

HUKUKİ ÇOĞULLUK KAVRAMI VE GÖRÜNÜMLERİ:

“ROMAN HUKUKU” VE “ABORJİN HUKUKU”

Nadire ÖZDEMİR*

Giriş

Devlet tekelinde bulunup ülkede yaşayan tüm insanları bağlayan merkezî hukuk görüşünün karşısında bulunan hukuki çoğulluk¹ kavramı günümüz çoğulcu toplumlarında çokça tartışılan bir konu olmuştur. Kimilerine göre hukuki çoğulluk postmodern çağın anahtar kavramıdır².

Bu çalışmada, günümüzde, kimi ülkelerde uyuşmazlıkların çözümü için devlet dışı mekanizmaların var olduğunu göstermek ve bu mekanizmalara hukuki çoğulluk şemsiyesi altında bir değerlendirme getirmek amaçlanmıştır. Özellikle suç ve ceza alanında devlet tekelinde bulunan ceza adaletinin kimi toplumlarda özel bir alt grup içerisinde gerçekleştiriliyor oluşu dikkate değerdir³. Bu gruplara örnek olarak Roman hukukunu ve Aborjin hukukunu ele alacağız.

1. Hukuki Çoğulluk

A. Kavramsal Çerçeve

Hukuki çoğulluk, en genel anlamda, belirli bir sosyal alanda, birden fazla hukuk olgusunun bir arada var olduğu durumu ifade etmektedir. Ancak bu tanımda açılması gereken iki kavram vardır.

Öncelikle ‘sosyal alan’dan ne anlamalıyız? Klasik teorilerde devlet toplumun temsilcisi sayıldığı için devletin hukuku da toplumun hukukudur. Bir diğer yandan, Eugen Ehrlich, Leopold Pospisil, John Griffiths gibi yazarlar ‘sosyal alan’ kavramından bütünsel toplumu değil; alt sosyal grupları anlamaktadırlar⁴. Bu çalışmada değerlendirme konusu sosyal alanlar bütünsel toplumu değil; alt sosyal grupları işaret etmektedir.

Bir diğer açılması gereken kavram da hukuk olgusundan ne anlayacağımızdır. Hukuki çoğulluk konusuna eğilen farklı yazarların farklı tanımları söz konusu olmaktadır. Örneğin

* Arş. Gör. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1 Literatürde çoğulluk ve çoğulculuk terimleri arasında bir fark gözetilmeksizin genel olarak “hukuki çoğulculuk” kavramı kullanılmaktadır. Biz, Dr. Saim Üye’nin de çalışmasında altını çizdiği doğrultuda “çoğulculuk” sözcüğünün ‘taraf olmak’ anlamını taşıdığını düşündüğümüz için, sadece var olan durumu nitelmesi açısından “çoğulluk” terimini kullanmayı tercih ettik (Saim Üye, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.431).

2 Brian Z. Tamanaha, 1993, s.192.

3 Bu çalışmada gerek konunun sınırlanması ve gerekse devlet gücünün doğrudan uygulandığı bir alan olması açısından ceza adaleti ele alınmıştır.

4 John Griffiths, “What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, Vol.24, 1986, s.2.

Brian Z. Tamanaha'ya göre insanlar neye hukuk diyorsa hukuk odur. Gunther Teubner'e göre ise hukuki-gayri hukuki ayrımının olduğu yerde hukuk vardır. Sally Falk Moore'un hukuk tanımı ise yarı özerk sosyal alanların öz-düzenlenmesinde kendini bulmaktadır⁵. Bu çalışmada ise, hukuk, bir sosyal grubun kendi içinde hukuk olarak nitelendirdikleri bağlayıcı ve ihlali halinde yargılamaya tabi tutulan düzeni ifade etmektedir.

Hukuki çoğulluk kavramını sistematik olarak ilk kez ele alan kişi John Griffiths'tir. 1986'da kaleme aldığı makalesinde kendisinden önce hukuki çoğulluk kavramına dair bir şeyler yazıp çizmiş birçok akademisyeni eleştirmiş⁶ ve bu eleştirilerden yola çıkarak betimleyici olduğunu iddia ettiği kendi tanımını kavramsallaştırmıştır. Ona göre hukuki çoğulluk, hukukun ya da hukuk sisteminin değil; sosyal alanın bir özelliğidir. Bir sosyal alanda birden fazla hukuk ve hukuk sistemi gözlemlenebiliyorsa orada hukuki çoğulluk söz konusudur⁷. Griffiths'e göre hukukun sadece devlet hukuku olduğu görüşü merkezîyetçilik ideolojisinin bir yansıması olup hukuk, kısmen özerk bir sosyal alanın iç düzenlemesiyle ilgilidir⁸.

Tamanaha, hukuki çoğulluk kavramını tanımlamaya çalışanlara yönelik eleştirilerini iki grup başlık altında toplamaktadır. Analitik açıdan sorunlu gördüğü nokta, literatürde hukuki çoğulluğu tartışanlar arasında “hukuk” kavramı üzerinde bir uzlaşma olmadığıdır. Tamanaha, devlet dışında birçok normatif düzenin de hukuk olduğu anlayışının hukuk normu ve sosyal norm ayrımını zorlaştırdığını iddia etmektedir⁹. Mevcut hukuk tanımlarının da işlev-temelli (*function-based*) ve özcü (*essentialist*) olması Tamanaha'ya göre hukuk ve toplum arasındaki ilişkiyi anlamayı zorlaştırmaktadır. Hukuk kavramı üzerinde uzlaşma olmadığı müddetçe gözlem ve veri toplamada yeknesaklık olmamasını da araçsal açıdan sorunlu görmektedir¹⁰.

Ele alacağımız hukuki çoğulluk kavramında Griffiths'in yaptığı bir ayırmadan hareket edeceğiz. Griffiths, hukuki çoğulluk kavramını grup ve devletin ilişkisi bakımından ikiye ayırmaktadır. Güçlü hukuki çoğullukta, devlet, ülke içinde varlığını sürdüren alternatif hukuk sistemlerini tanımazken, zayıf hukuki çoğullukta devlet, bu grupları kendi sistemiyle ilişkilendirmek için birtakım mekanizmalar öngörmektedir¹¹. Zayıf hukuki çoğulluk ve güçlü hukuki çoğulluk bağlamında her iki ayrımı da örneklendirmeye çalışacağız.

5 Brian Z. Tamanaha, “The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol.20, 1993, ss.202-203.

6 Griffiths'e göre Glissen ve Hooker'ın hukuki çoğulluk kavramı fazlasıyla merkezîyetçiyken Smith ve Pospisil'in kavramları örgütsel ve hiyerarşik bir yapıyı öngörmesi itibarıyla eksiktir. (Griffiths, ss. 9-23)

7 Griffiths, s.38.

8 Griffiths, s.38.

9 Brian Z.Tamanaha, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol.27, 2000, s.297.

10 Tamanaha, 2000, s.299.

11 Griffiths, s.13.

B. Tarihçe

Bir görüşe göre hukuku çoğulluk kavramının literatüre giriş biçimi sömürgecilikle gerçekleşmiştir. Bu kavramın görünümü Batılı devletlerin sömürge topraklarında yaşanmıştır¹². Doğu Hindistan Kumpanyası'nda Müslümanlara İslam hukukunun, Hindulara Hindu hukukunun uygulanacağını öngörülmesi bunun bir görünümünü oluşturmaktadır.

Her ne kadar literatüre giriş biçimi sömürgecilikle birlikte gerçekleştiği söylene de, kimi yazarlar orta çağdan itibaren Avrupa'da çoğul bir hukukun olduğunu iddia etmektedir. 5.yy.da Roma İmparatorluğunun çöküşünden 15.yy. Rönesans'a dek Avrupa toplumunda feodalizmin ve Katolik Kilisesinin hâkimiyeti söz konusudur. Bu dönemde aynı sosyal alanda hüküm sürmüş olan kimi zaman yarışan kimi zaman birbirini tamamlayan çeşitli hukuk sistemleri var olmuştur. Yerel gelenekler (genelde çeşitli varyasyonlarda ve yazılı olmayan bir biçimde), Cermen hukuku (yazılı bir biçimde), feodalite kuralları (çoğu zaman sözlü bir biçimde), tacirlerin kendi aralarında uyguladıkları kurallar (*lex mercatoria*) ve üniversitelerde geliştirilen Roma hukuku aynı anda aynı sosyal alanda hüküm sürmüştür¹³. Çeşitli mahkeme ve yargı türleri görülmüştür¹⁴. Kişilerin Lord Mahkemeleri, Belediye Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri, Lonca Mahkemeleri, Kilise Mahkemeleri veya Kraliyet Mahkemeleri'nden hangisinde yargılanacakları hususu onların statüsüne, soyuna, vatandaşlığına, mesleğine veya dinine göre belirlenmekteydi¹⁵. Orta Çağ boyunca Avrupa'daki hukuki çoğulluk üç farklı ekseninde belirginleşmiştir. İlk ekseninde, birbiriyle örtüşen hukuki yapılar söz konusu olmaktadır. Ortak hukuk (*ius commune*), ticaret hukuku (*lex mercatoria*), ve kilise hukuku aynı anda uygulanmıştır. İkinci ekseninde ise bu farklı hukuk yapılarının dikey biçimde bölünmesi söz konusu olmuştur. Yani kişiler, statüsü, mesleği, dini ve soyuna göre farklı kuralların muhatabı olmak durumunda kalmıştır. Son ekseninde ise aynı hukuki yapı içerisinde birbiriyle yarışan normların söz konusu olması durumu yer almaktadır. Özellikle gelenek hukukunun uygulanması aynı köyde bile farklılıklar gösterebilmiştir¹⁶.

Orta Çağ'da Avrupa'da görülen bu çoğulcu yapıdan sonra 15.yy.dan 19.yy.a dek yukarıda bahsettiğimiz sömürgecilik hareketleriyle hukuki çoğulluk hareketleri tekrar başlamıştır.

Hukuki çoğulluğun sömürgeci devletler tarafından, sömürge topraklarında ekonomik ve siyasi hâkimiyet sağlanmak amacıyla kullanıldığı görüşünde olan yazarlar vardır. Örneğin Francis Snyder, Senegal topraklarında başta Fransızlar olmak üzere sömürgeci devletlerin ticari ayrıcalıklar elde etmek amacıyla yerlilerle barışçıl yollardan anlaşma sağlamak

12 John Griffiths, s.6.

13 Brian Z.Tamanaha, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sydney Law Review*, Vol.30, 2007, s.4.

14 Elbette bu saptamalar, “hukuk” kavramının tanımlanmış biçimine göre değişebilmektedir.

15 Tamanaha, 2007, s.377.

16 Tamanaha, 2007, s.378.

suretiyle gelenek hukukunu çarpıtarak yazılı hale getirdiklerini ileri sürmektedir. Snyder, aslında söz konusu gelenek hukukunun Fransızların işine geldiği biçimde değiştirilerek yerlilerin kadim kurallarınıymış gibi onlara uygulanmasına izin verildiğini iddia etmektedir¹⁷.

Sömürge topraklarındaki hukuki çoğulluk olgusunun ele alınmasından sonra hukuki çoğulculuğun yeni analizleri yapılmıştır. Sömürgecilik deneyimi yaşamasına ihtiyaç kalmaksızın tüm toplumların hukuken çoğul olduğu iddia edilmiştir. Özellikle Moore, ticaretle uğraşan belli bir kesimi gözlemleyerek ulusal düzeydeki hukuki çoğulluğa dikkat çekmek istemiştir¹⁸.

Hukuki çoğulluk kavramının 20.yy.da daha farklı görünümünün oluşması ise globalleşme ile ortaya çıkmıştır. “ulus üstü/küresel hukuki çoğulluk” kavramı, ulus üstü/küresel hukukun içten (dahilen) çoğul olduğu ve farklı hukuk alanlarına ait (insan hakları, fikri mülkiyet, deniz hukuku...) düzenleyici kuralların ve hatta yargılama mekanizmalarının olduğu ileri sürülmektedir. Bunun çeşitli boyutları vardır. Dünya Sağlık Örgütü gibi belirli bir amaç doğrultusunda normlarını geliştiren uluslararası örgütler, insan hakları ihlallerini denetleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bölgesel yapılanmalar, ticaret hukukunda tarafların özgür iradelerine öncelik tanıyan *lex mercatoria* kuralları ve uluslararası tahkim mekanizması, Basel Bankacılık Denetim Komitesi gibi devletlerarası düzenleyici kurumlar bu çeşitli boyutlardan bazılarıdır. Uluslararası hukuki çoğulculuğun bir diğer görünümü ise küresel insan hareketidir. Çeşitli kültürden insanlar farklı sebeplerden ötürü diğer ülkelere göç etmekte ve gittikleri yerlerde kendi normlarını ve kültürel kurumlarını sürdürmekte ısrar etmektedirler. Bu durumda yerleşilen ülkenin resmi normlarıyla göçmenlerin kültürel normlarının çatışması söz konusu olabilmektedir¹⁹. Çeşitli Avrupa ülkelerindeki Türkler veya İngiltere’deki Müslümanlar buna örnek verilebilir.

II. Zayıf Hukuki Çoğulluk ve Güçlü Hukuki Çoğulluk Kavramlarına İki Örnek: Romanlar ve Aborjinler

A. Roman Hukuku ve Güçlü Hukuki Çoğulluk

Romanlar, devletsiz topluluklar olarak farklı ülkelerde varlıklarını sürdürmüşlerdir. Romanlar ortak bir kimlik, etnik köken, dil ve kültürü paylaşmaktadırlar. Romanların kökeni hakkında birçok şey yazılıp çizilmiştir. Dil yapısı ve tarihi araştırmaların birçoğu Romanların Hindistan’dan göç etmiş olduğunu söylemektedir²⁰. Biz bu çalışmamızda Romanların etnik kökeni tartışmalarına yer vermeyip, sadece onların uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ve ceza adaleti sistemlerini hukuki çoğulluk kavramı çerçevesinde ele alacağız.

17 Francis G. Snyder, “Colonialism and Legal Form: The Creation of ‘Customary Law’ in Senegal”, *Journal of Legal Pluralism*, Vol.19, 1981, s.51, s.76. (ss.49-90)

18 Tamanaha, 1993, s.203.

19 Tamanaha, 2007, ss.387-392.

20 Ian Hancock, “Romani Americans (“Gypsies”)", <http://deimos3.apple.com/WebObjects/Core.woa/DownloadTrackPreview/ushmn.org.1434142337.pdf>. (erişim tarihi: 23.04.2012).

Romanların kendi içlerinde uyguladıkları kuralların adeta onların kendilerine özgü hukuk sistemi gibi işlev gördüğü ve içinde yaşadıkları devletlerin bu sistemi kırmak açısından zorluk çektikleri görülmüştür. Bu etnik grup, yüzyıllarca farklı devletlerde ve çeşitli ülkelerde varlıklarını sürdürmüş olsalar da çoğu zaman kendi kültürlerini korumayı başarabilmişlerdir. Bunun çeşitli sebepleri olduğu söylenmektedir. Romanlar, göçebe topluluklar olmasından ötürü yerleştikleri ülkelerde bile hâkim olan kültüre entegre olamamışlardır. Ayrıca, kapalı bir kültür olan Roman kültürünün Roman olmayan insanlarla iletişime sınırlı olanaklarda izin vermesi de bir başka sebeptir²¹. Roman hukuku Romanları dış ve iç etkenlerden korumanın ötesinde Roman toplumunu organize eden düzenlemelere sahiptir²². “Roman hukuku” diye nitelendiren bu düzenlemeler, eski geleneklere ve sözel olarak kuşaktan kuşağa aktarılan pratiklere dayanmakta olup hukuk, denge ve sıhhatlilik durumunu (*kintala*) amaçlamaktadır²³.

Amerika Birleşik Devletlerine Avrupa’dan göç etmiş olan çeşitli Roman grupları mevcuttur. Bu çalışmada, yukarıda belirttiğimiz hukuki çoğulluk ayrımının ikinci türüne örnek olması amacıyla Amerika Birleşik Devletleri’ndeki en büyük Roman topluluğu olan *Vlax Roma* topluluğunu örnek vereceğiz.

Söz konusu grubun *kris*²⁴ denilen kendine özel mahkemeleri bulunmaktadır ve bu mahkemelerde yargıç gibi uyuşmazlık çözen grup üyeleri yani *krisnitorya* mevcuttur. Roman toplulukları yıllardır, kendi içlerindeki uyuşmazlıkları, içinde buldukları devletin hukuk mekanizmasına başvurmadan her ne kadar resmi olmasa da kendi mahkemelerinde çözmektedirler²⁵.

Eski zamanlarda *kris* özellikle üç çeşit dava türüne bakmaktaydı: Mülkiyet kaybı, namus davaları ve ahlaki veya dini konularda çıkan uyuşmazlıklar. Bugün ise özellikle Amerika’da, *kris* gündemi boşanma davaları ve mali uyuşmazlıklar ile meşguldür²⁶. Her durumda, mağdur olan taraf *kris* talebinde bulunmaktadır. Eğer mağdur çok genç ya da yaşlı veya hasta ise, mağdura en yakın erkek akraba onun temsilcisi rolünü üstlenmektedir.

Kris’te sadece Romence konuşulmaktadır.

Romanların yaşamında olduğu gibi hukukunda da *vujö* (yani temiz, saf veya caiz) ve *marime* (yani pis, kötü veya ayıp) terimleri temel çizgileri belirtmektedir. Bu iki kavram arasında beliren suç ve kabahatler, Romanların günlük yaşamlarını da şekillendirmektedir.

21 Hancock, s.3.

22 Walter O. Weyrauch ve Maureen Anne Bell, “Autonomous Lawmaking: The Case of the ‘Gypsies’”, *Gypsy Law* içinde, ed. Walter O.Weyrauch, University of California Pres, London, 1997, s.27.

23 Walter O.Weyrauch, “Oral Legal Traditions of Gypsies and Some American Equivalents”, *American Journal of Comparative Law*, Vol.45, 1997, s.410.

24 Aslında *kris* sözcüğü hem soyut anlamda adaleti hem de kurum olarak mahkemeyi ifade etmektedir. (Thomas Acton, “Conflict Resolution and Criminal Justice-Sorting Out Trouble”, *Journal of Legal Pluralism*, Vol.51, 2005, s.38.)

25 Weyrauch, Bell, s.11-12.

26 Weyrauch, Bell, s.42.

Kris'in hükmettiği ceza türü ve niteliği işlenen suçun ağırlığına göre değişmektedir. Örneğin ağır suçlara bir zamanlar uygulanmakta olan ölüm cezası artık bilinmemektedir. Bunun sebebi olarak Romanların, kızgın ölümlerin ruhlarının idam edene saldıracağı inancının korkusu olduğu söylenmektedir²⁷.

Bugün için *kris*ler genel olarak para cezası, bedensel cezalar ve sürgün cezası vermektedir.

Glaba denen para cezası failin tüm sülalesini kolektif olarak bağlamaktadır. Bedensel cezalar ise daha çok evli kadınların sadakatsizliğine yönelik uygulanmaktadır. *Marime* olarak da bilinen aforoz cezası ise en genel uygulanan ceza türüdür. *Marime* cezasına mahkûm edilen kişi kirli olarak nitelendirilir²⁸. Sürekli *marime* cezaları daha ağır suçlara uygulanır. Kimse onlarla birlikte yemek yemez. Toplumdan dışlanırlar. Roman toplumunun ekonomik ve sosyal yaşamı olan evlilik kurumunu gerçekleştirmezler. Eğer bir nesneye dokunurlarsa o nesne pisletilmiş olur ve dolayısıyla değeri ne olursa olsun yok edilmesi gerekir. Bu kişiler ölürse kimse onları gömmez veya onlar için cenaze töreni yapılmaz. Kısacası sürekli *marime*, sosyal ölüm demektir. Bu tür bir ceza nadiren ve örneğin cinayet gibi ağır suçların karşılığı olarak uygulanmaktadır²⁹.

Geçici *marime* cezaları ise daha az ciddi suçlar için öngörülmektedir. Örneğin bir Roman'ın bir başka Roman'a karşı hırsızlık eylemini gerçekleştirmesi durumunda bu yaptırım uygulanır. Roman hukukuna göre kimi basit hırsızlık suçları *gaje*'lere (yani Roman olmayanlara) karşı işlenebilir³⁰.

Görüldüğü üzere Amerika'da yaşayan kimi Roman toplulukları, içinde buldukları eyaletin hukuk sistemi dışında kendi yargı mekanizmalarını işletmektedirler. Devlet tarafından resmi olarak tanınmadığı için yukarıda bahsettiğimiz güçlü hukuki çoğulluğun bir örneğini teşkil etmektedirler. Zira güçlü hukuki çoğullukta ülke içinde varlığını sürdüren yargılama mekanizmaları devletin resmi hukuk sistemine entegre edilmemektedir.

B. Aborjin Hukuku ve Zayıf Hukuki Çoğulluk

Aborjinlerin Avustralya veya Kanada gibi devletlerin hukuku içindeki konumları ve bu hukukla olan ilişkileri farklı noktalardan tartışılmıştır. Örneğin Avrupa ve Anglo-Amerikan geleneğini sürdüren Kanada devleti hukukunun Aborjinler için alışılmadık adalet ve hak pratikleri sunduğu ve bunun Aborjin vatandaşlar için sıkıntılar yarattığı ileri sürülmekte-

27 *Ibid.*, s.46.

28 Örneğin Washington'da hırsızlık şüphesiyle, erkek polisler tarafından üstleri aranan Roman kadınları *marime* kılındıkları şikâyetiyle polis memurlarına dava açmışlardır. (Alison Dundes Renteln, “Making Room for Culture in the Court”, *Judges Journal*, Vol.49, 2011, s.11.) Yine, özellikle polis aramalarında, Roman kurallarına göre kişiyi kirlettiği düşünülen köpekler sorun yaratmaktadır. (Walter O. Weyrauch, “Romaniya: An Introduction to Gypsy Law”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, 1997, s.231.)

29 Weyrauch, Bell, s.47.

30 *Ibid.*, s.52.

dir³¹. Avustralya devletinde de durum benzer şekildedir. Aborjin vatandaşların suç oranlarının yüksek olduğu ve adli sisteme ayak uydurmak açısından birtakım zorluklar yaşadıkları belirtilmektedir³².

Aborjinler, Avustralya'nın yerlileri olarak bilinmektedirler. Aynı zamanda, yaşayan en eski kültürlerden biri olarak da varlıklarını korumaya çalışmaktadır³³. Kendilerine özgü grup içi kuralları ve yaşam biçimi olan bu ırk kendi içinde de homojen değildir.

2000 yılında Avustralya devleti, Batı Avustralya topraklarında yaşayan Aborjinler'le ilgili bir araştırma başlatmıştır. Bu araştırmanın amacı hukuk birliğini yine ‘yasal’ yollardan kurmak ve olası insan hakları ihlallerinin önüne geçmektir. Bu doğrultuda kurulan Komisyon, çalışmaları sonucunda 2005'te Aborjinlerin geleneksel hukukunun tanınıp tanınmaması, eğer tanınacak ise bunun hangi koşullarda mümkün olacağı üzerine kapsamlı bir rapor hazırlamıştır.

Komisyon, öncelikli olarak iki soru(n) üzerinde durmuştur. İlk soru(n) neden Aborjinlere diğer Avustralya vatandaşlarından farklı davranmak gerekliliğine ilişkindir³⁴. Bu soru(n)a gerekçe olarak birkaç husus ileri sürülmüştür. Öncelikle bu husus şekli eşitlikten ziyade maddi eşitliğin bir gerekliliğidir. Bu gereklilik hem Avustralya kanunlarına hem de uluslararası hukuka dayandırılmaktadır. Ayrıca Aborjin kültürünü yaşatmak ve geliştirmek bu topluluğun bir hakkıdır. Bunun da ötesinde, Aborjin geleneksel hukukunun göz ardı edildiği durumların kişiler açısından orantısız cezalara ve adaletsiz sonuçlara yol açmasıdır³⁵. Bu hususun ne anlama geldiğini “Geleneksel Aborjin Hukuku ve Cezalandırma” kısmında açıklayacağız.

Avustralya devletinin Aborjin ırkına farklı yaklaşımının meşru sebepleri ise ikinci sorunla ilgilidir. Bu hususa gerek yukarıda açıkladığımız maddi eşitlik üzerinden gerekse Aborjinlere karşı ayrımcılığın önlenmesi üzerinden açıklık getirilmektedir³⁶.

Avustralya Devletinin bu iki soruya yaklaşımı, ilgili Komisyon'un araştırma ve rapor sonucunda da etkili olmuştur. Avustralya Devleti Aborjin hukukunu uluslararası anlaşmalar ve insan hakları ilkelerine uygun bir biçimde ve ancak mevcut Batı Avustralya hukuku çerçevesinde tanıyacaktır³⁷. Dolayısıyla ayrı bir hukuk sistemi yerine, mevcut hukuk sistemine yerleştirilmiş bir yapı içerisinde bu tanınma öngörülmüştür. Bu yapı da, daha önce bahsettiğimiz zayıf hukuki çoğulluk kavramına denk düşmektedir.

31 Melissa S. Williams, “Criminal Justice, Democratic Fairness, and Cultural Pluralism: The Case of Aboriginal Peoples in Canada”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol.5, 2001-2002, s.455.

32 Dean Mildren, “Public Lecture Aboriginals in the Criminal Justice System”, *Adelaide Law Review*, Vol.29, ss.11-14.

33 <http://www.aboriginalculture.com.au/introduction.shtml> (erişim tarihi: 12.05.2012).

34 <http://www.alrc.gov.au/publications/> (Australian Law Reform Commission) Chapter One, “Challenging Customary Law Myths and Misconceptions”, erişim tarihi: 01.05.2012, s.10.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*, s.9.

37 *Ibid.*,s.11.

Aborjin hukuku denince, Avustralya devlet hukuku gibi tek bir sistem akla gelmemelidir; zira Aborjin gruplar da kendi içlerinde çeşitlilik ve farklılık göstermektedir. Kimi bölgelerde gelenek hukuku devlet hukukunun tamamen önüne geçmiş bir şekilde uygulanırken kimi bölgelerde geleneğin etkisi zayıftır³⁸. Ancak ister uygulansın ister uygulanmasın, Aborjin hukuku, Aborjin toplulukların yaşamlarını, ilişkilerini ve ödevlerini düzenleyen çeşitli kuralara sahiptir³⁹.

1. Geleneksel Aborjin Hukuku ve Cezalandırma

Geleneksel Aborjin hukuku, Aborjin dinine bağlı olarak doğmuştur ve varlığını sürdürmektedir. Sosyal davranış kuralları, dini hususlar ve bağlayıcı kuralların hepsi ‘hukuk’tur⁴⁰. Bunun bir uzantısı olarak da kamu hukuku özel hukuk ayrımı yerine kamu suçları veya özel suçlar olarak bir ayrım mevcut olmakta ve bu iki grup suç birbirinden kesin çizgilerle ayrılamamaktadır. Kamu suçları kutsalın ihlali veya kutsala saygısızlık, ensest veya büyü ile öldürmeyi içermektedir. Özel suçlar ise cinayet, yaralama ve zinadır⁴¹. Bu ayrım aslında, uyuşmazlığın çözümüne dair getirilen bir ölçüt bazında yapılmaktadır. Kamu suçlarında genel olarak yaşlılar uyuşmazlığın çözümüne karışırken özel suçlarda mağdur kendi adaletini kendisi aramaktadır.

Ayrıca Aborjin ceza hukukunda, modern ceza hukuk sistemlerinin temelini oluşturan kusur esası yoktur. Bir suçun kasıtlı, taksirle ya da bilinçli taksirle işlenmiş olması kimi zaman sorumluluğun bölünmesine sebep olsa da cezalandırma için temel alınan husus nedensellik⁴².

Aborjin ceza hukukunda suçlar başlıca iki gruba ayrılmaktadır: Kutsal kuralların ihlali ve diğer insanlara veya mülkiyete zarar suçları. Her ne kadar suç ve cezalar Aborjin topluluklar arasında çeşitlilik gösterse de geleneksel ceza çeşitleri şu şekildedir:

- Ölüm cezası: Doğrudan ya da büyü yoluyla ölüm Aborjinler arasında bugün için en az tercih edilen ceza biçimi olmaktadır.
- Büyü ve doğüstü cezalar
- Bedensel cezalar: Dayak ve kırbaç cezaları bunlardan en bilinenidir. Örneğin zina, aşığı ile kaçmak, yaralama gibi suçların cezası bedensel olmaktadır.
- Aforoz veya sürgün cezası
- Alay konusu olma ve kınama
- Tazminat

38 *Ibid.*,s 64.

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*,s 84.

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*,s.85.

2. Ceza Adaleti Açısından

Komisyon, Aborjinlerin kendi hukuklarını Avustralya devlet mahkemelerinde tanınmasını istemenin adalete ulaşmak açısından gerekli olduğunu düşünmektedir. Aslında Avustralya devlet mahkemelerinde kimi zaman Aborjinlerin davalarında onların gelenekleri ve hukukları göz önünde tutulmuştur. Şüphelinin isnat edilen suçu işleme sebebini ortaya koymaya çalışırken, faile aynı zamanda gelenek hukukuna göre kendi topluluğu içerisinde ceza alacağını göz önünde tutmak suretiyle ceza verirken, ya da sanığı rehabilite etmede en uygun yolu bulmaya çalışırken gelenek hukukundan yardım alınmıştır⁴³. Örneğin, tıpkı hasta çocuğunu hastaneye yetiştirmek için hız sınırını ihlal eden (Aborjin olmayan) bir Avustralya vatandaşının bu gerekçesi göz önünde bulundurulduğu gibi, hız sınırını ‘anne’sinin cenazesine yetişmek için aştığını söylemesi de mahkemede dinlenmektedir. Buradaki gelenek, akrabalık ilişkilerinin düzenlenmesinde yer almaktadır. Aborjin geleneğine göre biyolojik annenin tüm kardeşleri (yani teyzeler) de anne sayılmaktadır. Bu husus göz önüne alınmasaydı eğer hız limitini aşan kişinin cezası hafifletirici etkiden yararlanmayacaktı.

Bunun yanı sıra Komisyon, mahkemelerin, Aborjin vatandaşların ceza mahkûmiyetine karar verirken bu vatandaşların, kendi gruplarında, kendi kuralları çerçevesinde vermiş oldukları cezaların da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Zira Aborjin bir birey, eğer gerçekleştirmiş olduğu eylem Aborjin geleneğine göre de suç sayılıyorsa, gelenek hukukunun dayattığı ceza adaletinden kaçamayacaktır. Bu durumda, gerek gelenek hukuku tarafından gerekse devlet hukuku tarafından cezaya mahkûm edilen failin aslında “çifte ceza” yükünü taşıması adaletsiz olacaktır⁴⁴.

3. Aborjin Mahkemeleri

Avustralya Devletinin zayıf hukuki çoğulluk sistemini uyguladığının en resmi kanıtı Aborjin Mahkemeleridir. ‘Aborjin mahkemesi’ terimi, Aborjin yaşlılarının veya diğer itibar sahibi grup mensuplarının cezalandırma aşamasına katıldığı mahkeme modelini belirtmektedir⁴⁵. Bu modeller, mevcut Avustralya hukuk sisteminde farklı yörelerde çeşitli biçimlerde varlıklarını sürdürmektedir⁴⁶. Bunlardan en önemlileri Nunga Mahkemesi, Koori Mahkemesi ve Murri Mahkemesidir. Bu mahkemelerde, normal mahkeme düzeni ve yapısı dışına çıkmıştır. Yargıcın yanında Aborjin üyeleri yer almaktadır. Mahkeme oturma düzeni de değişmiştir. Örneğin herkes aynı seviyede oturmakta veya yuvarlak bir oturma düzeni kurulmaktadır. Bu önlem Aborjinlerin devlet hukuku karşısında kendilerini eşit hissetme-

43 *Ibid.*,ss. 14-15.

44 *Ibid.*,s.29.

45 <http://www.alrc.gov.au/publications>. “Chapter 5, Aboriginal Customary Law and the Criminal Justice System”, (erişim tarihi:01.05.2012) s.124.

46 Aborjinlerin yaşadığı bir diğer ülke olan Kanada’da ise Aborjin vatandaşların hukuk sistemiyle entegrasyonu farklı pratiklerle kurulmaya çalışılmaktadır. “Elder Panels” (Yaşlı Oturumları) ve “Sentencing Circles” (Cezalandırma Daireleri) yerel kültür ile devlet hukuku arasındaki köprüyü kurma işlevi görmektedir. (Melissa S. Williams, “Criminal Justice, Democratic Fairness, and Cultural Pluralism: The Case of Aboriginal Peoples in Canada”, *Buffalo Criminal Law Review*, Vol.5, 2001-2002, s.473).

lerini sağlamak ve hiyerarşik düzenin kurduğu önyargıları azaltmak amacını taşımaktadır⁴⁷ Bunun da ötesinde Aborjinler için büyük bir sorun olan dil engeli de bu mahkemelerde alınan tedbirlerle aşılmaya çalışılmaktadır⁴⁸. Davaların bu biçimde rehabilite etkisi yüksek ve yoğun geçiyor olması, Aborjin Mahkemelerinin uyuşmazlık çözüm süresini uzatmaktadır. Örneğin Koori Mahkemesi değerlendirme raporlarına göre günde 5 ila 10 arasında Aborjin davalarına bakılabilmektedir. Bu oran normal bir Avustralya Devlet mahkemesinde 50'dir⁴⁹. Not düşmekte yarar vardır ki Aborjin mahkemelerine başvuru gönüllülük esasına dayanmaktadır. Bunun en önemli sebebi, Aborjin bireylerin kimi durumlarda kendi grup mensupları karşısında yargılanmayı çok utandırıcı bulmalarıdır⁵⁰.

Sanılan aksine, Aborjin Mahkemeleri, bağımsız bir hukuk sistemi oluşturmamakta; Avustralya hukuk kuralları ve hukuk sistemi çerçevesinde yürütülmektedir. Ayrıca hiçbir koşulda mahkeme bünyesinde yer alan Aborjin mensuplarının tek başına cezalandırma yetkisi tanınmamaktadır. Söz konusu yaşlı veya itibar sahibi insanların mahkemede rolü yargıca Aborjin hukuku ve kültürü hakkında bilgilendirici görüşler sunmak ve kimi zaman sanıkla iletişim kurmayı kolaylaştırmaktır⁵¹. Araştırmalar göstermektedir ki Aborjinliler, devlet mahkemelerinde kendi gruplarından etkili kişileri görmeye dayanamamaktadırlar; bu anlamda “utanç” kavramı Aborjin kültüründe caydırıcı ve önleyici bir etki yaratmaktadır⁵². Komisyon raporlarına göre Aborjin Mahkemelerinin ceza adaleti sistemini Aborjin vatandaşların ihtiyaçlarına daha karşılık verici bir niteliğe sokmakta ve gözetim altında tutulan Aborjinlilerin sayısının azalmasında etkili olmaktadır⁵³.

Avustralya devleti, gelenek hukukunun tamamen uygulanmasına ya da gelenek hukuku bahane edilerek insan hakları ihlalinin meşru kılınmasına karşıdır. Gelenek hukukuna, belirli savunmalarda (*specific defence*) izin verilmektedir. Belirli savunma argümanı ise bazı suçlarla sınırlı olarak uygulanacaktır⁵⁴. Aynı şekilde, değerlendirme her somut olayın koşullarına göre farklılık arz edebilecektir⁵⁵.

47 <http://www.alrc.gov.au/publications>. “Chapter 5, Aboriginal Customary Law and the Criminal Justice System”, (erişim tarihi:01.05.2012), s.133.

48 Söz konusu dil engeli gerek devlet gerekse Aborjin vatandaşlar açısından birçok sıkıntı yaratmıştır. Örneğin Aborjin İngilizcesinde kimi onay cümlelerinin gramatik olarak farklı kurulması sanığın ikrarı olarak yanlış bir şekilde anlaşılmış, Aborjinlerin tanıklığında anlatının farklı fiil ve zaman çekimleriyle yapılması olayların kimi zaman yanlış aktarılmasına yol açmıştır. Adaletin gerçekleşmesinde dilin önemi birçok adli ve idari görevli tarafından fark edilmiş ve buna yönelik birtakım önlemler alınmıştır. (Bknz: Diana Eades, “Aboriginal English in the Criminal Justice System”, *The Habitat of Australia's Aboriginal Languages* içinde, Ed. Gerhard Leither, Ian G Malcom, Mouton de Gruyter, 2007, Berlin, ss.299-326.

49 *Ibid.*, s.132.

50 *Ibid.*, s.133.

51 *Ibid.*, s.124.

52 *Ibid.*, ss.126-127.

53 *Ibid.*, s.127.

54 *Ibid.*, s.139.

55 *Ibid.*, s.180.

Aborjinler'in Avustralya Devletinin hukukundan ayrı olarak uyguladıkları bu kuralları ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını hukuki çoğulluk kapsamında değerlendirdik. Ancak buradaki bir ayrımın altını çizmek gerekmektedir. Aborjinlerin, Devlet tarafından tanınan kural ve düzenlemeleri zayıf hukuki çoğulluk kavramıyla açıklanabilirken, devlet tarafından tanınmayan bölümleri, güçlü hukuki çoğulluk kavramına denk düşmektedir.

Sonuç

Bazı ülkelerde uyuşmazlıkların çözümü için devlet dışı mekanizmaların hüküm sürmesi hukuki çoğulluk kavramıyla açıklanmaktadır. Kimi zaman bu mekanizmalar devlet tarafından tanınmamakta kimi zaman ise bunları devletin hukuk sistemi ile bütünleştirmek için birtakım düzenlemeler getirilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Roman gruplarının *kris* denen özel mahkemeleri ve *krisnitorya* isimli hakimleri içinde buldukları eyaletin hukuk sistemi tarafından tanınmazken Avustralya yerlileri Aborjinlerin, bir kısım gelenek hukuku Avustralya hukuk sistemine entegre edilmiş ve hatta Aborjin mahkemeleri yargı örgütü içinde yerini almıştır. Roman hukuku ve içinde yaşadıkları eyalet hukukunun ilişkisi güçlü hukuki çoğulluğa; Avustralya devlet hukuku ve Aborjin hukukunun ilişkisi zayıf hukuki çoğulluğa örnek teşkil edebilir. Zayıf hukuki çoğullukta devlet, farklı hukuk mekanizmalarını kendi hukukuyla ilişkilendirmek ve hukuk bütünlüğünü sağlamak için düzenlemeler getirmektedir.

KAYNAKÇA

- Ceylan, Şule Şahin. **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009.
- Griffiths, John. “What is Legal Pluralism?”, **Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law**, Vol.24, 1986, ss.1-55.
- Ian Hancock, “Romani Americans (“Gypsies”)", <http://deimos3.apple.com/WebObjects/Core.woa/DownloadTrackPreview/ushmn.org.1434142337.pdf>. (23 Nisan 2012)
- Reis, Maria. “The materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-binding”, **Arizona Journal of International & Comparative Law**, Vol.26, 2009, ss.739-778.
- Snyder, Francis G.. “Colonialism and Legal Form: The Creation of ‘Customary Law’ in Senegal”, **Journal of Legal Pluralism**, Vol.19, 1981, s.51, ss.49-90.

- Stitt, Allan J.. **Alternative Dispute Resolution for Organizations**, Ontario: John Wiley & Sons Canada Limited, 1998.
- Tamanaha, Brian Z.. “The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism”, **Journal of Law and Society**, Vol.20, 1993, ss.192-217.
- Tamanaha, Brian Z.. “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, **Journal of Law and Society**, Vol.27, 2000, ss.296-321.
- Tamanaha, Brian Z.. “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, **Sydney Law Review**, Vol.30, 2007, , ss.375-411.
- Üye, Saim. **Teoride ve Pratikte Hukuki oğulluk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Weyrauch, Walter O.. ve Maureen Anne Bell, “Autonomous Lawmaking: The Case of the ‘Gypsies’”, **Gypsy Law** içinde, ed. Walter O.Weyrauch, London: University of California Pres, 1997.
- Birleşmiş Milletler, **Onarıcı Adalet Programları El Kitabı**, New York, 2006, http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_Restorative_Justice_Turkish.pdf, erişim tarihi: 04.03.2012.
- Adalet Bakanlığı, **Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı**, Ankara, 2009, <http://www.undp.org.tr/demGovDocs/MediationCriminalJustice/CEZA-UNDP-1.pdf>, erişim tarihi: 05.03.2012.
- <http://www.arabulucu.com/haberler/arabuluculuk-kanunu-tasarisi-uzerinde-yapilan-tartismalar-ve-elestiriler-devam-ediyor>, erişim tarihi: 20.05.2012.
- <http://www.aboriginalculture.com.au/introduction.shtml> erişim tarihi 12.05.2012.
- <http://www.alrc.gov.au/publications/> (Australian Law Reform Commission) erişim tarihi: 01.05.2012.