenek arasında adil bir denge nasıl kurulacaktır? Eşitliğe sıkı sıkıya bağlı kalındığında toplum ne gibi problemlerle karşılaşacaktır? Toplumsal gerçeklik ile eşitlik retoriği arasındaki bu mesafeyi tasdik edip kabul mü etmeliyiz, yoksa görmezden mi gelmeliyiz? Her iki tutumun da sonuçları ne olacaktır? Zayıf olanı korumak için önlemler geliştirmek eşitlik prensibi ile bağdaşır mı? Yasamanın tarafsızlığı siyasi uzlaşma uğruna sadece bir kılıf mıdır? Avrupa ülkeleri aile hukuku mevzuatlarının uyumlaştırılması süreci yasa düzeyinde başarılı oldu mu, fakat bu süreç kadın açısından başarısız olmadı mı? Bu süreç hakimlerin geniş takdir haklarını zamanla elinden alarak kadınları hukuktan yabancılaştırmak suretiyle dolaylı olarak ve ihtiyatlı bir şekilde erkekleri daha fazla güçlendirmede mi?

3.1. Türk Aile Hukuku Örneği

Türk Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişikliklerle getirilen yeni hükümlerle çiftler arasında mutlak eşitlik prensibi tercih edilerek ve kadına

²³ Bknz. S.M. Okin et al. (eds.), *Is Multiculturalism Bad for Women?*, 1999

²⁴ Bknz. C. Hoskyns, 'A Study of Four Action Programmes on Equal Opportunities', in M. Rossilli (ed.), *Gender Politics in the European Union*, 2000.

cinsiyet eşitliği temelinde yasal teminat sağlanmış, Türk Aile Hukuku Avrupa Birliği üye devletlerinde geçerli mevzuata ve uluslararası belgelerde yer verilen prensiplere uyumlu hale getirilmiştir. Bu değişim övgüye değer olmakla birlikte, toplumun sosyo-kültürel yapısı ile bütünüyle uyumlu olduğu söylenemez. Yine de, bu yasa ile getirilen yeniliklerin kadın ve erkek tarafından ve toplum genelinde zaman içinde içselleştirileceğini ümit ediyoruz. Fakat eşitlik retoriğinin yasal çerçevesinde aile realitesi gözardı edilemez. Gerçekten kanun eşitliği, onun pratikte bulunmadığı yerde göz önünde tutulmasını ister. Eşitlik ve haklar karmaşık güç ilişkilerini aşırı basitleştirmektedir. Özel alanda hakların kullanılmasının yasal haklarla çok az ilgisi bulunmaktadır.

1926 tarihli Medeni Kanun küçük değişikliklerle (1912'de yürürlüğe giren) 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunundan alınmıştır. 1926 tarihli Kanun'un "eşler arasında yapılan ve koca yarına olan muameleler"i düzenleyen 169'uncu maddesi, karı koca arasında yapılan her türlü işleme izin verirken, kadının koca yarına yaptığı kendi kişisel mal ve eşyalarını veya mal ortaklığı rejimine tabi mal ve eşyaları konu alan muamelelerin sulh hakiminin izni olmadıkça geçerlilik kazanamayacağı öngörmektedir. Bu kural kadının koca yararına üçüncü kişilere karşı üstleneceği sorumluluklar için de uygulanır. Bu hüküm, kocanın kadının borçlarına kefil olduğunu, fakat kadının kocasına kefil olabilmesi için sulh hakiminin onayının gerektiğini göstermektedir. Kanun'un 169'uncu maddesinin ikinci fıkrasında kadının muamele ehliyetine bir istisna getirilmiştir.²⁵ İlave olarak, bu madde sadece borç doğuran ve bu nedenle alacak hakkı kazandırmayan hukuki işlemler düzenlenmiştir. Buna rağmen, Yargıtay, M.K m.169/2'yi daha geniş yorumlayarak her iki tür muameleleri aynı kabul etmektedir. Bu hükmün zaman zaman kadının korunması yerine alacaklılara karşı bir tuzak olarak kullanıldığı bir gerçektir. Bu nedenle, bu maddenin sınırlarının mümkün olduğu kadar dar tutularak yorumlanması önerilmektedir. Çünkü maddede "sorumluluklar" temelinde bir düzenleme öngörülmüştür. Kadın yasadan kaçınma veya onu kısıtlama amacıyla kullanılamaz. MK m.169/2'yi uygulamak için kadının üstlendiği sorumluluk (Borçlar Kanunu m.483 ve 174, Ticaret Kanunu m.612) koca yararına olmalıdır. Eğer hukuki muamele doğrudan kadının yararına ise B.K m. 169/2 uygulanamaz. Kaynak İsviçre

²⁵ Türk hukukunda bu durum bir kısım akademisyenler tarafından "sınırlı ehliyetlilik", bazıları tarafından da "sınırlı ehliyetsizlik" olarak nitelendirmektedir.

Medeni Kanunu bir "anlaşma"dan bahsederken Türk hukukuna göre hakim "onayı (ratification) gerekmektedir.

Konu iki defa karı-koca arasındaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Yüksek mahkeme önüne gelen ilk davada, kadın üçüncü kişiye kocasına kefil olarak hakimden onay almadan borçlanmıştı ve bu nedenle kendisine karşı cebri icra süreci başlatılmıştı. Kadın bunun üzerine kefaletine ilişkin işlemin MK m.169'a göre geçersiz olduğunu ileri sürdü. Bunun üzerine yerel mahkeme bu maddenin Anayasa'nın 10 ve 12. maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirerek konuyu Anayasa Mahkemesine taşımaya karar verdi. Yerel mahkeme kararında bu hükmün ilk bakışta kadının menfaatlerini korur gibi görünse de, aynı durumda koca için izin veya onay prosedürü aramadığı halde kadına sınırlı ehliyetli gibi gördüğünü, bu nedenle kadının koca karşısında ikinci sınıf konumuna düşürüldüğünü iddia etmiştir. Bu görüş eşitlik retoriğinin kabul edildiğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi Türk toplumunun gerçeklerini ön planda tutarak şu karara varmıştır:

"Bu hükmün amacı ailede kadının farkına varmadan borç altına girmesini engellemektir. Çünkü o borcum kapsam, sonuç ve amaçlarını bilemeyebilir. Yine kadın kocasının baskısı ve etkisi altında böyle bir sorumluluk üstlenmiş olabilir. Bu sınırlama ile aile birlik ve bütünlüğünün korunması amaçlandığı için kamu yararı gözetilmiştir ve bu nedenle Anayasaya aykırılıktan söz edilemez."²⁶

Yüksek mahkemenin üç üyesi şu görüşlerle karara muhalefet etmiştir:

"Bu eşit olmayan muamele öncelikle Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine aykırıdır ve cinsiyete dayalı herhangi bir ayrımcılık kabul edilemez. İç hukuk hükümleri sadece Anayasa hükümlerine göre değil, aynı zamanda bu Sözleşme hükümleri ışığında değerlendirilmelidir. Medeni Kanunumuz 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanununu esas almıştır. Kaynak kanun kadının korunmasını istemiş olabilir, ancak bu artık günümüzde kabul edilemez. Bu koruma kadının daha az yetenek zekaya sahip olduğunu varsayar. Bu hüküm kadının yaptığı işlemlerin sonuçlarını öngöremeyeceğini farzederek onun hukuki işlem ehliyetini sınırlandırmıştır. Buna ek olarak aile üyelerinden sadece bir tarafı korumak aile birliğini korumak anlamına

²⁶ 1997/27; 1998/43; 30/6/1998 (Resmî Gazete 23934, 15.1.2000).

gelmez. 1982 tarihli Medeni Kanun taslağında bu tür bir hükme yer verilmemiş olması bizim görüşümüzü desteklenmektedir. Bundan da öte, bu hüküm 1984 tarihinde kaynak İsviçre Medeni Kanunundan çıkarılmıştır ve şimdi sözleşmeye onay verilmesi aşaması her iki taraf için söz konusudur."

1999 yılında yine benzer bir dava Anayasa Mahkemesine götürülmüştür.²⁷ Bu davaya esas olaylar da öncekiyle benzerlik göstermektedir ve yerel mahkeme MK'nun 179/2. maddesinin Anayasanın 10 ve 12. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmektedir. Anayasa Mahkemesi aynı gerekçelerle maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu sefer Mahkemeye atanan yeni üye ile birlikte toplam dört üye karara muhalefet etmiştir. Bu üyeler hiç bir medeni devlette bu tür bir hükme yer verilmediğini gerekçesine dayanmışlardır. Açıkçası, onlar için önceki davada da ileri sürdükleri gibi, modernleşme, batılılaştırma, Avrupa Birliği üyesi olma kriterleri ülke gerçekleri ile yüzleşmekten daha önemlidir ve bu nedenle aile realitesi yerine eşitlik retoriğine üstünlük tanınmasını istemişlerdir.

Anayasa Mahkemesinin bu iki kararının şu an için bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü 1926 tarihli Medeni Kanun değişerek eşitlik ilkesi benimsenmiş ve modernize edilmiştir. 2002 tarihli Medeni Kanun'un sorumluluğu düzenleyen 189. maddesinde kısa ve bir ilke benimsenmiştir: "üçüncü kişilere müteselsil sorumluluk ilkesi geçerlidir."²⁸ Eşlerin hukuki muamelelerini düzenleyen MK'nun 193. maddesi kanun aksini düzenlemedikçe eşlerin başkalarıyla ve üçüncü kişilerle yapacakları her çeşit hukuki muamele ile sorumluluk altına girebileceklerini düzenlemektedir. Bu hükümlerle erkek ve kadının hem birbirlerine karşı hem de Avrupa standartları açısından eşit taraflar kabul edilmesi olumlu bir gelişme olarak kabul edilebilir. Bununla birlikte, çoğu kadının kocalarının baskısı altında yaşadığı ve ekonomik bağımsızlığa sahip olmadığı bir toplumda bu gelişmelerle maalesef aile gerçeklerinin eşitlik retoriğine kurban edildiği anlamına geldiği kolaylıkla söylenebilir. Yine bu gelişme kocasının tehdidiyle her hangi bir evraka imza atabilecek okuma yazma bilmeyen kadınlar için zararlıdır ve bu nedenle Türk toplumunun en azından mevcut aile gerçekleriyle bağdaşmamaktadır. İsviçrede muadil hüküm 5 Ekim 1984 tarihinde kaldırılmış

²⁷ 1997/27; 1998/43; 30/6/1998 (*Resmî Gazete* 23934, 15.1.2000).

²⁸ TMK m. 189: "Aile birliğini temsil söz konusu olduğunda eşler üçüncü kişilere karşı müştereken sorumludur. Aileyi temsil yetkisi olmadan işlem yapan bu işlemin sonucundan kişisel olarak sorumludur. Ancak temsil yetkisinin aşıldığı üçüncü kişi tarafından anlaşılabilirse eşler müştereken sorumlu olurlar."

olmasına rağmen gelişme farklı bir yönde olmuştur. İsviçre Borçlar Kanununun kefalet sözleşmelerini düzenleyen 494/1. maddesi, eşitlik prensibini koruyarak eşleri borç altına sokan işlemler için onay (rıza) işlemini iki taraf için de aramaktadır.²⁹ Böylece İsviçre karı ve kocayı partnerler olarak görmekte, bir taraftan eşitlik ilkesini benimserken diğer taraftan kısmen de olsa koruyucu yaklaşımı devam ettirebilmektedir.

Öyleyse Türk yasama organı niçin İsviçre sistemini dikkate almamış ve eşlerin birbirlerinin borçlarına kefil olması söz konusu olduğunda eşler arasında mutlak bir eşitlik benimsemiştir? Mahkemeler bu "eşitlik"ten ne anlayacaktır? Mahkemeler retorik ve realite arasında yasama organının başaramadığı bir dengeyi kurabilecek bir organ olmayı başarabilecektir mi? Eşitlik birden fazla yolla sağlanıp sürdürülemez mi? Kadın, kocasının ve alacaklısının vicdanına terkedilerek günümüzün belirsiz serbest piyasasında kendisini bekleyen ekonomik risklere niçin maruz kalsın? Sadece modernite uğruna eşitlik retoriğine mutlak bir sadakat için mi? Bütün bunlar eş (kadın) in kefil olarak rol oynadığı hallerde, anlaşmanın ya aşırı baskı altında ya da yetki aşımı ile yapıldığı için ortada gerçek bir rızadan bahsedilemeyeceği iddiasından yola çıkarak, sözleşme hukuku hükümlerine dayanılarak sözleşmenin uygulanmasına karşı bir savunma geliştirildiğinde gündeme gelecektir.³⁰ Bu durumda bir taraftan karı kocanın eşitliği kuralına bağlı kalınacak, diğer taraftan kadının yasanın doğrudan öngörmediği yollarla korunması yolları işletilecektir. Bununla birlikte kadının genel hükümlere göre mağduriyetini kanıtlaması oldukça zor görünmektedir.

Bir devlet merkezli hukuk modelini örneği olarak Türk hukuku çoğulculuk anlayışına yer vermemiştir.³¹ Bu hukuk düzeni ideal bir yapıyı yansıtmaktamıdır? Böyle bir sistemde mahkeme kararları büyük önem taşımaktadır. Kanunların uygulanması aşamasında, mahkemeler bu kuralları eş ve çocukların menfaatlerini gözetecek şekilde yorumlamalıdır. Bununla birlikte, bu uyarılama esnasında hakimler yasaların toplumsal olarak adil olmadığı sonucuna vardıklarında yorum silahını kullanarak özel hukuk alanında veya diğer ilgili mevzuatta yer verilen prensipleri gözardı edebilecekler midir?

²⁹ Türk Borçlar Kanunu 1926 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun çevrilerek kabul edildi. Türk Borçlar Kanunu madde 485'in İBK'daki karşılığı 494. maddedir. Buna rağmen 485. maddede bu doğrultuda bir değişim olmamıştır.

³⁰ Borçlar Kanunu, 21, 23, 24, 28, 29 ve 30. maddeleri.

³¹ Bknz. E. Örucü, 'A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience', 2006 *Journal of Comparative Law* 1, no. 2, s. 27-47

Normatif çerçevede çizilmiş evrenselliğin dili yalnız başına hegemonyaya karşı mücadelede yeterli özgürlükçü bir araç olamaz. Evli kadınların yaşam gerçekleriyle bağdaşan daha hassas bir yaklaşım teşvik edilmelidir. Mahkemeler yasal çerçeveye rağmen daha aktif bir rol üstlenmelidir. Yine de onlar sürekli amaca uygun kriterler geliştirmeli, "makul gerekçe", "pozitif ayrımcılık", "gerçek nitelikler" gibi konulara akademik yeterlilikte ve yargının kendi işleyişi içinde kabul edilebilir çözümler üretmelidir.

3.2 Avrupa Aile Hukuku Komisyon Çalışmaları

Avrupa Aile Hukuku Komisyonu (CEFL) çalışmalarına bir göz attığımızda uyumlaştırma hakkında bir şeyler söyleyebilirmiyiz?³² Önce şunu belirtmek gerekir ki, aile hukuku ağırlıklı olarak değerlerle ilgilidir ve bu değerler gözönünde bulundurulduğunda aile hukukunda sözde kıta avrupalı/kara avrupalı hukuku ayırımının belirleyici olmadığı görülecektir. Bu ayırım sadece mahkemelerin görev ve yetkilerinin belirlenmesinde etkilidir. Burada önemli olan şey dindir. Laik toplumlarda dini tutum ve davranışları yansıtan ahlaki değerler tamamen yok olmazlar. Değişen ekonomi-politiğinin dine göre insanlar üzerinde daha az etkisi vardır.

120

Günümüzün laik batı toplumlarında dinin etkisinin azalmakta olduğu söylene bile, bu etkinin farklı toplumlarda farklı hızlarda gerçekleştiğini belirtelim. Bununla birlikte, Batı ve Orta Avrupa ülkelerinde değişimin yönü, eğer bu değişim farklı yönde seyretmiyorsa eski demir perde ülkeleriyle aynı değildir. Dini değerlerin geleneksel olarak Avrupa ülkelerinde tarihsel bir çatışma konusu olduğunu da hatırlatmak gerekir. Protestan, Katolik ve Ortodox Hristiyanlığı Avrupayı Kuzey, Güney ve Doğu, Batı olarak bölmüştür. Bugün Avrupa ülkelerinin çoğunda laik bir hukuk sistemi benimsenmesine rağmen, Avrupa Birliği ülkelelerine dışarıdan gerçekleşen büyük ölçekli göçlerle birlikte hızla çoğalan çok kültürlülük örnekleri ve buna paralel olarak bölünmüş dini yapılar göze çarpmaktadır. Her ülkede çok yönlü kültür yapıları bulunmaktadır ve yasalar her zaman o toplumda yaşayan kültürünün doğal bir yansıması olmayabilir.

³² Boşanma ve nafaka alanında CEFL tarafından hazırlanan Genel Prensipler ile bazı hukuki sistemlerini karşılaştıran çalışmayı özetleyen değerlendirmeler için bkncz. E. Örucü, "The Principles of European Family Law Put to the Test: Diversity in Harmony or Harmony in Diversity?", in E. Örucü et al. (eds.), *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, 2007, s. 233-254.

Ailede dinin etkisiyle ilgili olarak örnek vermek gerekirse, çoğunlukla Katolik ve Güneydoğu Ortodox ülkelerde aile bağları güçlü, sosyal güvenlik sistemleri zayıf iken, ağırlıklı olarak Lüteryan Kuzey ülkelerde aile bağları zayıf, sosyal güvenlik sistemleri güçlüdür. Diğer yandan, Kuzey Lutheran ülkelerde ve İngilterede boşanma oranlarının Güneyli Katolik ülkelerdekine göre yüksek olduğu görülmektedir. Evlilik dışı doğum sayıları da Kuzey ülkeleri ve İngiltere yüksek, Güneyde düşük sayılarda olmak üzere benzer bir eğilim göstermektedir.³³ Nüfusunun yaklaşık % 98'i gibi hakim bir oranı müslüman olan ve değişik gelenek, mezhep ve ekolleriyle ağırlıklı olarak geleneksel ve muhafazakar değerlerin benimsendiği Türkiyenin durumu, laik hukuk sistemiyle (İsviçre kaynaklı aile hukuku-Medeni Kanun- benimsenmiştir, ki bu Kanun İsviçrenin farklı dini yapıları gözetilerek hazırlanmıştır) Güneyli Katolik ve Doğu Avrupa Ortodox ülkeleriyle oldukça benzerlik göstermez.

CEFL tarafından hazırlanan boşanma ve nafakaya hakkında Genel Prensipler ile bir başka bir takım sistemlerin karşılaştırmalı bir incelemesini konu alan çalışma ilginç bir değerler tablosunu ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada Eski-sosyalist laik hukuk sistemiyle Lüteryan nüfusundan (Estonya) Evangelik Lüteryan nüfusu barındıran bir çok laik hukuk sistemine (İskandinav ülkeleri), Laik hukuk sistemini benimseyen ağırlıklı olarak Katolik nüfusundan (Fransa), Litvanya gibi eski sosyalist hukuk sistemini benimsemiş Katolik nüfusuna, İngiltere ve Galler Ülkeleri gibi laik hukuk sisteminin benimsendiği ağırlıklı olarak Protestan Anglikan nüfusuna, İskoçyadaki gibi laik hukuk sistemi benimseyen Protestan ve Katolik mezheplerin karışımı nüfus yapısı ile Malta gibi laik hukuk sistemi bulunmayan Katolik nüfusundan laik hukuk sisteminin benimsendiği Müslüman nüfusa sahip Türkiye örneğine kadar değişen ölçüde nüfus yapısı-hukuk sistemi ilişkisini gösteren bilgiler sıralanmıştır. Bu inançların içinde barındırdığı değerlerin etkisi, ister laik olsun, ister olmasın ve Kara Avrupası ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden hangisinin benimsendiğine de bakılmaksızın, o ülkelerin aile ile ilgili mevzuatlarında kolaylıkla hissedilebilmektedir. Bütün bu ülkeler modernleşme yolunu izlemelerine rağmen, bu modernleşme her

³³ Bu konuda Avrupa ülkelerinde yaşanan fikir ayrılıklarının nedenleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. M. Guibernau, 'Introduction: Unity and Diversity in Europe', in M. Guibernau, (ed.), *Governing European Diversity*, 2001, s. 1-3, 14-19.

ülkenin kendi şartları içinde ve kesinlikle farklı hızlarda gerçek-leşmektedir ve ille de aynı yönde olması gerekmemektedir.³⁴

Bu takdirde, halklara göre aileler değerleriyle, tutku ve düşünce yapılarıyla özellikle çalışmayan, yaşlı, genç, güçsüz ve tam zamanlı eğitim görenler olmak üzere bütün üyelerinden olarak sorumlu tutulacaktır. Diğer taraftan, farklı toplumlar bu görevleri bir çok değişik metot ve çeşitlilikte organize etmektedir. Bu farklılıkları kavramak için değişik tarihi, siyasi ve sosyo-ekonomik ve en önemlisi kültürel ve dini koşullar gözönünde tutulmalıdır.

Kültür tarihsel etkilerin bir ürünüdür ve tekdüze değildir aksine karma özellik gösterir. Açıkçası tarihte uzun süre değişime uğramaksızın günümüze kadar gelen kültürel yapılar günün birinde değişebilir. Aksi halde biz tarihte hiç bir zaman reformdan bahsedemedik. Bir ülkede kültürel yapı kapalı kaldığı ve kendi kendini referans gösterdiği sürece mumyalaşırlar. Fakat kültürün dinamik özelliğine ve evrensel değişimin etkisine açık olmasına rağmen, bu değişim kendiliğinden ve iç dinamiklerle olmalıdır. Yine bu değişim devamlı ve vatandaş merkezli olarak gerçekleştiği takdirde daha sağlam temellere dayanacaktır.

122

Masha Antokolskaika CEFL'i aile ile ilgili mevzuatın vatandaş merkezli olarak birbirine doğru yakınlaştırılması sürecinde bir model olduğunu ileri sürmekle birlikte³⁵, bu değerlendirme CEFL'in ulusal yasama organlarını muhatap alan çalışma biçimi nedeniyle çelişkiler taşımaktadır. CEFL sadece devleti merkez alan bir uyumlaştırma metoduna izin vermektedir. Zaten burada aşağıdan yukarıya doğru kendiliğinden bir kümelenme önerisi bulunmamaktadır.

Gelenek ve değişim arasında çatışmaya kadar varan sürekli bir gerilim yaşanagelmiştir. Müzakere ve tartışmalar sonucunda çoğu zaman bir mutabakata varılmasına rağmen belli fikirler diyalog ve tartışmaya açık değildir.³⁶

³⁴ Farklı görüşler için bkz. M.V. Antokolskaika, 'The Process of Modernisation of Family Law in Eastern and Western Europe: Difference in Timing, Resemblance in Substance', 2000 *EJCL* 4, no. 2, <<http://www.ejcl.org/42/art42-1.html>>.

³⁵ M.V. Antokolskaika, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical perspective – A Tale of Two Millennia*, 2006, s. 362.

³⁶ C. Lloyd, 'The Transformation of family life and sexual politics', in Guibernau, dip not. 33, s. 165.

Avrupa ülkelerindeki aile hayatına baktığımızda, toplumların gelişmelerinde gözlemlenen bazı ortak yönlere rağmen çeşitliliğin daha çok ön plana çıktığını görürüz. Catherine Lloyd'a göre, Avrupadaki koşullar değişmekte ve boşanma ve doğurganlık gibi konularda ülkeler genellikle aynı yönde bir değişimle karşılaşmaktadır.³⁷ Buna rağmen Lloyd, farklı ülkelerde yaşanan siyasi ve sosyal gelişmelerin oldukça farklı yörüngelerde seyrettiğine işaret etmektedir.³⁸ Buna ilave olarak günümüzde artık tek bir ülkede tek bir sosyo-kültürel yapıya rastlamak mümkün değildir.

Örneğin, yüzyıllar boyunca Avrupada boşanma ile ilgili mevzuat değişerek gelişme göstermektedir: Başlangıçta boşanma yasaktı, daha sonraları boşanma önce bir önlem, daha sonra bir çözüm olarak kabul edildi. Daha ileri bir gelişme olarak boşanma, eşlerin bir hak olarak ortak kararı çerçevesinde değerlendirildi. Bu seçenekler farklı aile, evlilik ve ahlaki görüşleri kilise ile devletin aileye müdahalesindeki farklı dengeleri ve eşlerin karar verme hürriyetini yansıtmaktadır.³⁹ Bugün boşanma; eşlerin kusuru, şiddetli geçimsizlik, ayrılık, ortak rıza ve talep gibi birçok nedene dayanılarak gerçekleşmektedir. Bazı yasal sistemler bu boşanma nedenlerinden bir kombinasyon oluştururken, diğer bazı sistemler ise bu nedenlerden bir veya bir kaçını boşanma nedeni olarak benimsemektedir. Diğer taraftan bazı yasal sistemlerde bir takım zorlayıcı prosedürler ve süre sınırlamaları ile boşanma zorlaştırırken, başka sistemlerde ise kolay yasal prosedürler benimseyerek boşanma işlemi kolaylaştırmaktadır. Bazı ülkelerde ilk bakışta boşanmayı çabuklaştıran ve kolaylaştıran mevzuat benimsenmiş gibi görülsede, bunların beklenmedik usuli sınırlamalar ile boşanmayı zorlaştırıldığı sonucuna varılabilmektedir.

Farklılıklar tarihsel gelişmeleri, kültürel ve dini farklılıkları ve idolojik farklılıkları yansıtır. Bütün bunlar bize ortak özün oldukça sınırlı olduğunu, ortak öz çalışmasına dayanan Avrupada aile hukukunu yakınlaştıran Genel Prensiplerin uygulama kabiliyetinin oldukça sınırlı bulunduğunu göstermektedir. Bugün bu uyumlaştırmanın tek etkili şekli, "daha iyi kanun" yaklaşımını benimseyen hükümleriyle gelecek için bir vizyon oluşturmayı hedefleyen devlet merkezli bir müdahale yaklaşımı olduğu

³⁷ a.g.e.

³⁸ a.g.e

³⁹ Bu eğilimin bir analizi için bakınız.M.V. Antokolskaia, 'Convergence and Divergence of Divorce Laws in Europe!', 2006 *Child and Family Law Quarterly* 18, no. 3, p. 308; and for a helpful concise history of developments, s. 309-323.

söylenbilir. Bu yaklaşım arzu edilen modern bir yasal çerçeve sağlarsa da bugünün çok kültürlü toplumlarında kabul edilemez olarak değerlendirilmektedir.

Kültürel çeşitlilik yasal çeşitliliğin muhafaza edilmesini gerekli kılmaktadır. İnsanların paylaşmadıkları bir vizyonun gereklerini karşılamak için niçin yasalarını değiştirdikleri haklı olarak sorgulanabilir. Estonya ve Litvanyayı karşılaştırdığımızda, örneğin 1994-1991 yılları arasında yaşanan baskıcı yönetim altında tipik bir yakınlaştırma hadiseni, o tarihe kadar toplumun çoğunluğunun maruz kaldığı baskı altında tutulan farklı kültürel ve dini farklılıkları yansıtan kendiliğinden bir ayrışma süreci izlediğini görebiliriz.

Varsayımların dayanağını oluşturan çalışan kadın, eşitlik, kadının aileyi geçindirebilme ve kendi ayakları üzerinde durabilmesi özellikleri tüm toplumların değil, bazı toplumların gerçekleri ve değerleriyle ilgilidir. Bunların oldukça makbul değerler olduklarını kabul edelim. Bu şekilde kabul etsek bile, demokratik toplumlarda dış müdahale için ne tür bir gerekçe gösterilecektir? Cevap bekleyen bir başka soru da, niçin bazı değerler dizisine diğerlerine göre üstünlük tanındığıdır? Özellikle kanunların az çok vatandaşların beklentilerine cevap verebilsin diye halkın katılımına ve görüşlerine önem verildiği toplumlarda bu tür devlet merkezli bir müdahale tümüyle kabul edilemez. Aile hayatında yaşanacak değişimlerin dışarıdan müdahaleler yerine, toplumun kendi iç dinamikleri içinde gerçekleşmesi daha önemlidir.

Öyleyse Josep Llobera'nın aşağıdaki sözlerini onaylamalıyız?

"Ulusal kimlikler kalıcıdır. Uzun vadeli bir bakış açısı akrabalık, dil, kültür, din ve tarihsel hafıza gibi esaslı kategorileri göz önünde tutmalıdır. Bu kategorilerin her birinin önemi ülkeden ülkeye değişebilir. Ulusal kimliklerle beraber -bu kimliklere karşı veya bunların yerine değil- bir çeşit "Avrupalılık" kimliği daha çok benimsenmektedir."⁴⁰

Nihayetinde bir "**norm diffusion**" ve "kimlik değişimi" ile karşılaşabiliriz ve Avrupa bütünleşmesinin üye devletlerin yasaları üzerinde değiştirici bir etkisi olabilir. Bununla beraber, ilk ilk önce aile hukukunun resmen uyumlaştırılması henüz sağlanamadı, ikinci olarak böyle bir uyum gerçekleşse bile somut verilere dayalı araştırmalar göstermektedir ki, Birliğin doğasında bulunan "farklılaşan entegrasyon", "kısmi uygulama" ve "esnek-

⁴⁰ J.R. Llobera, 'What Unites Europeans', in Guibernau, dipnot 33, s. 193

lik" düzenlemeleri nedeniyle, karşılıklı bağımlılık ve ortak etkiye rağmen bir yakınlaşmadan bahsedilemez. Antoaneta Dimitrova ve Bernard Steunenberg'in çalışmaları bütünleşme etkisi yüzünden Avrupada açık ve kesin bir yakınlaşma eğilimi bulunmadığını göstermektedir.⁴¹

Aile hayatı ve ailenin bizatihi kendisi birer hukuk ensürmanı olabilir, fakat burada duygusal boyut daha çok ön plana çıkmaktadır. Ünlü AB sloganı "çeşitlilik içinde birlik" ortak bir anlayışa ve bu çeşitliliği kabullenmenin önemine işaret eder. Uzman hukukçulardan oluşan Komitenin bazı alanlarda devletlerin yasama organları tarafından doldurulacak boşluklar bırakarak hazırladıkları aile hukuku alanında, Avrupa Birliği ülkelerinde ortak olarak uygulanması düşünülen "Genel Prensipler"'in hayata geçirilmesi zor görünmektedir. Bu Prensipler ilk bakışta belli bir dünya görüşünü ve belli değerleri yansıtmaktadır. Yine bu Prensiplerin anılan ülkelerin kendi hukuk kültürleri yerine ikame edilmesi konusunda bu ülkeler istekli görünmemektedir ve Bu Prensiplerin bu ülkelerdeki hakim nüfusun değerlerini yansıttığına ilişkin hiç bir işaret bulunmamaktadır. Diğer taraftan Avrupa bu konuda standart kurallar benimseyerek en azından sınır aşan ilişkiler için çözümler ve yeni yaklaşımlar geliştirme ihtiyacı duymaktadır. Böylece bir çıkmazla karşı karşıya kalıyoruz. CEFL'in bu konudaki ciddi çalışmaları sadece akademisyenler, Avrupa Birliği karşıtları ve çok kültürlülük taraftarlarının incelemelerine konu olmakla kalmayacak, aynı zamanda ileride bu konularda varılacak çözümler için üzerinde çalışılması gereken önemli bir kaynak oluşturacaktır.

Antokolskaia, Avrupa'da boşanma ile ilgili mevzuatın yakınlaştırılması ve ayrılmasını konu alan çalışmasında, her şeyin nihai noktada⁴² kaçınılmaz olarak birbirine kavuşacağını ileri sürerek, "talep üzerine idari bir işlemle boşanma"nın boşanma hukukunda yaşanan gelişmeler için en ileri noktayı oluşturabileceğini söylemiş ve böylece modernleşme trendinin birleşme eğilimleri ile aynı noktada buluşmuş olacağını işaret etmiştir. Bu gelişme ona göre kendiliğinden modernleşme/birleşme süreci yoluyla bizi bir birliğe (uniformity) götürecektir. Belki be bir gün biz başka bir nihai noktada buluşacağız. Bu noktada çiftlerden biri boşanma konusundaki rızasını diğer eşe devletin hiç bir şekli veya başka türlü müdahalesi olmadan ileterek

⁴¹ A. Dimitrova et al, 'The Search for Convergence of National Policies in the European Union', 2000 *European Union Politics* 1, no. 2, s. 201-226.

⁴² Antokolskaia, dipnot 34, s. 329.

boşanma gerçekleşebilecektir. Gelecekte bir gün belki de evlilik ve boşanma tamamen hukukun ilgi alanından çıkacaktır. O'na göre böyle bir futuristic yorumun gerçekleşme olasılığı oldukça zayıf görünmektedir.⁴³

Sonuç

Avrupa hukuk kültürü üzerine yapılan çalışmalara baktığımızda veya Avrupa Birliğini çok katmanlı bir yönetim sistemi olarak düşündüğümüzde ya da Avrupa'nın yasal çoğulculuğundan bahsettiğimizde ulusal devletlerin hep sorgulanan birimler olduğu görülecektir. Bu doğru olmakla birlikte eğitim düzeyi, cinsiyet, yaş, din, ideoloji ve etnik aidiyetlere dayanan alt kültür farklılıklarının belirlenmesi oldukça zordur. Örneğin, hukuki değer eğitimi seviyesinin yükselmesinin kişi hürriyeti, hukukun üstünlüğü ve tarafsızlığı gibi kavramlara olan inancı pekiştirdiği göstermektedir.⁴⁴ Hukuki değer farklılıklarının kökeni esasen sosyal sınıflara dayanmaktadır. Bu farklılıklar bize şu gerçeği göstermektedir; "Toplumun mevcut sosyo-ekonomik yapısından çıkar sağlayanlar hukuku faydalı bir kurum olarak görmektedir."⁴⁵

Alışageldiğimiz tutum ve davranışlara müdahale edilmesinden kaynaklanan sorunlarla karşı karşıya kaldığımızda, bunun çözümü kültür katmanlarının hassas bir şekilde ele alınmasıyla mümkündür ve böylece aşına olmadığımız kurumlara karşı duyulan korku azalarak zamanla yok olacaktır. Bu kültür katmanların ihtiyaçlarının hukuk kurullarıyla karşılanmaya çalışılması her zaman arzu edilen sonucu doğurmaz. Avrupada "yakınlaşma" ortak değerlerin onaylanması anlamına gelir. Yine Avrupa devletleri ortak bir birlik hukuku kültürü inşa ederken ve bir taraftan kültürel çoğulculukla yüzleşirken, halkın mı tarafın mı yoksa üst yapının mı ihtiyaçları ve hassasiyetleri dikkate alınacaktır?

Batılı ulus devletlerde çok kültürlülük, bu kültürlerin devletin hukukuna muhalif veya düşmanca kuralları benimsediği, hatta kimliğinin resmen tanınmasını talep ettiği durumlarda bile farklı kültürlere kendi sınırları içinde hareket özgürlüğü tanınması olarak algılanmaktadır. Avrupa Birliği için çok kültürlülük, gittikçe artan farklı ulusal devlete birlikte yaşama hakkı tanınması anlamına gelmektedir. Diğer taraftan Avrupa Birliği, kısa vadede

⁴³ a.g.e.

⁴⁴ J. L. Gibbon et al, 'The Legal Cultures of Europe', 1996 *Law and Society Review* 30, s. 55.

⁴⁵ a.g.e. s. 70-73.

Avrupa vatandaşlığı için, uzun vadede ortak bir Avrupa kültürü oluşturma sürecinde ulusal devletlere yabancı olan çok kültürlü bir çerçevede değişik iç kültürlerle uzlaşma arayışı içinde olacaktır.

Faydacı ve kozmopolit bir yaklaşım şu görüşleri savunmaktadır: "Globelleşen bir dünyada yakınlaşma ve birleşme kaçınılmazdır aynı zamanda faydalıdır. Evrensel insan haklarının temsil ettiği temel değerler "istisnailikler"e karşı üstün tutulmalıdır ve kültürel çeşitlilik sadece bir kültür olarak kalmalı, hukuk dünyasına yansıtılmayarak yaşamın bir parçası kabul edilmelidir. Toplumda çok kültürlülüğün beninsenebileceği kapsamlı bir hukuk sistemi oluşturulmalıdır. Bu sistemler çok uluslu, bölgesel ve toplumlararası düzeylerde hukuk dünyasında bir modernite birliği sağlama çabası göstermelidir. Çok kültürlülük hiç bir zaman hukukun bu amacı gerçekleştirme sürecindeki gelişmesine engel olmaz. Rasyonellik, uyum ve reform kavramları bu hedefe varmada en uygun araçlardır.⁴⁶

Çoğulculuğun kabulü belli şartlara bağlı olmalıdır. Doğal hukuk ve ahlak fikrine aykırı yerel kültürlerle meşruiyet tanınmaz. Bir toplumda çeşitlilikler o toplumun birlik ve bütünlüğüne yönelik bir tehdit oluşturmuyorsa o toplum ayakta kalır. Bu nedenle sadece "nitelikli bir yasal çoğulculuk" anlayışına yer verilmelidir.

Şu soruları sormak için Euroseptik olmak ya da çok kültürlülüğü savunmak gerekmez: Bir toplumda yürürlükte olan ve hakim grubun değerlerini temsil eden resmi hukuk farklı değer ve kültürlerle çatıştığında ne yapılması gerekir? Çok kültürlü bir toplumda sadece kültürlerüstü ve ahlaken tarafsız kuralların ayakta kalabildiği iddiası ne derece gerçeği yansıtmaktadır? Modern bir hukuk sistemi sosyal ve kültürel sistemlerden bağımsız olabilir mi? Kültürel uygulamalar nasıl tanınmalıdır ve kültürün belirlenmesinde hangi kriterler baz alınmalıdır ve bu kriterler kimler tarafından nasıl belirlenmelidir? Kültürü kimler temsil etmektedir? Farklı toplumların kendi içlerinde kendi kurallarını belirleyebilmesi yetkisi tanınmalıdır mı? Avrupa Birliği içinde önemli bir başka konu da Avrupada hukukun yakınlaştırılmasıdır. Birlik içinde hukukun yakınlaştırılması farklı kültürlerin talep ve ihtiyaçlarını karşılamak üzere daha önceden kabul edilerek oluşturan bazı istisnailiklere artık öncelik verilmeyeceği, üstünlüğün yakınlaştırılan hukuk kurallarına tanınacağı anlamında kullanılmaktadır. Eğer iç hukuka eklem-

⁴⁶ M. Bussani, "Integrative" Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems', 2000 *European Review of Private Law* 8, p. 89.

lenen hukuk farklı sosyo-kültürel yapılarda değişime yol açabilirse, iç hukuk aynı değişimi yapamayacaktır? Avrupa hukuku böyle bir koruyucu ve kapsayıcı rol üstlenebilir mi?

Batı tipi modern ulusal devletlerde çoklu hukuk kurallarıyla kültürel çeşitlilik arasındaki uyarılama sadece hakim tarafından gerçekleştirilebilecektir. Hakim kuralları uygularken yaratıcı yorum yaparak ve takdir yetkisi kullanarak adeta bir klavuz kaptan gibi yol gösterici ve uyarlayıcı rol üstlenmektedir. Bu uyarılama yetkisi Anayasa ile çizilmiş olan yasama organı tarafından yerine getirilemez. Önümüzdeki süreçte ulusal düzeyde yerel mahkemeler hukuka yön vererek ve uyarlayıcı bir rol üstlenerek daha fazla ön plana çıkacaktır. Türk aile hukuku ve Avrupa Birliğinin bu alanda oluşturmaya çalıştığı "Genel İlkeler" örneği bize hakimlere daha fazla takdir hakkı ve hareket kabiliyeti tanınmasının önemini göstermiştir. Böylece hukuk ve kültür arasındaki kurulması gereken denge ve uyum sağlanacak, bu ikisi arasındaki farklılıkları bağdaştırmak mümkün olacaktır.

128

Bu makalede yasal çoğulculuğun daha güçlü bir versiyonu olarak çok kültürlülük veya Euroseptizm savunuculuğu yapılmadan konu dolaylı olarak ele alınmıştır. Fakat çalışmada ele aldığım konu 21. yüzyıla doğru girerken beni daha fazla endişelendirmektedir.

Delmas-Marty "Ordering Pluralism" isimli yeni kitabında 21. yüzyılda yasal düzenleme yaparken müşterek hukuktan vazgeçmeden çoğulculuğu nasıl kabul edeceğimizi, yine bunları tatbik etmeden nisbi ve evrensel olanın ötesine nasıl geçebileceğimizi sorgulamaktadır. Bu kitap ne ütöpik bir kaynaşma ne de hayali bir özerklik tercih ediyor; "Orderig Plularism" saygınlığı koruyan ve gittikçe artan bir intibak yoluyla ortak bir hukuk alanı oluşturma çabası içindedir. Bu bilgi felsefesi devrimi olarak kabul edilebilir. Durağan bir dünya düzeni imkansız olduğu için, hukukun yaratıcı gücüyle esnek bir uyumlaştırma süreci başarılabilir. Bu uyumlaştırma sürecinde mutabık kaldığımız ve koruduğumuz ortak değerlere olan inanç kendine yer bulacaktır.⁴⁷ Bu çözüm bizim derdimize çare olacaktır?

⁴⁷ M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, 2009.