

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
SOSYOLOJİ ANABİLİM DALI  
SOSYOLOJİ TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**HUKUK SOSYOLOJİSİNE BİR BAKIŞ: ELEŞTİREL HUKUK  
ÇALIŞMALARI BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ**

**HAZIRLAYAN**

**EMİN DİRENÇ UYGUN**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**TEZ DANIŞMANI**

**DR. ÖĞR. ÜYESİ ONUR BİLGİNER**

**ANKARA - 2021**

**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU**

Tarih: 17/09/2021

Öğrencinin Adı, Soyadı:Emin Direnç Uygun

Öğrencinin Numarası:21710191

Anabilim Dalı:Sosyoloji Anabilim Dalı

Programı:Sosyoloji Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı:Dr. Öğr. Üyesi Onur Bilginer

Tez Başlığı: Hukuk Sosyolojisine Bir Bakış: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Bağlamında İfade Özgürlüğü.

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 97 sayfalık kısmına ilişkin, 17/09/2021 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 4' dır. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

**ONAY**

Tarih: 17/09/2021.

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

Dr. Öğr. Üyesi Onur Bilginer

## TEŞEKKÜR

Bu çalıőmanın ortaya çıkıőına dair konunun seçilip son noktanın koyuluőuna kadar bana ve çalıőma őeklime sabırla katlanan, her daim değerli fikirlerini benimle cömertçe paylaőan, ne olursa olsun dűőüncelerimi büyük bir alakayla dinleyen, vazgeçmeye yaklaőtıęımda beni o noktadan çekip çıkaran, sıkıőtıęımda, bunaldığımda sesini hep yanımda iőtittięim, bu çalıőmadaki emeğini hiç unutamayacağım saygıdeğer danıőman hocam Onur Bilginer'e en derin teőekkürlerimi sunuyorum. Muhtemelen o olmadan bu çalıőma olmazdı.

Bana bu çalıőmayı yapabilmem hususunda imkan veren, süreç içerisinde desteklerini esirgemeyen Başkent Üniversitesi Sosyoloji Bölümü'ndeki hocalarıma ve özellikle okulla bağımın kopmaması için çabasını hiç eksik etmeyen, sabırla anlatan, öğreten ve en önemlisi benimle birlikte sevinebilen değerli iek Coşkun hocama teşekkür ediyorum.

Son olarak, çalışma boyunca her daim yanımda olan, uzunca bir süre kahrımı çeken, ne olursa olsun her zaman için beni destekleyen fedakar anneme ve babama, gerektiğinde benimle birlikte sabahlayan, vaktinden arttırıp benimle harcayan, kilometrelerce uzakta olsa da hep en yakınımda olmayı baőarabilen abime teőekkürü borç bilirim.

E. Direnç Uygun

Ankara

# ÖZET

**Emin Direnç Uygun**

## **Hukuk Sosyolojisine Bir Bakış: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Bağlamında İfade Özgürlüğü**

**Başkent Üniversitesi**

**Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Sosyoloji Tezli Yüksek Lisans Programı**

**2021**

Bu çalışmanın temel amacı, Türkiye’de hukukun eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmesi sürecine katkı sunmaktır. Çalışmanın esas odak noktası ise Türkiye’de ifade özgürlüğünün incelenmesine yöneliktir. En önemli insan haklarından biri olan ifade özgürlüğü, seçilen Anayasa Mahkemesi kararlarının çalışmada aktarılan kuramsal kaynaklar ışığında değerlendirilmesiyle ele alınmıştır. Çalışmada nitel araştırma yaklaşımı benimsenmiş ve veriler doküman/metin analizi yoluyla elde edilmiştir. Konuyla ilgili olduğu düşünülen hukuki düzenlemeler, ilgili uluslararası sözleşme metinleri ve çeşitli raporlar betimsel yöntem kullanılarak yorumlanmıştır.

Günümüzde egemen olan liberal hukuk anlayışı, hukuku kendi içinde anlam ihtiva eden, nesnel ve tarafsız bir yapı olarak kabul etmektedir. Ancak hukukun etkin bir biçimde anlaşılabilmesi için sosyoloji, siyaset, tarih gibi sosyal bilim disiplinleriyle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukuku incelerken özellikle onun sosyolojik boyutunun hesaba katılması önem arz etmektedir. Bu kapsamda çalışmanın ilk bölümünde hukukun sosyolojiyle olan bağı vurgulanmıştır. Hukukun diğer sosyal bilim disiplinleriyle birlikte eleştirel bir perspektiften değerlendirilmesi hususunda 1970’lerin sonlarında Amerika Birleşik Devletleri’nde yapılan bir konferans neticesinde ortaya çıkan Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi önemli bir yer tutmaktadır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları genel

itibariyle liberal hukuk düşüncesinin kapsamlı bir biçimde eleştirisini yapmakta ve liberal hukuk düşüncesinin aksine hukukun nesnel ve tarafsız bir yapıda olamayacağını ileri sürmektedir. Bu kapsamda çalışmanın ikinci bölümü kuramsal dayanak noktası yapılan Eleştirel Hukuk Çalışmalarına ayrılmıştır. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının temel tezleri; hukukun belirsizliği, hukukun taraflılığı ve haklar eleştirisi şeklinde üç başlık altında aktarılmıştır. Üçüncü bölümde ise genel olarak insan hakları düşüncesi eleştirel bir perspektiften ele alınmış ve ifade özgürlüğü kavramı incelenmiştir. Son bölümde Türkiye’deki ifade özgürlüğü, öznel bir seçimle belirlenen Anayasa Mahkemesi kararlarının hukukun belirsizliği ve hukukun tarafsızlığı tezleriyle birlikte değerlendirilmesiyle incelenmiştir. Kararların incelenmesi neticesinde Türkiye’deki hukuk düzeninin belirsiz yanları ve hem hukuki düzenlemelerin hem de yargılama süreçlerinin tarafsızlığı vurgulanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hukuk, Hukuk Sosyolojisi, İnsan Hakları, İfade Özgürlüğü, Eleştirel Hukuk Çalışmaları.

## **ABSTRACT**

### **A Look into Sociology of Law: Freedom of Expression in the Context of Critical Legal Studies**

The main purpose of this study is to contribute to the process of evaluating the law in Turkey with a critical approach. The main focus of the study is on the examination of freedom of expression in Turkey. Freedom of expression, one of the most important human rights, has been discussed by evaluating the selected Constitutional Court judgements in the light of the theoretical sources cited in the study. Qualitative research approach was adopted in the study and data were obtained through document/text analysis. Legal regulations, relevant international contract texts and various reports that are thought to be relevant to the subject have been interpreted using descriptive method.

The liberal understanding of law, which is dominant today, accepts law as an objective and impartial structure that contains meaning in itself. However, in order to understand law effectively, it should be evaluated together with social science disciplines such as sociology, politics and history. Therefore, it is important to take sociological dimension into account when examining law. Within this scope, the link between law and sociology was emphasized in the first part of the study. Critical Legal Studies movement, which emerged as a result of a conference held in the United States in late 1970s, has an important place in evaluating law from a critical perspective together with other social science disciplines. Critical Legal Studies generally criticizes liberal legal thought in a comprehensive way and contrary to liberal legal thought, it argues that law cannot be in an objective and impartial structure. In this context, the second part of the study is devoted to Critical Legal Studies which is the theoretical basis of the study. The main theses of Critical Legal Studies are presented under three headings: indeterminacy of law, the bias of law and the critique of rights. In the third part, the idea of human rights in general is discussed from a critical perspective and the concept of freedom of expression is examined. In the last section, freedom of expression in Turkey is analyzed by evaluating the judgements of the

Constitutional Court together with the indeterminacy thesis and the bias of law thesis. As a result of the examination of the judgements, the indeterminate aspects of the legal order in Turkey and the bias of both the legal regulations and the judicial processes were emphasized.

**Keywords:** Law, Sociology of Law, Human Rights, Freedom of Expression, Critical Legal Studies.

# İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR .....	I
ÖZET .....	II
ABSTRACT.....	IV
İÇİNDEKİLER .....	VI
KISALTMALAR DİZİNİ .....	IX
GİRİŞ .....	1
<b>1. BÖLÜM: KAVRAMSAL ÇERÇEVE .....</b>	<b>4</b>
1.1. Giriş .....	4
1.2. Sosyoloji ve Hukuk Sosyolojisi.....	5
1.3. Hukuk Kavramı ve Yaşayan Hukuk.....	7
1.3.1. Hukuk kavramı .....	7
1.3.2. Yaşayan hukuk kavramı.....	8
1.4. Hukuk Devleti Kavramı .....	12
<b>2. BÖLÜM: KURAMSAL ÇERÇEVE .....</b>	<b>15</b>
2.1. Giriş .....	15
2.2. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Tarihsel Arka Planı.....	16
2.3. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Niteliği.....	18
2.4. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Düşünsel Temelleri.....	22
2.4.1. Frankfurt okulu .....	23
2.4.2. Amerikan hukuki realizmi .....	27
2.5. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Temel Meseleleri.....	31
2.5.1. Hukukun belirsizliği.....	33



2.5.2. Hukukun tarafsızlığı .....	35
2.5.3. Haklar eleştirisi .....	38
<b>3. BÖLÜM: İNSAN HAKLARI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ .....</b>	<b>40</b>
3.1. İnsan Hakları.....	41
3.1.1. İnsan hakları kavramının niteliği ve çeşitli algılanış biçimleri.....	41
3.1.2. Pozitif hukuk açısından insan hakları ve hakların sınıflandırılması.....	43
3.1.3. İnsan haklarının temelleri .....	49
3.1.4. Hak kavramı ve insan haklarının öznesi.....	53
3.1.4.1. Hak kavramı .....	53
3.1.4.2. İnsan haklarının öznesi.....	60
3.1.5. İnsan haklarının eleştirisi .....	63
3.2. İfade Özgürlüğü .....	66
3.2.1. İfade özgürlüğünün içeriği ve kapsamı.....	67
3.2.2. İfade özgürlüğünün önemi.....	71
3.2.3. Türkiye'nin ifade özgürlüğü karnesi.....	74
<b>4. BÖLÜM: ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRKİYE'DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ .....</b>	<b>77</b>
4.1. Giriş.....	77
4.2. Anayasa Mahkemesi'nin Yapısı ve Görevleri.....	77
4.3. Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.2021 Tarihli ve 2019/10634 Esas Sayılı Kararı.....	78
4.3.1. Kararın konusu .....	78

4.3.2. Somut olay .....	78
4.3.3. Derece mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hükmü.....	79
4.3.3.1. Derece mahkemeleri süreci.....	79
4.3.3.2. Anayasa Mahkemesi hükmü .....	79
4.3.4. Değerlendirme .....	79
<b>4.4. Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2015 Tarihli</b>	
<b>ve 2014/12151 Esas Sayılı Kararı .....</b>	<b>83</b>
4.4.1. Kararın konusu .....	83
4.4.2. Somut olay .....	83
4.4.3. Derece mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hükmü.....	83
4.4.3.1. Derece mahkemeleri süreci.....	83
4.4.3.2. Anayasa Mahkemesi hükmü .....	84
4.4.4. Değerlendirme .....	84
<b>4.5. Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.2020 Tarihli</b>	
<b>ve 2017/4934 Esas Sayılı Kararı.....</b>	<b>86</b>
4.5.1. Kararın konusu .....	86
4.5.2. Somut olay .....	87
4.5.3. Derece mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hükmü.....	87
4.5.3.1. Derece mahkemeleri süreci.....	87
4.5.3.2. Anayasa Mahkemesi hükmü .....	88
4.5.4. Değerlendirme .....	88
<b>SONUÇ .....</b>	<b>91</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>93</b>

## KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AHR	Amerikan Hukuki Realizmi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
EHÇ	Eleştirel Hukuk Çalışmaları
EHÇK	Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
MSHS	Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
RSF	Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi

# GİRİŞ

Bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde hangi konuların ele alındığını belirtmeden önce çalışmanın ne amaçla yazıldığı, konuların hangi yaklaşım çerçevesinde ele alındığı, genel olarak hangi yöntemlerin kullanıldığı ve çalışmanın kapsamının ne olduğunun kısaca ifade edilmesi isabetli olacaktır.

Çalışmanın amacı en yalın haliyle hukukun incelenmesi hususunda Türkiye'deki eleştirel literatüre bir katkı sunmaktır. Hukukun eleştirel bir biçimde değerlendirilmesi açısından literatüre göz atıldığında Türkiye'deki çalışmaların Avrupa veya Amerika'daki gelişmeleri oldukça geriden takip ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Söz gelimi bu çalışmada temel dayanak noktası yapılan kuramsal kaynakların genel itibariyle 1970'lerin sonlarına kadar uzanan bir geçmişi vardır. Ancak hukukun eleştirel bir tutumla ele alınması hususunda Türkiye'deki literatür oldukça kısır görünmektedir. Ülkemizde hukuk, genel olarak pozitif hukuk olarak anlaşılmaktadır. Türkiye'deki hukuk araştırmaları da genellikle hukuk tekniğiyle ilgili, hukuk kurallarının ve yasaların açıklanmasına odaklanan çalışmalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Aktarılanlardan hareketle bu çalışmanın amacı daha belirgin hale gelmektedir. Bu bağlamda çalışmada basitçe, hukukun dar kalıplara sıkıştırılmış bir şekilde düşünülmesinden ziyade hukukun diğer sosyal disiplinlerle birlikte özellikle de sosyolojik boyutunu hesaba katarak değerlendirilmesinin gerekliliği vurgulanmak istenmiştir.

Çalışmanın oluşturulmasında kullanılan araştırma yöntemlerinden de bu noktada bahsetmek yararlı olacaktır. Okuduğunuz çalışma nitel araştırma yaklaşımını benimseyen bir çalışmadır. Nitel araştırmalar modern toplumların karmaşık yapısının çözümlenmesi ve sosyal yaşamın çeşitli boyutlarının incelenmesine olanak veren bilgi üretme biçimlerinden biridir. Özellikle sosyoloji gibi sosyal bilim disiplinlerinde sıklıkla kullanılan bu yaklaşım insan doğası ve sosyal yaşamın karmaşık yapısını anlama ve çözümlemede farklı bakış açılarını bir araya getirme potansiyeline sahip olmasından ötürü tercih edilmiştir. Çalışmada nitel araştırmalarda kullanılan veri toplama araçlarından doküman ve metin analizi tercih edilmiş, araştırılan konu ele alınırken mevcut ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler, konuyla ilgili çeşitli raporlar ve mahkeme kararları incelemeye dahil edilmiştir. Toplanan verilerin değerlendirilmesi hususunda ise betimsel analiz yöntemi benimsenmiş, incelenen

metinlerden elde edilen bulgular kavramsal ve kuramsal çerçeve ışığında yorumlanarak aktarılmıştır.

Çalışmanın esas konusu ifade özgürlüğüyle ilişkilidir. Bu bakımdan kavramsal ve kuramsal dayanakların aktarılmasından sonra insan hakları temelinde ifade özgürlüğü eleştirel bir perspektiften değerlendirilmiş ve öznel bir tercihle seçilen Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade özgürlüğü konusu aktarılan kuramsal dayanaklar ışığında yorumlanmaya çalışılmıştır.

Okuduğunuz çalışma genel itibariyle genelden özele doğru ilerleyen bir izleğe göre kaleme alınmıştır. Bu kapsamda çalışmanın birinci bölümünde öncelikle sosyoloji ve hukuk sosyolojisi arasındaki bağlantı vurgulanmış ve hukuk kavramının hangi düzeylerde sosyal bilimler açısından araştırma konusu yapıldığına değinilmiştir. Devamında hukuka sosyolojik yaklaşım vurgusunu güçlendirmek adına Eugen Ehrlich'in 'yaşayan hukuk' kavramından bahsedilmiştir. Bunun yapılmasındaki amaç, çalışmanın geri kalanıyla birebir bağlantı kurulmasından ziyade genel hatlarıyla hukuk sosyolojisinin hukuku ele alış şeklini belirtmek ve hukuka sosyolojik yaklaşım açısından önemli görülen bir perspektifi sunmaktır. Birinci bölümün sonunda ele alınan hukuk devleti kavramsallaştırması ise çalışma boyunca incelenen insan hakları, ifade özgürlüğü gibi konuların tartışıldığı ana zemini oluşturması sebebiyle genel hatlarıyla kısaca ifade edilmiştir. Aktarılanlardan hareketle 'Kavramsal Çerçeve' başlıklı birinci bölümün, asıl araştırılan konuya geçişin sağlanması açısından giriş mahiyetinde kurgulandığı akılda tutulmalıdır.

Çalışmanın ikinci bölümü 'Kuramsal Çerçeve' başlığını taşımaktadır. Adından da anlaşılacağı üzere ikinci bölümde çalışmanın genelinde dayanak noktası olarak kullanılan teorik kaynakların aktarımına yer verilmiştir. Araştırma süresince hukuku ele alırken eleştirel bir değerlendirme yapılmak istenmiş, dolayısıyla Eleştirel Hukuk Çalışmaları adıyla anılan hukukun eleştirel biçimde değerlendirilmesine olanak veren literatür çalışma konusu yapılmıştır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları yerleşik hukuk anlayışına sarsıcı eleştiriler getirmesi ve dolayısıyla hukukun değişen toplumsal koşullar üzerinden yeniden düşünülmesini cesaretlendiren eleştirel bir tutumu canlandırması sebebiyle tercih edilmiştir. Bu kapsamda ikinci bölümde ilk olarak, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının hangi zaman ve koşullarda ortaya çıktığına değinilmiş, ardından Eleştirel Hukuk Çalışmalarının diğer hukuk kuramları nazarında ayrıışan nitelikleri ifade edilmiştir. Daha sonra Eleştirel Hukuk Çalışmalarının düşünsel anlamda etkilendiği ana kaynaklar öznel bir tercihle sınırlandırılarak iki alt başlık halinde aktarılmıştır. Teorik dayanaklara dair son olarak,

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının temel meselelerine değinilmiş ve üç alt başlık halinde Eleştirel Hareketin odaklandığı ana tezler aktarılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümü ‘İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü’ başlığını taşımaktadır. Bu bölüm genel olarak iki alt bölüme ayrılacak şekilde kurgulanmıştır. İlk kısımda insan hakları kavramı inceleme altına alınmış, ikinci kısımda ifade özgürlüğü konusu incelenmiştir. İnsan haklarını konu alan birinci kısım, esasen insan hakları düşüncesinin tarihsel gelişimine ve teorik anlamda hangi temeller üzerinde inşa edildiğine odaklanmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak, insan hakları kavramının hangi nitelikleri haiz olduğu ve sosyal bilimlerin konusu olması açısından hangi farklı boyutlarda algılanabildiği aktarılmış, daha sonra insan haklarının pozitif hukuk açısından ne anlama geldiği ve hangi biçimlerde belli başlı sınıflandırmalara tabi olduğu ifade edilmeye çalışılmıştır. Devamında insan hakları düşüncesinin temellerine dair bir inceleme yürütülmüş ve insan hakları fikrinin hangi anlayışlar ışığında meydana geldiği ortaya konmak istenmiştir. Ardından insan hakları düşüncesinin işaret ettiği hak kavramı iki farklı perspektiften kavrama yöneltilen eleştirilerle birlikte aktarılmış ve insan haklarının öznesinin kim olduğu, neyi işaret ettiği ifade edilmiştir. Üçüncü bölümün birinci kısmında son olarak insan hakları fikrinin genel anlamda eleştirisi üç boyutta ortaya konmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümün ikinci kısmı ifade özgürlüğü konusuna ayrılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak ifade özgürlüğünün içeriği ve kapsamına dair açıklamalar yapılmış, daha sonra ifade özgürlüğünün günümüz dünyası açısından önemine dair bir inceleme yürütülmüştür. Son olarak Türkiye’nin ifade özgürlüğü hususunda nasıl bir konumda olduğu çeşitli raporlar ve istatistiklerle belirtilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın dördüncü bölümü, genel olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının aktarılan kuramsal dayanaklar ışığında değerlendirilmesine ayrılmıştır. Bu kapsamda seçilen kararların olabildiğince güncel konulara odaklanan kararlar olmasına dikkat edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının değerlendirilmesi hususunda hukuk tekniği açısından geçerli ve isabetli bir karar incelemesi yapılmadığı belirtilmelidir. İncelenen kararların değerlendirilmesi süreci ikinci bölümde aktarılan kuramsal kaynaklar ışığında yapılan yorumlardan ibarettir.

# 1. BÖLÜM: KAVRAMSAL ÇERÇEVE

*“Kavramlar sadece dış süsler değil, aynı zamanda bir bilimsel düşünce yapısının inşası için gerekli olan aletlerdir.”*

*E. Ehrlich*

## 1.1. Giriş

Okuduğunuz çalışma, en genel hatlarıyla bakıldığında ele aldığı konuların içeriği itibariyle bir sosyal bilimler ürünüdür. Sosyal bilimlerin ayrışan disiplinleri temelde aynı toplumsal gerçekliğe değişik açılardan, farklı kavram setlerinden yararlanarak yaklaşılır. Kavramlar duyu organlarımızla algılayamayacağımız soyut, düşünsel araçlardır ve maddi bir gerçekliği işaret ediyor olsalar bile özlerindeki bu soyutluktan dışlanamazlar. Kavramların zihinlerimizin bir yaratısı olduğundan yola çıkarak onların kişiden kişiye, konudan konuya hatta mekandan mekana değişiklik gösterdiğini, farklı bakış açılarından değerlendirildiğinde yeni anlamlar üretilmesine imkan verdiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla basitçe sosyal bilimlere çalışma alanı olarak belirleyen bir kimsenin öncelikle incelediği, sorguladığı ve yeni fikirler yaratmak için birer araç olarak kullandığı temel kavramlara ilişkin genel anlayışı araştırması gerekmektedir. Bu noktadan hareketle, çalışmanın kuramsal içeriğinin aktarılmasından ve temel tartışmanın yürütülmesinden önce araştırma boyunca sıklıkla başvurulacak temel kavramların hangi açılardan ele alındığının başlangıçta ifade edilmesi oldukça önemlidir.

Ancak tam da bu noktada belirtmek gerekir ki, bu kısımda bahsedilen temel kavramlara ilişkin felsefi bir sorgulama gayretine düşülmeyecektir. Yalnızca bahsedilen kavramların genel olarak nasıl yorumlandığı ve çalışmanın yaklaşımına hangi bağlamlarda oturtulabileceğinin tespitiyle yetinilecektir. Spesifik kavramların detaylı olarak anlatılmasından ziyade sosyoloji, hukuk, hukuk sosyolojisi, klasik hukuk anlayışı, sosyolojik hukuk yaklaşımı, hukuk devleti gibi temel odak noktalarına değinilecektir.

Sonuç olarak, “Kavramsal Çerçeve” başlığı altında ilk olarak sosyolojiden hukuk sosyolojisine nasıl bir geçişin yaşandığı kısaca aktarılacak, daha sonra genel olarak hukuk kavramı ve hukukun sosyolojiyle olan ilişkisi ve yaşayan hukuk kavramı ifade edilecek, ardından çalışmanın eleştirel yaklaşımının yöneldiği temel zemini oluşturan hukuk devleti kavramı incelenecektir.

## 1.2. Sosyoloji ve Hukuk Sosyolojisi

Hukukun ne anlama geldiği ve sosyolojiyle nasıl bir ilişki içerisinde olduğunu incelemeyen önce bir bilim olarak sosyolojinin mahiyetinden kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. Sosyoloji günümüzde hala sıklıkla yeni bir bilim olarak anılmaktadır. Ancak buradaki “yeni” kısmen tartışmalı bir tanımlamadır. Sosyoloji doğa bilimlerine göre veya tarih, felsefe, iktisat, hukuk gibi bilim dallarına göre yeni olarak nitelenebilir, ancak sosyolojinin kökenlerini oluşturan düşünsel gelişimleri de hesaba katarsak üç yüz seneyi aşan bir mazisi olduğu görülmektedir. Bu bağlamda sosyolojiyi yeni bir bilim olarak anmak ezbere dayalı bir ifade biçiminin sonucudur denilebilir.

Sosyoloji en basit ve geçerli tanımıyla toplum bilimidir. Her bilimde olduğu gibi, sosyolojinin de amacı çalışma nesnesi olan “toplumu” anlamaya ve çözümlenmeye dayalıdır. Burada önemle belirtilmesi gereken bir husus da şudur ki, toplumla ilgili çalışmalar ilk kez sosyolojinin bir bilim olarak kurumsallaşmasıyla başlamamıştır. Bugün sosyolojinin öncülleri olarak sayılan isimler toplum teorisinin ilk adımlarını atmışlardır. Ancak günümüzde sosyoloji denildiğinde kendi inceleme nesnesi olan, özgül metodoloji ve kavramsal çerçeve setlerine sahip yerleşik bir akademik disiplinden bahsedilmektedir. Bu anlamıyla sosyoloji 19. yüzyılda modernite koşullarında ortaya çıkmıştır. Sosyolojinin tarihiyle ilgili bilgiler aktaran hemen her kitapta sosyolojinin ortaya çıkması ve gelişimiyle ilgili olarak iki toplumsal olay öne çıkmaktadır: Fransız Devrimi ve Sanayi Devrimi. Aydınlanma Dönemi’nin geleneksel yapıları yıkararak, rasyonel özne olarak konumlanan bireyi ön plana çıkarmasıyla büyük toplumsal değişimlerin fitili ateşlenmiştir. Bu değişimlerin belki de en büyük çaplı olan Fransız Devrimi toplumsal yapının temelden dönüşümüne ve siyasal iktidarın kullanım şeklinin değişimine vesile olmuştur. Sanayi Devrimi ise mevcut üretim biçiminin ve üretim ilişkilerinin temelden değişmesine yol açmıştır. Bu iki toplumsal olayın yarattığı geniş çaplı değişim dalgaları entelektüel alanda da etkisini göstermiştir. Günümüzde modern çağ olarak anılan tarihsel dönem Aydınlanma ve Sanayi Devrimi’nden sonrasını ifade etmek için kullanılmaktadır. Bu bağlamda sosyolojinin çalışma nesnesi olarak belirlediği toplum kavramı modern çağın modern toplumlarını işaret etmektedir.

Sosyoloji yukarıda bahsedilen bağlamda kuruluş ve gelişim aşamasında bir bilim olarak modern toplumları inceleyen bir bilim dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bugün klasik sosyoloji kuramları olarak anılan kuramlar geniş çaplı kuramsal analizlere odaklanmışlar ve toplumun geneline ilişkin bir çerçeve çizmeye gayret etmişlerdir. Ancak



sosyoloji sosyal bilimlerin temeli olarak görülmeye başlandıktan sonra giderek daha karmaşık bir bilimsel saha haline gelmiştir. Bu karmaşıklık hiç kuşkusuz sosyolojide uzmanlaşmayı beraberinde getirmiştir. Uzmanlaşmanın toplumsal olgunun karmaşıklığı ve bunu incelerken kullanılan metotların farklılıklarından, genel sosyolojinin ideolojik engeller yüzünden bir üst sınır belirleyememesinden ve eğitim alanındaki farklılaşmalardan dolayı ortaya çıktığı söylenebilir (Işıқтаç ve Koloş, 2015: 29). Sosyolojideki uzmanlaşma toplumun çeşitli boyutlarda ele alınmasının kapısını aralamıştır. Toplumu anlamının ve incelemenin tek bir yolu olmadığı gibi, toplum hakkında yapılan sorgulamaların sahası da kuruluş aşamasındaki geniş çaplı analizlerden daha spesifik alanlara kaymıştır.

Sosyolojiyle ilgili yapılan bu kısa girişin ardından çalışmanın asıl yönelimine yani hukuk sosyolojisine geçmek yararlı olacaktır. Hukuk sosyolojisi yukarıda anılan sosyolojideki uzmanlaşmanın kaçınılmazlığı neticesinde ortaya çıkmıştır. Hukuk bir bilim olarak sosyolojiden çok daha eski bir geçmişe sahiptir. Ancak egemen hukuk anlayışı hukuku kapalı, kendi içinde mantıksal bir sistem olarak görmektedir. Bu bağlamda pozitif hukuk ya da dogmatik hukuk denilen alan devlet aygıtı tarafından yaptırıma bağlanan hukuk normlarıyla ilgilenmektedir. Hukukun sözlük tanımına bakıldığında dogmatik hukukun hukuku ele alış biçimine paralel bir tanım yapıldığı görülmektedir. Yani basitçe hukuk bir normlar sistemi olarak ifade edilmektedir. Ancak tarihsel olarak bakıldığında hukuk sosyolojisinin genel sosyolojiden ayrı kendine özgü bir bilim dalı olarak doğmasına da bu tarz katı mantıksal ve kavramsal tutumun yol açtığı görülmektedir (Türkbağ, 2008: 44). Bu bağlamda hukuku yalnızca norm açısından kavramak onun toplumsal yanının göz ardı edilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla hukuk sosyolojisinin ilgisi sosyal bir olgu olarak hukuktur. Hukuku toplumsal yaşamın bir ürünü veya sonucu olarak görmek, onun insan davranışlarına yön verme ve düzenleme kudretini hesaba katmak yani temelde bir toplumsal yapı olarak hukuku algılamak sosyolojik yöntemlerin kullanılmasını gerektirmektedir (Topçuoğlu, 1960: 107).

Sonuç olarak, klasik hukuk bilimi hukuk kurallarıyla ilgilenirken, hukuk sosyolojisi hukuk kuralları ve normlarla alakadar olmaktansa, bu kural ve normları ortaya çıkaran, yaşatan ve öldüren toplumsal etkenlerle ilgilenmektedir. Bu bağlamda hukuk sosyolojisinin konusu hukukun kurallar ve normlar içeren kısmı olmayıp, toplumsal gerçeklik temelinde hukuk gerçekliğidir (Hirsch, 2001: 256).

### 1.3. Hukuk Kavramı ve Yaşayan Hukuk

#### 1.3.1. Hukuk kavramı

Hukukun ne olduğu sorusuna verilebilecek birçok isabetli yanıt olmakla birlikte sosyal bilimler literatürüne göz atıldığında anlaşılıyor ki hukukun eksiksiz bir tanımını yapmak pek de olanaklı değildir. Hemen her kavramda olduğu gibi hukuk da kendisini belli başlı açılardan ele alan araştırmacının kendi perspektifinden farklı anlamlar çıkarabilmesine olanak sağlar. Söz gelimi hukuku meslek edinen kişiler açısından hukuk, yasalar ve yasaların hükmü altında yürütülen yargılama faaliyetlerinden ibaret olabilir. Bir avukat için, dipsiz bir kuyu gibi görünen mevzuatı bilmek, karmaşık hukuki kuralları anlayıp yorumlamak, müvekkil adına yürütülen savunma faaliyetinde usulle ilgili süreçleri eksiksiz takip etmek ve nihayetinde bu bağlamda mesleğin gerektirdiği teknik donanımına sahip olmak pekala yeterli görülebilir. Hukukun temelde bir araç olarak görüldüğü böylesi durumlarda, onun ihtiva ettiği anlam oldukça açıktır ve hukukun ne olduğu üzerine fazlaca bir sorgulamaya gerek yoktur. Ancak hukuku dar anlamda bir mesleki faaliyet alanı veya toplumu düzenleyen kurallar bütünü olarak kavramaktan ziyade daha geniş bir şekilde konumlandırmak da mümkündür.

Hukukun daha geniş bir perspektiften her türlü alanda araştırılmasını ifade eden ve bu bağlamda sıklıkla kullanılan terim hukukbilim (*jurisprudence*) olarak karşımıza çıkmaktadır. Cotterrell'e göre, hukukbilim neyi içerdiğinden ziyade ne olmadığına bakılarak tanımlanabilir. Bu noktadan hareketle hukukbilim, hukuk hakkında yapılan teknik ve doktrinle ilgili yorumların dışında kalan her tür entelektüel sorgulamayı kapsayan nitelikte bir çalışma alanıdır ve bir disiplin olarak hukukun teorik kısmı olarak ifade edilmiştir (Cotterrell, 2018: 18). Aslına bakılırsa hukukbilim denilen ve yukarıda kısaca tanımı yapılan çalışma alanı oldukça kapsayıcıdır ve hukuka dair her türlü sorgulamayı içine alıyor gözükmektedir. Ancak bu türden bir kapsayıcılığın pek de işlevsel olduğu söylenemez. Bu bağlamda hukukbilimin alt disiplinlere bölünmesi, daha spesifik, özgül araştırma ortamları yaratılabilmesi açısından önemlidir.

Hukukun toplumsal bilimlerin konusu olması açısından üç temel alanın varlığından söz edilebilir. Bunlar genel olarak hukuk dogmatikliği, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi alanlarıdır (Işıқтаç ve Koloş, 2015: 31). Hukuk dogmatikliği, ya da bir başka ifadeyle pozitif hukuk bilimi hukuku, insanların toplumla ve birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünü şeklinde kavramaktadır. Bu bağlamda hukuk, toplumsal hayatı şekillendiren

ve “olması gereken” şeklinde bir sosyal mühendislik durumu yaratan, uyulması kamu gücüyle zorlanan kurallar bütünü şeklinde anlaşılmaktadır. Yani denilebilir ki pozitif hukuk biliminin çalışma nesnesi toplumsal hayatı şekillendiren, insanların birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen, belli bir yer ve zamanda yürürlükte olan hukuk normlarıdır. Hukuk dogmatığının bu çerçevede temel odak noktası daha öncede belirtildiği gibi hukuki normlardır. Dolayısıyla pozitif hukuk bilimi, anayasa, yönetmelik, yargı kararları ve benzeri hukuki dokümanlarda yer alan kuralların ne denli toplumsal gerçekliğe uygun oldukları, adil olup olmadıkları, eşitliği sağlayıp sağlamadıkları gibi soruları ilgi alanına dahil etmemektedir. Hukukun sosyal bilimlerin konusu olması açısından bahsedilen üç temel alandan ikincisi hukuk felsefesidir. Hukuk felsefesi en genel anlamda adından da anlaşılacağı üzere felsefenin bir dalıdır. Hukuk felsefesinin cevaplama gayretinde olduğu sorulara bakmak, hukuk felsefesiyle uğraşan kimselerin hukuk olgusuna nasıl yaklaştığının anlaşılması açısından önemlidir. Bu bağlamda hukuk felsefesi hukuk nedir, nasıl olmalıdır, hak nedir, adalet mümkün müdür, eşitlik mümkün müdür gibi sorgulamalar yapmaktadır. İlgilendiği kavram setleri itibariyle hukuk felsefesiyle hukuk sosyolojisi belirgin sınırlar dahilinde birbirinden ayrılamamaktadır. Hukuk felsefesinde genel olarak kavramsal açıklık ön plandadır ve hukuk sosyolojisiyle felsefesi arasındaki farklılık temel olarak vurgu farklılığıdır. (Cotterrell, 2018: 19). Son olarak, daha önce de bahsedildiği gibi hukuk sosyolojisi ise hukuku sosyal bir olgu olarak araştırmanın merkezine koymakta ve hukuku sosyal gerçeklik düzleminde incelemektedir.

### **1.3.2. Yaşayan hukuk kavramı**

Eugen Ehrlich’in hukuk kavramı ve hukukun sosyolojik bir yaklaşımla değerlendirilmesi bakımından sosyal bilimler literatürüne katkıları oldukça önemlidir. 1913 yılında “Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri” isimli meşhur kitabı yazan Eugen Ehrlich, hukuk sosyolojisinin kurucuları arasında kabul edilir (Timasheff, 1941: 233). Ehrlich’in bir bilim olarak sosyolojinin mahiyetine ve hukukun sosyoloji içerisinde nerede konumlandığına dair tespitleri aslında bu çalışmadaki yaklaşımın temel taşlarını oluşturmaktadır. Onun hukuku geniş bir açıdan kavrama şekli ve hukukla toplum arasında kurduğu dinamik bağlantı hukukun sosyolojik bir yaklaşımla ele alınması açısından ufuk açııcıdır.

“Şu anda ve tüm zamanlarda, hukuki gelişmenin ağırlık merkezi yasamada, hukuk tekniğinde ya da mahkeme kararlarında değil, toplumun kendisinde yatmaktadır. Bu cümle herhalde hukuk sosyolojisinin temel ilkelerini açıklamaya yönelik her girişimin özünü barındırmaktadır” (Ehrlich, 2019: Önsöz).

Ehrlich’in hukuku toplumsal gerçeklik içerisinde nerede konumlandığına ve hukuka dair nasıl bir anlayış geliştirdiğine değinmeden evvel onun sosyal bilimler içerisinde hukuk sosyolojisini nasıl algıladığına ve teorik bir saha olarak hukuk sosyolojisini nereye koyduğuna bakılması gerekmektedir. Ehrlich, 20. yüzyılın başlarında yazdığı yukarıda ismi anılan eserinde, Comte’un sosyolojiyi kurarken toplumu bilimin nesnesi haline getirmesine değinmiş ve sosyal bilimler teriminin insan toplumlarına ilişkin bilimsel bir çabayı ifade ettiğini dile getirmiştir. Aynı zamanda sosyal bilimlerin insan toplumlarına ilişkin teorik ve pratik her türdeki bilimi kapsadığını belirtmiştir (Ehrlich, 2019: 31). Sosyal bilimlerin kapsayıcılığını teslim eden Ehrlich’e göre bu terimin içerisinde yer alan sosyoloji ise toplumun teorik bilimidir. Yukarıdaki hukuk kavramı kısmında da belirtildiği üzere hukukbilim, hukukun hem teorik hem de pratik bilimlerini kapsamaktadır. Tam da bu noktada Ehrlich, hukukun teorik kısmıyla pratik kısmının birbirinden ayrılmasının zorunluluğuna işaret etmiştir. Ona göre, hukuk sosyal bir olgu olmasından ötürü her türlü hukukbilim bir sosyal bilim ürünüdür ancak hukukun pratik kısmının dışında kalan hukuk bilimi, sosyolojinin bir parçasıdır ve bu bağlamda hukuk sosyolojisi hukukun teorik bilimidir (Ehrlich, 2019: 32).

Bu bölümde asıl olarak Ehrlich’in ‘yaşayan hukuk’ kavramsallaştırmasına dair bir inceleme yürütülecektir. Ancak yaşayan hukuk kavramına geçmeden önce Ehrlich’in toplum düşüncesini yani toplumdan kastının ne olduğunun açıklanması gerekmektedir. Ehrlich, toplumu birbirleriyle karşılıklı ilişkileri olan insan birliklerinin toplamı olarak tanımlamıştır (Ehrlich, 2019: 33). Ehrlich’in insan birlikleri veya toplumsal birlikler diyerek kast ettiği, aslına bakılırsa insanların karşılıklı ilişki içerisinde olduğu, etkileştiği ve birbirlerini az ya da çok algılayabildikleri hemen her toplumsal birlikteliği kapsamaktadır. Toplumsal birlikler; aileler, dini veya siyasi örgütler, şirketler, sosyal sınıflar, meslekler, uluslar ve devletler gibi nispeten istikrarlı sosyal ilişki ağlarını içermektedir (Cotterrell, 2009: 89). Toplumsal birlikler ise birbirleriyle olan ilişkilerinde belli davranış kurallarını kabul eden ve davranışlarını bu kurallara göre düzenleyen insanların çokluğu olarak tanımlanmıştır. Ehrlich’e göre, bahsedilen davranış kuralları oldukça çeşitlidir. Ona göre, hukuk kuralları, ahlak kuralları, din kuralları, terbiye kuralları, görgü kuralları vb. kurallar bir bütün halinde davranış kurallarını oluşturmaktadır. Bahsedilen davranış kuralları doğası gereği toplumsal

birliğin üyelerine yönelik soyut emir ve yasaklardır ve bundan dolayı norm olarak tanımlanmışlardır. Ehrlich, bahsedilen davranış kurallarını sosyal gerçekliğin bir ürünü olarak görmekte ve bunların toplumda işleyen belli süreçlerin sonucunda ortaya çıktıklarını dile getirmektedir. Bundan ötürü, davranış kurallarının toplumdan ayrı ele alınamayacağını ifade etmiştir. Ona göre, toplumsal birlikleri davranış kuralları ayakta tutmaktadır. Kurallar zayıfladıkça sosyal birliğin organizasyonu zayıflamakta, etkinliklerini kayb ettiklerinde ise topluluk dağılmaktadır (Ehrlich, 2019: 47-48).

Ehrlich'in toplumu oluşturan sosyal birlikler ve bu birlikleri düzenleyen normlar hakkındaki açıklamalarından sonra hukuku nasıl tasavvur ettiğine geçmek isabetli olacaktır. Ehrlich, yukarıda sayılan her sosyal birliğin hukuk normlarınca şekillenmediğini ve yalnızca hukuk normlarınca düzenlenen sosyal birliklerin hukuk düzeninin kapsamına girdiğini belirtmiştir. Bu bağlamda hukuk sosyolojisi, hukuk düzenine dahil olan, hukuk normlarını temel alan sosyal birliklerle ilgilenmektedir (Ehrlich, 2019: 48). Ona göre, hukuk toplumsal birliklerin içsel düzenidir ve bu düzen hukuki normlar tarafından belirlenmektedir. Bu noktada Ehrlich, hukuki normlarla hukuki önermelerin birbiriyle karıştırılmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Hukuki önerme, bir hukuk kuralının herkesi bağlayacak biçimde kanunda ifade edilmiştir. Buna karşılık, hukuki norm ise buyruktur, davranış kuralıdır ve herhangi bir kanunla düzenlenmesine gerek olmadan toplumsal birliklerin içerisinde varlığını sürdürebilmektedir (Ehrlich, 2019: 44).

Ehrlich'in sosyolojik yaklaşımına göre, hukukun merkezini, onun normatif yapısını ve temel otoritesini sağlayan toplumsal birlikler oluşturmaktadır. Hukukun çevresi ise devlet ve yargısal faaliyetlerden meydana gelmektedir (Cotterrell, 2009: 87). Bir başka ifadeyle, Ehrlich hukukun asli kaynağının toplumun kendisinde, tali kaynağının ise devletin vazettiği hukuki önermelerde olduğunu ifade etmektedir. Buradan hareketle, Ehrlich egemen hukuk anlayışının barındırdığı tutarsızlığa dikkat çekmektedir. Ona göre egemen hukuk anlayışı hukuku, hukuki önermeler bütünü olarak görmektedir (Ehrlich, 2019: 41). Halbuki yargılama faaliyetleri sürecinde, karar hukuki önermelere göre değil, hukuki olgulardan türeyen maddi olgulara göre tesis edilmektedir.

“Hukukçuların diliyle söyleyecek olursak, çok daha fazla sayıda davada karar hukuka değil maddi olaylara (olgulara) dayanılarak verilmektedir. Ve maddi olaylar, hakimin tanıklıklara ve uzman görüşlerine, sözleşmelere, mirasçılar arasındaki anlaşmalara ve vasiyetnamelere başvurarak hakkında bilgi edindiği insan birliklerinin dahili düzeniyle ilgilidir. Bugün bile,

tıpkı ilkel zamanlarda olduğu gibi, insanların alın yazısı, çok daha büyük ölçüde, hukuki önermelerden ziyade birliklerin iç düzeni tarafından belirlenmektedir” (Ehrlich, 2019: 42).

Ehrlich’in hukukun merkezini toplumsal birliklerin içsel düzeninde görmesi, hukuku anlamanın yolunu yalnızca hukuki olguların incelenmesinde gördüğü anlamına gelmemektedir. Ehrlich hukukun incelenmesi hususunda çoğulcu bir yaklaşımı benimsemiştir. Bir anlamda, hukuki olguların incelenmesinde hukuki önermenin yanı sıra bu olguların yaratılmasına sebep olan bütün sosyal faktörler de değerlendirmeye katılmalıdır (Ehrlich, 2019: 469). Ancak egemen hukuk anlayışı, bütün hukukun hukuki önermeler olduğunu varsaymaktadır (Ehrlich, 2019: 481). Bu bağlamda, Ehrlich’in pratik hukuk tekniği olarak belirttiği alan yalnızca pozitif bir hukuk sistemine ait hukuki önermelerle ilgilenmektedir (Ehrlich, 2019: 472). Oysa hukuki önermeler yalnızca mahkemelere veya kamu görevlilerine davalarda nasıl karar verileceğine dair sözcüklerle çerçevelenmiş bir talimattan ibarettir. Modern hukukçu, hukuk kelimesinden genel olarak hukuki önermeleri anlamaktadır. Çünkü hukuki önermeler, hukukçunun gündelik pratik ihtiyaçlarını karşılamak için yaratılmışlardır (Ehrlich, 1922: 132).

“Hukukun başlangıcını, gelişimini ve doğasını açıklamak için her şeyden önce birliklerin düzenini araştırmalıyız. Bugüne kadar hukukun doğasını anlamaya yönelik tüm girişimler başarısız olmuştur zira bu araştırmalar birliklerin düzenini değil, hukuki önermeleri temel almıştır” (Ehrlich, 2019: 44).

Dolayısıyla, Ehrlich etkin bir hukuk incelemesinin yalnızca hukuki önermeleri temel olarak yapılamayacağını savunmuştur. Yani hukuk sosyolojisi odağını soyut olana değil somut olana yöneltmelidir. Bundan ötürü hukukun sosyolojik bir veçhede incelenmesi işine ‘yaşayan hukukun’ ortaya çıkarılmasıyla başlanmalıdır (Ehrlich, 2019: 494). Ehrlich’in çoğulcu yaklaşımı devletin oluşturduğu hukukun yanında toplumda işleyen ‘yaşayan hukukun’ da hesaba katılmasını işaret etmektedir. Ehrlich yaşayan hukuku, hukuki önermelerle vazedilmemiş olsa da sosyal yaşama hükmeden hukuk olarak tanımlamıştır (Ehrlich, 2019: 487). Bu bağlamda yaşayan hukuk, toplumun hukuki düzeninin temelini teşkil etmektedir (Ehrlich, 2019: 495-496).

“O halde, yalnızca kanun koyucunun yürürlüğe koyduğunun, din kurucusunun ilan ettiğinin ya da filozofun öğrettiğinin ne kadarının mahkemelerce uygulandığını ne kadarının minberlerde vazedildiğini ya da kitaplarda ve okullarda öğretildiğini değil, aynı zamanda ne kadarının gerçekten yaşandığını da her zaman sormak gerekir. Sadece hayatın bir parçası haline gelmiş olan kural yaşayan bir norma dönüşmüştür; diğer her şey salt doktrindir, karar normudur, dogmadır ya da teoridir” (Ehrlich, 2019: 49).

Sonuç olarak, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde fazlasıyla referans verilmeyecek olsa bile, Eugen Ehrlich'in toplum düşüncesinden ve yaşayan hukuk kavramından burada kısaca bahsedilmesinin amacı, hukuku salt normların oluşturduğu kapalı bir sisteme hapsedmenin toplumsal bir olgu olan hukuku anlamaya ve incelemeye yetmeyeceğini vurgulamaktır. Hukuk sosyolojisi, hukuku toplumsal bir fenomen olarak ele almakta ve onu diğer sosyal fenomenlerde olduğu gibi belli sosyal güçlerin karşılıklı etkileşiminin bir ürünü olarak görmektedir. Bu çalışmanın genel veçhesini de hukukun sosyal karakterine yapılan bu vurgu oluşturmaktadır. Yani basitçe hukuk, egemen hukuk anlayışının varsayımlarının aksine yalnızca devlet veya uluslararası hukuk yaratımını gerçekleştiren bazı kurumların vazettiği hukuki önermelerle sınırlı değildir. Hukukun kaynağının yalnızca devletin hukuku olmadığını işaret etmesi bakımından Ehrlich'in yaklaşımı ufuk açııcıdır. Ehrlich bir bakıma, hukukçuların dünyasını daha geniş bir perspektiften vatandaşların sosyal deneyim dünyalarıyla ilişkilendirmiş ve hukuki gelişmenin ağırlık merkezinin hukukçuların ve kamu görevlerinin olağan çalışma ortamlarının dışında olduğunu savunmuştur (Cotterrell, 2009: 75). Dolayısıyla, Ehrlich'in hukuku çoğulcu bir yaklaşımla, devletin yarattığı hukukun yanı sıra toplumun kendisinde ortaya çıkan yaşayan hukukla birlikte tasvir etmesi hukuk düşüncesinin gelişimi açısından oldukça önemlidir.

#### **1.4. Hukuk Devleti Kavramı**

Bu çalışmanın incelediği ve sorguladığı kavramların vücut bulduğu ana zemini hukuk devleti kavramı oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, ileriki bölümlerde ele alınacak olan insan hakları ve ifade özgürlüğü konularının, kuramsal çerçevede aktarılacak teorik enstrümanların ve liberal düşünceye yöneltilen eleştirilerin ve nihayet değerlendirilecek yargı kararlarının hayat bulduğu ve tartışıldığı arka planı hukuk devleti kavramı oluşturmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti kavramıyla neyin kast edildiği, hukuk devletinin görünürde hangi prensipleri içerdiği ve toplumsal gerçeklik içinde nerede konumlandığının ifade edilmesi gerekmektedir.

Hukuk devleti kavramı en yalın haliyle, Antik Yunan'dan beri insanlığın tartıştığı hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan siyasi yönetim biçimini ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak hukuk devletinin tek ve eksiksiz bir tanımının olduğu söylenemez. Hukuk devleti belirli bir siyasi örgütlenme biçimini imleyen bir kavram olmasından ötürü siyasi bir ideal olarak görülmektedir (Özenç, 2016: 15). Kavrama ilişkin toplumsal veya

siyasi görüşlerin çeşitliliği neticesinde hukuk devleti tanımlamaları haliyle değişkenlik göstermektedir. Söz gelimi günümüzde egemen olan liberal anlayışın hukuk devleti tanımları belirli prensipler dahilinde bu siyasi idealin gerçekleşebileceğini ve mümkün kılınabileceğine işaret ederken, çatışmacı yaklaşım ekseninde hukuk devleti kavramına yaklaşanlar açısından ise toplumsal hayatta baskıyı ve sömürüyü gizleyen, asıl iktidarı hukuk devleti maskesiyle görünmez kılan bir yapıyı imlemektedir.

Çalışmanın temel zemini olarak incelemelerin ve eleştirilerin yöneltileceği ana noktanın hukuk devleti kavramı olduğu daha önceden belirtilmişti. Bu yüzden, taşıdığı farklı anlamlara rağmen hukuk devletinin ayırt edici özelliğinin ne olduğunun ifade edilmesi ve bu çalışmadaki yaklaşımın keskinleştirilmesi gerekmektedir. Hukuk devleti temel olarak siyasi bir örgütlenme biçimini anlatmak için kullanılırken, hukukun üstünlüğü ise bu organizasyon şeklinin dayandığı temel ilkeyi belirtmektedir. Ancak hukuk devletinin diğer siyasi biçimlerden ayrılan en çarpıcı özelliği siyasi iktidarın hukuk aracılığıyla sınırlandırılmasıdır (Özenç, 2016: 173). Tam da bu noktada, Weber'in meşhur otorite tiplerinden bahsetmek yararlı olacaktır. Weber'in kavramsal bir araç olarak kullandığı otorite türleri sınıflaması modern devletin niteliğini anlamada etkili olsa da, Weber'in bu üçlü sınıflandırmasının her biri teker teker incelenmeyecek, yalnızca rasyonel yasal otorite olarak nitelendirdiği hukuk devletiyle özdeşleşirebileceğimiz otorite türü hakkında açıklama yapılacaktır. Weber'e göre (2017: 36-38), yasal ve siyasi kurumun en tipik örneği devlettir ve siyasi bir birlik olarak modern devleti diğer kuruluş türlerinden ayıran en önemli özellik fiziksel güç kullanma tekeline sahip olmasıdır. Bu bağlamda zorlayıcı güçle kontrol yasal otorite türü için söz konusudur ve dolayısıyla bir devletin tüm vatandaşları yasayla bağlı olduklarından zorlayıcı, egemen güç tarafından kontrol edilmektedirler (Weber, 2017: 37). Weber'in sosyolojisinde önemli bir yer tutan ve rasyonel yasal otorite içerisinde incelediği temel kavram bürokrasidir. Bürokrasinin gelişmesinde ise kapitalist sistem önemli bir rol oynamıştır. Weber, kapitalizmin istikrarlı ve hesaplanabilir bir yönetim biçimine gereksinimi olduğundan hareketle, bürokrasinin büyük ölçekte toplumdaki her örgütün merkezi unsuru olacağını savunmaktadır. Ayrıca Weber'e göre, kapitalizm bürokratik bir yönetim için en rasyonel ekonomik temeli oluşturmaktadır (2017: 60). Yukarıdaki açıklamalardan hareketle denilebilir ki, Weber'in rasyonel yasal otorite olarak nitelendirdiği aslında siyasi örgütlenmesini hukuk devleti şeklinde yapan modern devlettir.

Temas edilmesi gereken bir diğer önemli husus, hukuk devletinin, ortaya çıktığı dönemin egemen ideolojisi olan liberalizmin temel değerleriyle olan sıkı ilişkisidir. Bu



bağlamda, hukuk devleti liberalizmin özündeki özel mülkiyet ilişkilerini ve kişisel özgürlüklerin korunmasını sağlayan ilkeler bütünü şeklinde görülmektedir. Ayrıca hukuk devletinin ortaya çıkışı ve gelişiminin kapitalist üretim ilişkileriyle eş zamanlı oluşu yolundaki tespit oldukça önemlidir (Özenç, 2016: 18). Bir başka deyişle, kapitalist üretim ilişkilerinin hız kazanmasıyla birlikte siyasi ve iktisadi alandaki büyük dönüşümün dayanağı olan liberalizmin ilke ve değerlerinin korunması, siyasi iktidarın bu anlamda hukuk aracılığıyla sınırlandırılması şeklinde kendini göstermektedir.

Hukukun üstünlüğü kavramının ilk ortaya çıktığı Antik Yunan zamanlarında siyasi hayatın ve düşüncenin meşgul olduğu en temel konu ahlaktı. Yurttaşlar, ahlaki bir topluluk olarak görülmekle birlikte asıl mesele topluluğun ahlaki hayatının düzenlenmesiydi (Özenç, 2016: 22). Bu bağlamda, bahsedilen dönemde hukukun işlevi adaletin sağlanmasına yönelikti. Günümüzdeki hukuk anlayışına bakıldığında ise hukukun adaleti sağlama işlevi yerini eşitlik ve özgürlük temelinde tanımlanan bir hukuk düşüncesine bırakmıştır. Günümüz dünyasında evrensel bir hukuk yaratmak amacıyla hukukun belirleyicisi veya önemli bir etkileyeni konumunda olan birçok uluslararası kurum, anılan egemen ideolojinin değişik formlarında hala eşitlik ve özgürlük vurgusu yapmakta ve liberalizmin özündeki temel ilkeleri koruyup yaşatmaya çalışmaktadır. Kavramın siyasi bir ideal olarak şekillenmesinden hareketle Baro Birlikleri, Birleşmiş Milletler gibi kurumlar tarafından belli başlı prensipler dahilinde hukuk devleti ideali kurumsallaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu kurumsallaştırma faaliyetleri neticesinde hukuk devletinin temel prensipleri yedi başlıkta toplanmıştır. Bunlar: hukukun üstünlüğü, güçler ayrılığı, kanunların öngörülebilirliği, eşit uygulama, adil yasalar, sağlam ve erişilebilir kanun uygulaması, bağımsız yargı ve hukuki üretim sürecine katılım hakkı olarak sıralanabilir (Stein, 2019: 192-198).

Sonuç olarak, hukuk devleti 18. ve 19. yüzyılda siyasi ve iktisadi alanda yaşanan köklü değişimlerin neticesinde egemen liberal anlayışın çıkarları doğrultusunda şekillenen siyasi bir örgütlenme biçimini ifade etmektedir. Bir başka deyişle, liberalizmin eşitlik ve özgürlük gayesiyle donattığı hukuk anlayışının bir ürünüdür. Günümüzde bu ideolojik vaatlerin ne denli yerine getirilebildiği sürekli bir tartışma konusu olmakla beraber, çalışmanın savunduğu temel yaklaşım doğrultusunda yöneltilecek eleştiriler kuramsal çerçeve bölümünde detaylandırılacaktır.

## 2. BÖLÜM: KURAMSAL ÇERÇEVE

### 2.1. Giriş

Bilimsel bir çalışma üretme gayesiyle hareket edildiği zaman elbette ki çalışma yürütülen konu veya konularla ilgili detaylandırılmış soyut bilgi kümelerine ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle sosyal bilimlere nazara alındığında genel konular hakkında daha önce söylenmemiş olanı söylemek pek kolay değildir. Yeni fikir ve düşünceler, o zamana dek birikmiş bilgi kümelerinin incelenmesiyle ve farklı şekillerde belli başlı yaklaşımlar dahilinde yeniden yorumlanmasıyla oluşturulmaktadır. Bir başka ifadeyle kuramlar, belli yaklaşımlar çerçevesinde fikirlerin üretildiği temeli oluşturmaktadırlar. Bu sebeple, çalışmanın “Kuramsal Çerçeve” başlığı altındaki bu bölümü, ileriki bölümlerde yapılacak olan değerlendirmelere düşünsel temeli sağlayan kuramsal enstrümanların ifade edilmesine ayrılmıştır.

Sosyal bilimlere hesaba katıldığında çalışılan konuya yazarın yaklaşımı onun eserinin ana şeklini oluşturmaktadır. Her şeyden evvel yazarın düşünsel anlamdaki yöneliminin tespit edilmesi oldukça önemlidir. Sosyal bilimlerin inceleme nesnesi yaptığı konularda çalışmanın doğru veya yanlış diye nitelemesini yapmak oldukça güçtür. Belki de bu ayırım gerekli bile değildir. Çünkü topluma temas eden ve temelde onunla ilgili olan hemen her konunun incelenmesinde çalışmanın yaklaşımının tespit edilmesi asıl önemli olanıdır. Söz gelimi toplumu ana odak noktası yapan incelemelerde kimi yazar toplumu kendi içinde işlevsel bir yapı, dengeli bir sistem olarak görmekteyken bir diğeri toplumun özündeki çatışmayı ön plana çıkarabilmektedir. Bu sebeple buradaki temel husus, düşün insanların fikirlerini yönelttikleri kavram ve konulara nasıl yaklaştıklarıdır.

Yukarıdaki kısa girişin ardından öncelikli olarak bu çalışma süresince hangi yaklaşımın ağırlıklı olarak kullanılmaya çalışıldığının ifade edilmesi gerekmektedir. Okuduğunuz çalışma her şeyden önce, eleştirel bir tutum sergileyebilmek adına yazılmıştır. Burada bahsedilen eleştirel yaklaşım basitçe, çalışmada adı geçen kavram ve kurumların kendi kendilerine, söylendikleri veya anlatıldıkları gibi işleyen sistemler ve düşünceler bütünü olduğu yönündeki inanca karşı gelişen şüpheden ileri gelmektedir. Genel olarak hukuka, hukukun ilgilendiği ve çevrelediği insan hakları kavramsallaştırmasına, klasik hukuk anlayışının vazettiği fikirselle dayanaklara karşı duyulan şüphe, çalışmanın ortaya

çıkmasındaki temel motivasyon olarak görülmelidir. Hukukun kaçınılmazlığı karşısında bulunduğumuz konumu tahlil etmek ve bu doğrultuda eleştirel düşüncenin nasıl şekillendiğini düşünmek açısından aşağıdaki alıntı oldukça değerlidir.

“Bugün, hiç kimse, hiçbir taraf, hiçbir siyaset, hiçbir amaç için, hukuk evrenini terk etmek, hukuk bir oyunsa o oyunu oynamamak gibi bir seçenek söz konusu değil. Kaçınılmaz olan tek şey, o vasıtayı öyle ya da böyle kullanmak. Bunu yaparken o vasıtayı değiştirip dönüştürmek, onu işlemek, şekillendirmek ise –ister bilerek ve isteyerek, isterse bilmeyerek ve istemeyerek- tam da hukukçuların yaptığı şey. Eleştirel düşünce, hukuk gibi müesseselerin ‘kendi kendilerine’ birtakım şeyler yaptığı safiyane inancından şüphe duymakla başlamaz mı zaten?” (Türkyılmaz, 2017: 17)

Tüm bu açıklamalar neticesinde, özel olarak ifade özgürlüğü konusuna yoğunlaşacak olan bu çalışmanın kuramsal dayanağını Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ) adıyla anılan 1970’lerin sonlarına doğru Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkan akademik hareket oluşturmaktadır. Dolayısıyla “Kuramsal Çerçeve” başlığı altındaki ikinci bölüm boyunca öncelikle kısaca Eleştirel Hukuk Çalışmalarının tarihsel arka planına ve EHÇ düşünürlerinin nasıl bir kuram oluşturduğuna dair bilgiler verilecek, daha sonrasında EHÇ’nin düşünsel temellerine dair bir inceleme yürütülecek, ardından EHÇ’nin gündemini oluşturan temel iddialar ifade edilecektir.

## **2.2. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Tarihsel Arka Planı**

‘Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Tarihsel Arka Planı’ başlığı altında aslında EHÇ’nin nasıl bir ortamda hayata geçirildiği, hangi tarihsel olayların bu hareketin doğuşuna neden olduğu ifade edilecektir. Belirtmek gerekir ki, bu çalışma özelinde EHÇ’ye dair tarihsel bir sorgulama yürütülmeyecek olup yalnızca EHÇ’nin hangi koşullar ışığında ortaya çıktığının ifade edilmesiyle yetinilecektir.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları, aynı isimle 1977 yılında Wisconsin Üniversitesi’nde toplanan bir konferans neticesinde ortaya çıkmıştır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı’nın (EHÇK) toplanmasından önceki süreçte, 1960’lı yılların sonlarında ABD’de hukukun çeşitli boyutlarda araştırılmasının kapısını aralamış olan Hukuk ve Toplum Çalışmaları gibi girişimlerde bulunulmuştur. Yine bu dönemde üçüncü dünya ülkelerinde hukukun gelişimine dair analizlerin yapıldığı Hukuk ve Gelişme kuramı gibi kuramsal çalışmalar yapılmıştır. İşte bu çalışma çevrelerinde bulunmuş olup da çalışmaların yetersiz

olduğu görüşünde olan birtakım hukukçu EHÇ'nin bir konferansla ortaya çıkmasına vesile olmuştur.

Konferansın toplanmasının altında yatan önemli bir sebep toplumdaki hukukun incelenmesine yönelik eleştirel bir tutuma sahip, hukuka dair içlerinde kuşku barındıran akademisyenlerin bir araya gelmesidir (Kelman, 1987: 297). Başka bir ifadeyle, EHÇ'ye katılanların motivasyonu hukuk denilen toplumsal fenomeni anlamaya ve çözümlmeye yöneliktir. Ancak asıl olarak yüzlerce akademisyeni bir araya getiren temel unsur hukuk denilen toplumsal aygıtın kendisine karşı besledikleri şüphedir. Bundan dolayı, EHÇ'nin çalışmaları ve hukuk kuramları karşısında aldığı pozisyon kimi yazarlarca radikal şüphecilik olarak nitelendirilmiştir (Cotterrell, 2018: 314).

Uzun yıllar süren Vietnam Savaşı'nın ardından toplanan konferans, 1960'lı yıllarda etkisini gösteren savaş karşıtı ve sivil haklar mücadelesi çerçevesinde gelişen siyasal hareketlerin bir tezahürü gibidir. Vietnam Savaşı'nın ardından ortaya çıkan yeni sol fikirler hukukun siyasal bir müdahale aracı olarak görülmesine yol açmış ve hukukun objektifliğine ve tarafsızlığına olan inancın sarsılmasına sebebiyet vermiştir (Işıktaç ve Koloş, 2015: 119). EHÇ'ye katılan hukuk akademisyenlerinin, hukuk uygulayıcılarının ve öğrencilerin genel özelliği klasik hukuk düşüncesi ve nihayetinde liberal hukuk öğretilerinden memnun olmamalarıdır (Aktaş, 2011: 4).

EHÇ'nin kurumsal olarak hayata geçirilmesinde Duncan Kennedy ve David Trubek'in kişisel ilişkileri önemli bir etkiye sahiptir. Aslında ilk başlarda EHÇ'nin bu ikilinin ve bu isimlerle ilişkili sol görüşlü akademisyenlerin bir araya gelerek fikirlerini tartıştıkları bir alan olarak ortaya çıktığı görülmektedir (Akman, 2012: 61). EHÇ akademik ve siyasal bir hareket olarak ABD'de ortaya çıkmasına rağmen, o coğrafyayla sınırlı kalmamış ve hukuka dair yapılan eleştirel sorgulamaların farklı yerlerde de ele alınmasıyla zaman içerisinde birçok ülkeye yayılmıştır (Akbaş, 2015: 21). Bu anlamda EHÇ klasik hukuk kuramlarına karşı duyulan şüphenin ve yerleşik hukuk anlayışına yöneltilen eleştirilerin bir vechesini oluşturmaktadır. Günümüzde eleştirel hukuk literatürüne göz atıldığında, EHÇ'nin hukuk öğretilerinden hukuk eğitime, ırk ve etnisite çalışmalarından feminist çalışmalara kadar geniş bir akademik çalışma sahasında etkisini gösterdiği görülmektedir.

### 2.3. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Niteliği

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının bu çalışmada referans noktası olarak kullanılacak temel tezlerini açıklamaya girişmeden önce EHÇ'nin nasıl bir hukuk kuramı oluşturduğunu açıklamak isabetli olacaktır. Çünkü kuramın nasıl bir çerçeveye oturtulduğunun, hangi bağlamlarda hukuk denilen toplumsal aygıtı çözümlenmeye giriştiğinin ve hangi kavramsal setleri kullanarak bir araştırma yürütüldüğünün tespit edilmesi bundan sonraki bölümlerde detaylandırılacak değerlendirmelerin mahiyetini anlamak açısından faydalı olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuk denilen olgu insanların kaçınabileceği veya yok sayabileceği bir kavram olmaktan çok uzaktır. Yukarıda, giriş bölümünde sunulan alıntıda, hukukun günümüz toplumları açısından kaçınılmaz bir olgu oluşundan ve her ne şekilde olursa olsun onu kullanmaya mecbur oluşumuzdan bahsedilmekteydi. Bu bağlamda günümüz toplumları açısından herhangi bir hukuk kuramından söz edilmesi hukukun bir zorunluluk olarak kabul gördüğünün de göstergesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Tabi ki, en azından günümüz toplumları açısından bir zorunluluk halini dayatan bu olguyu çeşitli şekillerde ele alan birçok kuram vardır. EHÇ'nin hukuk kuramları arasında nerede konumlandığının tespit edilmesi ise bu hareketin niteliğinin anlaşılması açısından oldukça önemlidir.

Eleştirel hukukçuların önemli isimlerinden olan Roberto M. Unger'e göre EHÇ hareketinde iki ana eğilim ayırt edilebilmektedir. Bu eğilimlerin ilki, doktrine dayanan hukuksal argümantasyonun çelişkili ve manipüle edilebilir karakterini vurgularken, modern hukuk doktrinini toplumun belirli bir vizyonunun ifadesi olarak görmektedir. İkinci eğilim ise, Karl Marx ve Max Weber'in sosyal teorilerinden ve işlevselci yöntemleri radikal amaçlarla birleştiren sosyal ve tarihsel analizlerden hareketle, hukukun ve dolayısıyla hukuk doktrininin, kapitalizm gibi bir sosyal örgütlenme türüne içkin olan sosyal sınıfları ve hiyerarşileri yansıttığını, meşrulaştırdığını ve yeniden şekillendirdiğini ifade etmektedir (Unger, 1983: 563). Dolayısıyla, yukarıda anılan her iki eğilim bir potada eritildiğinde EHÇ'nin modern liberal hukuk düşüncesine karşı duruşu netlik kazanmaktadır. Buna göre, liberal hukuk düşüncesinde hukuk, toplumsal değişme karşısında var olan toplumsal düzeni bir biçimde korumaya, sürdürmeye ve onu yeniden üretmeye meyillidir.

Eleştirel Hukuk Çalışmaları adı altında anılan isimleri bir araya getiren husus hukuka dair varsayımlarındaki sosyolojik yaklaşım vurgusudur. Eleştirellerin hemen hepsinin hukuka dair ortaya koydukları varsayımlarda ortaklaştıkları husus hukukun toplumdan,

siyasetten, ekonomiden bağımsız, kendi içinde özerk bir bilim olmadığı iddiasıdır (Akbaş, 2015: 27). Bir başka deyişle, hukukun diğer toplumsal yapılarla olan dinamik ilişkisi dolayısıyla sosyolojiden, siyasetten, tarihten, ekonomiden ve diğer sosyal bilim disiplinlerinden ayrı düşünülmemeyeceği fikri eleştirel iddianın çıkış noktasını oluşturmaktadır. Hukukun sosyolojik bir yaklaşımla değerlendirilmesini işaret eden bu vurgu, EHÇ'nin başlangıç noktası olarak görülebilir. Zira geleneksel hukuk kuramları hukukun incelenmesinde, onun toplumsal boyutunu ve diğer toplumsal yapılarla olan karmaşık ilişkisini göz ardı etmiş, hukuku normlar çerçevesinde işleyen kapalı bir sistem olarak ele almıştır.

“O halde hukukun devletin ayakta tuttuğu cebri bir düzen olduğu fikrinden, her halde, üç unsur dışlanmalıdır –ki, bu fikir, geleneksel hukuk tekniğinin, genelde şeklen olmasa da madden ısrarla tutunduğu bir fikirdir-: Hukukun devlet tarafından yaratılıyor olması, mahkemelerin ve diğer mercilerin kararlarının temelini oluşturuyor olması ya da mahkemece verilen kararın sonucu olan hukuki yaptırımın temeli olması hukuk kavramının temel unsurları değildir. Geriye dördüncü bir unsur kalmaktadır ve bu, çıkış noktamız olmak zorunda olacaktır: Hukuk bir düzendir.” (Ehrlich, 2019:30).

Özetle, hukuk her şeyden önce, en yalın haliyle toplumsal bir düzendir. Hukukun bir düzen olarak algılanması onun diğer toplumsal yapılarla arasında dinamik bir ilişki olduğunu göstermektedir. Bu bağlamda hukuka dair geliştirilen varsayımların diğer sosyal bilim disiplinlerini de hesaba katması ve böylece hukukun girift karakterinin çok boyutlu bir incelemeye tabi tutulması gerekmektedir.

Tam da bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, EHÇ literatürüne bakıldığında sabit nitelikte görüşlerin sunulduğu, belli başlı isimlerin çalışmaları ışığında ilerleyen bir kuramsal çalışmalar bütününden söz edilmemektedir. EHÇ içerisinde topluma dair farklı yaklaşımları benimsemiş, bambaşka fikirsel temellerden beslenen düşünürler vardır. Bu bağlamda EHÇ literatürünü inceleyen kimi yazarlar bu farklılığı; modern eleştirel yaklaşımlar ve post-modern eleştirel yaklaşımlar şeklinde gruplandırmışlardır. Bu sınıflandırmaya göre, Marksizm ve Frankfurt Okulu'nun eleştirel teorisinden kuramsal destek alanlar modern eleştirel yaklaşımlar, Jacques Derrida ve Michael Foucault gibi post-yapısalcı isimlerden etkilenen çalışmalar da post-modern eleştirel yaklaşımlar olarak tanımlanmıştır (Aktaş, 2011: 2).

Bu çalışma özelinde ifade etmek gerekirse, çalışmanın devamında yukarıda bahsedilen gruplamadan hareketle Marksizm ve Frankfurt Okulu'nun eleştirel teorisinden

beslenen modern eleştirel yaklaşımlar inceleme konusu olacaktır. Ancak bu noktada önemle belirtilmesi gereken husus, EHÇ'nin metodolojik enstrümanlarının değerlendirilmesinde keskin ayrımların yapılamayacağı gerçeğidir. Eleştirel hukukçular genel olarak hukuk hakkında yeni bir bilgi kuramına ihtiyaç duyulduğu görüşündedirler. EHÇ'nin hukukun yalnızca normlar bütünü şeklinde algılanmasına imkan veren pozitivist anlayıştan sıyrılıp hukuku diğer sosyal disiplinlerle birlikte araştırmanın gerekliliğini vurgulaması aslında yöntemsel olarak farklı bir bakış açısına ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

“Evrensel, genel geçer, herkesin menfaatine olan bir hukuk sisteminden söz edebilmek mümkün müdür? Çatışmacı toplum perspektifinden bakıldığında, kuşkusuz değildir. Aynı hukuk kuralları ve ilkeleri, farklı toplumsal çıkar grupları tarafından kendi menfaatleri için farklı yorumlanıp değerlendirilebilecektir. Öyleyse hukukun içinde kalarak, hukuksal sorunlara yanıt bulabilmek mümkün değildir” (Akbaş, 2015: 65).

Eleştirellerin hukukun siyaset bilimi, tarih, sosyoloji, ekonomi gibi diğer sosyal disiplinlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönündeki saptaması aynı zamanda hukukun incelenmesinde bu sosyal disiplinlerin metodolojik araçlarından yararlanılması gerektiği yönündeki iddiayı da kapsamaktadır (Akbaş, 2015: 66). Bir başka deyişle, EHÇ sosyal bir olgu olarak ele aldığı hukuku incelerken, temas ettiği diğer sosyal bilim alanlarının kavramsal araçlarını da incelemesine dahil etmektedir. Bu bağlamda EHÇ'ye genel olarak bakıldığında metodolojik olarak bir ortaklıktan söz etmek mümkün değildir (Minda, 1995: 107). EHÇ'nin bir hukuk kuramı olarak özgün niteliğini ortaya koyan hususlardan birisi de bahsedilen bu metodolojik çeşitliliğidir. Söz gelimi kimi EHÇ yazarları yapısalcılık ve post-yapısalcılıktan etkilenerek işlevselci toplum yaklaşımının yöntemsel araçlarını kullanırken, kimi yazarlar ise Frankfurt Okulu ve Marksizm'den hareketle çatışmacı toplum yaklaşımının kavramsal setlerini incelemelerine dahil etmektedirler.

EHÇ'nin asıl karakteristiğini ortaya çıkaran husus genel olarak modern liberal düşünceye özel olarak da liberal hukuk düşüncesine geniş çaplı eleştiriler sunmasında görülmektedir. Bu anlamıyla EHÇ'nin belirgin bir şekilde ayırt edilen niteliği herhangi bir yargılama standardı ya da yapıcı bir program önermeyen, olumsuz ve yıkıcı bir kuram olmasıdır (Minda, 1995: 107). Bilgi kuramsal anlamda liberal düşüncenin doğasına uygun olan mantıksal pozitvizmin reddi ve bu bağlamda yeni bir yöntem arayışına gidilmesi, EHÇ'nin ana gündemini belirleyen hukukun belirsizliği, hukukun taraflılığı ve hukukun ideolojik bir boyutunun olması gibi temel tezler EHÇ'nin modern liberal hukuk düşüncesine karşı geliştirdiği sarsıcı eleştirinin genel bir portresini oluşturmaktadır.

EHC'nin diğerk hukuk kuramları karşısında nerede konumlandığının tespiti, bizleri EHC'nin niteliğine ilişkin belki de en önemli husus olan kuramın politik karakterine götürmektedir. Eleştirel Hukuk Çalışmaları Konferansı'nın toplanmasında önemli rol oynayan, bir nevi EHC'nin kurucuları olarak anılan Duncan Kennedy, Mark Tushnet gibi isimler çeşitli makalelerinde EHC'nin politik karakterine vurgu yapmışlardır. Söz gelimi, Mark Tushnet EHC'nin belli yazarlar tarafından bir hareket veya kuramsal bir okul olarak anıldığından bahsettikten sonra böylesi bir nitelemenin uygun olmayacağını belirtmiş ve EHC'yi düşünsel anlamda bir hareketten ziyade hukuk akademisinde sol düşüncenin etki alanını desteklemek ve genişletmek amacıyla bir araya gelen bir grup insanın siyasi bir duruş sergiledikleri bir alan olarak tanımlamıştır (Tushnet, 1991: 1516). Dolayısıyla EHC'nin hukuka dair görüşlerinde benimsediği genel düstur hukukun politik olduğu vurgusudur. Buna paralel olarak, eleştirel hukuk kuramının politik karakteri onun amacında kendini belli etmektedir. Bu bağlamda, EHC'nin amacı, baskıcı ve eşitlikçi olmayan toplumsal yapıyı destekleyen hukuk doktrininin, hukuk eğitiminin ve hukuki kurumların aslında nasıl işlediklerini göstermektir (Minda, 1995: 106). Bir başka ifadeyle, EHC genel olarak modern liberal hukuk düşüncesinin adil olmayan bir toplumsal düzen yarattığını işaret etmektedir. Bu noktadan hareketle, EHC'ye katılanların genel tavrı eşitlikçi bir sosyal düzen talebinde kendini gösterir (Whitehead, 1999: 705).

Sonuç olarak, bu çalışma özelinde değerlendirilecek olursa EHC'nin niteliğine ilişkin yapılan inceleme neticesinde üç temel noktaya dikkat çekilmektedir. Bunlardan ilki eleştirel iddianın başlangıç noktası olarak okunabilecek hukuka sosyolojik yaklaşım vurgusudur. Hukukun toplumdan, kültürden, siyasetten ve ilişkili olduğu benzer sosyal disiplin alanlarından ayrı düşünülmemeyeceği iddiası, yöntemsel olarak bu çalışma alanlarının metodolojik araçlarının da hukukun incelenmesinde kullanılmasını beraberinde getirmiştir. EHC literatürünün ortak bir metodolojik paydada toplanamaması ise kimi yazarlarca eleştirilmiş ve kuramsal bir zayıflık olarak değerlendirilmiştir. Ancak belirtilen metodolojik çeşitlilik EHC kuramcılarının göre bir zenginliktir ve düşünsel anlamda geniş bir yelpaze sunan bu kaynaklar EHC'nin dinamizmine işaret etmektedir. İkinci olarak, EHC'nin olumsuz ve yıkıcı bir kuram olması ve dolayısıyla herhangi bir alternatif program veya yargılama standardı önermemesi ayırt edicidir. Eleştirel hukukçulara göre toplumsal anlamda hedeflenen değişim, eleştirilen modern liberal düşüncenin içerisinde yeni bir alternatif program sunmaktansa, yerleşik hukuk düzenini eleştirmeye başlamaktadır (Aktaş, 2011: 11). EHC'nin niteliğine ilişkin yapılan incelemede öne çıkarılan son nokta ise



hukukun politik karakterine yapılan vurguda kendini göstermektedir. “Hukuk politiktir” sloganı EHÇ’nin hukuk ve topluma dair yaklaşımındaki asıl karakteristiği imlemektedir. Bu anlamda hukuksal liberalizme yöneltilen eleştirilerin dayanak noktasını hukukun politik bir boyutunun olduğuna dair bu temel saptama oluşturmaktadır.

#### **2.4. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Düşünsel Temelleri**

EHÇ’nin düşünsel temelleri bölümünde iki alt başlık altında öncelikle Frankfurt Okulu’nun eleştirel teorisi, ardından kimilerince EHÇ’nin öncülü sayılan Amerikan Hukuki Realizmi (AHR) incelenecektir. Tabii ki, bu sınırlama okuduğunuz çalışmaya özgü bir sınırlamadır. Ayrıntılı bir çalışma neticesinde EHÇ’nin düşünce anlamında esinlendiği kaynakların sayısını arttırmak mümkündür. Daha önceki bölümlerde EHÇ mensuplarının çok çeşitli fikirsel kaynaklardan beslendiğini, bu bağlamda EHÇ hakkında ortak bir metodolojik yaklaşımın söz konusu olmadığından bahsedilmişti. EHÇ’nin bu özelliğini eleştirenler ve bunu bir eksiklik olarak niteleyenlerin yanı sıra EHÇ mensupları nazarında bu yöntemsel çeşitlilik pozitif bir biçimde algılanıyordu. Metodolojik farklılığın, farklı felsefi dayanak noktalarına yaslanan yaklaşımların çeşitliliğinin EHÇ’ye özgü bir dinamizm yarattığı görüşü hakimdi. Söz gelimi EHÇ’nin bazı mensupları nihilist felsefeden etkilenmiş ve EHÇ’nin temas ettiği temel sorunsalları nihilizme yakın bir şekilde yorumlamışlardır. Buna ek olarak, post-yapısalcı yaklaşımların EHÇ’ye dahil olduğu da görülmektedir. Örnek vermek gerekirse, bazı EHÇ temsilcileri Derrida’nın yapı söküm yöntemini hukukun ve hukukla ilişkili konuların -mesela yargı kararlarının- analizinde temel metodolojik araç olarak kullanmışlardır. Dolayısıyla hem yöntem açısından hem de fikirsel dayanak noktaları açısından EHÇ’nin geniş bir düşünsel yelpazesi olduğu söylenebilir.

Bu noktada, EHÇ’nin fikirsel temellerini, çalışma özelinde Frankfurt Okulu ve AHR ile sınırlandırmanın ne amaçla yapıldığının belirtilmesi önem arz etmektedir. Çok çeşitli düşünsel kaynakların EHÇ literatüründe etkisi görülmekle birlikte, EHÇ’nin asıl karakterini ilk olarak adında geçen ‘eleştirel’ ibaresinde aramak gereklidir. Bahsedilen eleştiri temel olarak yerleşik liberal öğretinin pozitivist damarlarını hedef almaktadır. Bundan ötürü EHÇ’nin ‘eleştirel’ kısmının kaynağı olan pozitivizm eleştirisinin teorik anlamda nereden geldiğinin tespit edilmesi oldukça önemlidir. Dolayısıyla ‘Düşünsel Temeller’ başlığı altında ilk olarak Frankfurt Okulu, ardından EHÇ’nin üzerinde durduğu temel sorunsalların ve hukuka dair yaptığı bazı vurguların esin kaynağı olan ve bir bakıma EHÇ’nin öncülü

sayılan AHR'den bahsedilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, Frankfurt Okulu'na dair derinlemesine, tarihsel bir analiz yapılmayacak olup okulun genel portresini betimlemek ve EHÇ'nin hangi açılardan okulla bağlantı kurduğunu ifade etmekle yetinilecektir. Aynı şekilde, AHR açısından da detaylı bir araştırma yürütülmeyecek olup, AHR'nin nasıl bir hukuki hareket olduğu ve EHÇ'nin hangi eleştirel tezlerine zemin hazırladığı kısaca incelenecektir.

#### **2.4.1. Frankfurt okulu**

Kurumsal olarak Frankfurt Okulu, 1923 yılında Almanya'da Frankfurt Toplumsal Araştırmalar Enstitüsü'nün kurulmasıyla ortaya çıkmıştır. Bu okulun en önemli temsilcileri Theodore Adorno, Max Horkheimer ve Herbert Marcuse'dür. 'Eleştirel teori' olarak da bilinen Frankfurt Okulu temsilcileri genel olarak Marksizmi benimsemekle birlikte Marksizmin evrimci tarih anlayışına ve pozitivistliğe yönelen bilimciliğine karşı çıkmışlardır (Swingewood, 2014: 307). Marksizmin yeniden yorumlanması sürecinde Frankfurt Okulu, Marksizmin barındırdığı her türlü determinizmi reddetmiştir. Söz gelimi ekonomik alt yapının doğrudan üst yapıyı belirlediği yönündeki klasikleşmiş ekonomik belirlenimci tutum Eleştirel Teori tarafından benimsenmez. Yani Eleştirel Teori, ekonominin doğrudan hukuku veya politikayı belirlediği yönündeki deterministik görüşü reddetmektedir. Determinizm her zaman için tek boyutlu bir kavramdır. Çünkü neden ve sonucu birbirinden ayırmakta ve bundan dolayı nedensel ilişkiyi reddeden diğer eğilimleri de göz ardı etmektedir. Frankfurt Okulu, Ortodoks Marksizmin kapitalizmin içsel yasalarının analizinden yola çıkarak sosyalizmin kapitalizmden sonraki tarihsel aşamayı oluşturacağı yönündeki tarihsel belirlenimci anlayışı da reddetmiştir. Bunun yerine, Frankfurt Okulu kapitalizmi diyalektik olarak yorumlamış ve kapitalizmin sürekli ve artan bir şekilde sınıf tahakkümüne yönelik eğilimlerin yanı sıra devrimci eylem yoluyla insanın kurtuluşuna yönelik eğilimleri de içerdiğini savunmuştur (Whitehead, 1999: 728). Tam bu noktada, Frankfurt Okulu'nun temelinde yer alan kavramları ve dolayısıyla okulun amacını açığa çıkarmak isabetli olacaktır. Bu sayede Eleştirel Teori'nin hangi yolları izleyerek bir kuramsal bütün oluşturduğu tespit edilebilir.

Raymond Geuss eleştirel teorisinin bilimsel yapısını incelerken, Frankfurt Okulu temsilcilerinin bilimsel teoriler ve eleştirel teoriler arasında belirgin bir ayırım yaptıklarını belirterek, anılan iki tür teorisinin üç boyutta birbirlerinden farklı olduklarını öne sürer. Bu

ayrılardan ilki, teorilerin amaçlarının veya hedeflerinin farklılığıdır. Bilimsel teorilerin amacı doğanın başarılı bir şekilde manipüle edilmesidir ve dolayısıyla araçsal bir kullanımları vardır. Bunun karşısında eleştirel teorilerin amacı failin özgürleşmesini ve aydınlanmasını sağlamaktır. İkinci ayırım, anılan iki tür teorinin bilgisel ve mantıksal yapılarının farklılığı üzerinedir. Bu ayırma göre bilimsel teoriler nesneleştiricidir. Yani bilimsel teoriler, teorinin gönderimde bulunduğu nesnel alanının bir parçası olarak kabul edilmez. Bunun karşısında eleştirel teorinin kendisi ise her zaman incelediği nesne alanının bir parçasıdır. Bu bağlamda eleştirel teorilerin kendi kendilerine gönderme yapan, düşününsel teoriler olduğu iddia edilmektedir. Bilimsel ve eleştirel teoriler arasındaki üçüncü ve son ayırım ise, bu teorilerin bilgisel anlamda kabul edilir olup olmadıklarını belirleme hususunda kullanılabilecek kanıtlarda kendini göstermektedir. Bilimsel teoriler ampirik doğrulamayı sağlama amacıyla deney ve gözlemi kullanırken, eleştirel teoriler daha karmaşık bir değerlendirme sürecini gerektirir. Eleştirel teorinin değerlendirme sürecine dair olan temel nokta ise bu değerlendirmenin yansıtıcı veya dönüşlü olarak kabul edilebilir olmasıdır (Geuss, 1981: 55).

Frankfurt Okulu'nun eleştirel bir sosyal teori oluşturma yolunda büyük bir önem verdiği konulardan birisi pozitivism eleştirisidir. Pozitivism en yalın haliyle insanlık için geçerli bilimsel bilgi üretiminin yalnızca olguların incelenmesi ve betimlenmesi yoluyla yapılabileceğini öngören düşünce sistemidir. Bu anlamıyla pozitivist düşünce sosyal bilimleri de doğa bilimlerinin bilgi üretme modeliyle şekillendirmektedir. Frankfurt Okulu'nun savunduğu görüş de bu minvaldedir. Okulun temsilcileri pozitivismin, epistemolojik ve metodolojik olarak sosyal bilimler ile doğa bilimlerini özdeşleştiren bir yaklaşım olduğunu savunmaktadırlar (Balkız, 2004: 138).

“Horkheimer bir bilgi kuramı ya da bilim felsefesi olarak pozitivismin üç ana noktada eleştirisine girer: (i) pozitivism faal insanları mekanik belirlenimciliğin şemasındaki olgular ya da nesnel olarak düşünür; (ii) dünyayı yalnızca deneyimde verili olduğu biçimiyle doğrudan kavrar ve öz ile görünüş arasında ayırım yapmaz; (iii) bu olgu ve değer arasında mutlak bir ayırım teşkil eder ve dolayısıyla bilgiyi insanın ilgilerinden (istemlerinden) ayırır” (Bottomore, 2016: 18).

Yukarıdaki alıntıdan hareketle, Frankfurt Okulu'nun pozitivismin özündeki çelişkilere dikkat çektiği görülmektedir. Bu tarz bir düşünce sisteminin insanı nesneleştirdiğini ve olguların özü ile görünüşü arasında herhangi bir ayırım yapılmamasının en nihayetinde statükoyu sürdürmeyi hedeflediğini vurgulamışlardır. Adorno'ya göre pozitivism, yalnızca verili gerçekliği olduğu gibi kabul etmekle kalmaz, aynı zamanda onu

olumlayan bir tutum içerisinde (Bottomore, 2016: 34). Ek olarak, Frankfurt Okulu temsilcileri toplumsal konularda olgu ve değer arasında suni bir ayrım yapılmasının geçerli bir bilgi üretiminin yolu olmadığını savunmuşlardır. Pozitivizm, doğa bilimlerinin gelişmesi hususunda özel bir engel teşkil etmemektedir ancak insan özgürleşmesinin temel araçları olan eleştirel teoriler karşısında ciddi bir tehdit oluşturmaktadır (Geuss, 1981: 2). En azından, sosyal bilimlerin meşgul olduğu toplumsal olgular toplumun işleyişinden ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, Frankfurt Okulu'nun eleştirel kuramı, olguların kavramsal sistemler aracılığıyla dışarıdan bir bakış açısıyla belirlenmesi şeklindeki metodu reddetmektedir (Bottomore, 2016: 19).

Pozitivizmin, insan için geçerli bir bilgi üretiminin yalnızca doğa ve dış gerçeklikten tespit edilebileceği yönündeki temel varsayımının Frankfurt Okulu temsilcileri tarafından benimsenmediği belirtilmiştir. Bu bağlamda, Frankfurt Okulu'nun genel eğilimi toplumla ilgili konuların araştırılmasında öznesinden ayrıştırılmış, olgunun ve değer birbirinden dışlanması desteklemiş bir bilgi sistemini reddetmek olmuştur. Eleştirel Teori'nin pozitivizmin özünde yatan çelişkileri vurgulayarak, pozitivist yönetime karşı önerdiği metod diyalektiktir. Frankfurt Okulu temsilcileri açısından diyalektik, toplumun pozitif ve negatif tüm yönlerini bir arada barındıran bütünsel bir düşünce tarzıdır. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, Horkheimer'a göre diyalektik düşünce ampirik materyalleri tümüyle ilgi alanından ayırmaz. Pozitivist gelenek açısından çalışma nesnesi yapılan toplumsal olgular, kavram ve muhakeme süreçlerinden ayrı bir biçimde betimlenmektedir. Olguların bu şekilde değerden ayrıştırılması anlamı yok etmektedir. Bu bağlamda, diyalektik düşünce ampirik bileşenleri yalnızca bilimin hizmet ettiği sınırlı amaçlar için değil, bir biçimde diyalektik düşüncenin bağlı olduğu tarihsel çıkarlar için de önemli görülen deneyim yapılarıyla birleştirmeyi hedefler (Horkheimer, 1972: 161-162).

Tüm bu açıklamalar neticesinde eleştirel teorinin nasıl bir kuramsal perspektifin kapısını araladığı netlik kazanmaktadır. Horkheimer'a göre, sosyal bir işlevi olan bilim toplumdaki çelişkileri yansıtmaktadır. Bundan dolayı, bilim krizinin anlaşılması mevcut toplumsal durumun doğru bir teorisine bağlıdır (Horkheimer, 1972: 9). Frankfurt Okulu her zaman için toplumdaki mevcut çelişkilerin ve gelecekteki olasılıkların akılda tutulmasını sağlarken, çok genel ve soyut bir kuram olmayı reddetmiştir. Toplumdaki bu çelişkiler genellikle somut ayrıntıların içerisinde cisimleştiği için Frankfurt Okulu bütünü kavramaya çalışmıştır (Jay, 1973: 82). Frankfurt Okulu'nun pozitivizm eleştirisi, doğa bilimlerinin yöntemlerini içeren bilimsel kuramlarla, bireylerin toplumsal yapıların içerisinde gizlenmiş

gizli çıkarlarını açığa çıkarmayı hedefleyen ve bu sayede bireyin özgürleşmesini amaçlayan eleştirel kuramlar arasında bir ayırım yapılmasına zemin hazırlamıştır. Bu açıklamalardan hareketle Frankfurt Okulu'nun nasıl bir kuram oluşturduğu ve asıl amacı belirginleşmektedir. Eleştirel kuramın amacı toplumun dönüştürülmesi ve insanın özgürleştirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır (Bottomore, 2016: 37).

Frankfurt Okulu'nun eleştirel kuramına dair yürütülen genel bir incelemenin ardından okulun EHÇ'yi hangi noktalarda etkilediğini ve eleştirel hukukçuları nasıl bir yola sevk ettiğini kısaca açıklamak isabetli olacaktır. Okulun çalışmalarında önemli bir yer tutan ideoloji kavramı, eleştirel teorinin EHÇ'ye hazırladığı zemini vurgulamak açısından oldukça önemlidir. Basitçe ideoloji, toplumdaki insanların gerçek durumlarını ve gerçek çıkarlarını doğru bir şekilde algılamasını engelleyen şeydir. Dolayısıyla, insanlar toplumsal baskıdan kurtulmak için öncelikle ideolojik yanılsamadan kurtulmalıdırlar (Geuss, 1981: 3). Buradan yola çıkarak, Frankfurt Okulu'nun bir çalışma nesnesi olarak hukuku, dışarıdan bir bakış açısıyla ideolojiyle bağlantılı olarak ele aldığı söylemek yanlış olmayacaktır. Genel olarak, Frankfurt Okulu temsilcileri hukuku sistematik olarak ele almamışlardır. Onların nazarında hukuk, gizlenmiş bir ideoloji veya bir meşruiyet aracı olarak görülmektedir (Kennedy, 1986: 244). Benzer şekilde, Gary Minda da Frankfurt Okulu'nun hukuku, toplumdaki yönetici seçkin sınıfın çıkarlarına hizmet eden bir ideoloji olarak açıklamaya çalıştığını belirtmiştir. Böylesi bir çalışmanın amacının hukuk doktrininde “olanın” ortaya konulması ve hukukun yansıttığı ideolojik resmin açığa çıkarılması olduğunu ifade etmiştir (Minda, 1995: 111-112). Frankfurt Okulu'nun hukuku ideolojik bir araç ve meşruiyet mekanizması olarak ele alması EHÇ'nin de hukuku politik açıdan tahayyül etmesine sebep olmuştur. Bu bağlamda, EHÇ temsilcileri hukuk doktrinlerinin ve sistemlerinin ardında, yasa üreticilerinin veya onu şekillendirenlerin tahakkümünü yansıtan siyasi yargıların olduğunu ileri sürmüşlerdir (Standen, 1986: 995).

Yukarıdaki açıklamaların ışığında, Frankfurt Okulu'nun ideoloji çalışmalarının EHÇ'yi hukukun ideolojik boyutuyla ilgilenmeye sevk ettiği söylenebilir. Frankfurt Okulu'nun EHÇ'ye bir diğer katkısı ise, okulun metodolojik açıdan mantıksal pozitivizmin reddine karşılık olarak öne sürdüğü diyalektik yönteminde aranmalıdır. David Kennedy metodolojik olarak eleştirel teorinin, hukuk doktrinine karşı şüpheyle yaklaşılmasını cesaretlendirdiğini belirtmiştir. Ona göre eleştirel teorinin metodolojik yaklaşımının EHÇ'ye en önemli katkısı, hukuk kültürü materyallerine radikal bir biçimde mesafeli durulmasını teşvik etmesidir. Bu bağlamda, eleştirel teoriden etkilenen bir hukukçu, hukuk

kültürünün sunduğu materyallerle arasına belli bir mesafe koymaya başladığında herhangi bir mahkeme kararını ele alırken, onda hukuk teorisinin veya hukuk doktrininin bir tanımından daha fazlasını görmeye çalışacaktır (Kennedy, 1986: 245). Sonuç olarak, Frankfurt Okulu'nun EHC'ye iki temel katkısının olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, okulun hukuku bir ideoloji ve bilinç formu olarak değerlendirmesi dolayısıyla EHC'nin hukuk ideolojisi tezine zemin hazırlamasıdır. İkinci katkısı ise, hukuk materyallerine şüpheyle yaklaşılmasının kapısını aralaması ve hukuk metinlerindeki belirsizlikleri ön plana çıkarmasıyla EHC'nin hukukun belirsizliği tezine ışık tutmasıdır.

#### **2.4.2. Amerikan hukuki realizmi**

Amerikan Hukuki Realizm hareketi, özellikle 1920'li ve 1930'lu yıllarda Amerikan hukuk düşüncesinde hâkim olan hukuk anlayışını işaret etmektedir. Basitçe ifade etmek gerekirse, realist hukuk hareketi klasik hukuk düşüncesinin ilkelerine karşı bir başkaldırı olarak ortaya çıkmıştır. Klasik hukuk anlayışı, yargı kararlarını bir dizi belirli ilkeden akıl yürütme yoluyla çıkarılan sonuçlar olarak betimlemiştir. Buna karşın, Realistler, hukuk kurallarının mahkemeleri belirli durumlarda kesin sonuçlara yönlendiremeyeceğini vurgulamış ve bu doğrultuda hukuk camiasının yasal değişmeyi etkileyen sosyal güçleri hesaba katmasının gerekliliğinin altını çizmişlerdir (Round and Round..., 1982: 1670).

Amerika Birleşik Devletleri bağımsızlığını ilan etmeden evvel İngiltere hakimiyetinde yaşayan federe devletlerden meydana geliyordu. Dolayısıyla başlangıçta, Amerikan hukuk sisteminde İngiltere'de yaygın olan hukuk anlayışı hakimdi. Realist hukuk hareketinin etkin olduğu 1920'li yıllar siyasi, ekonomik ve toplumsal çalkantıların yaşandığı bir dönemdi. Realist hareketin, bu bağlamda, yaygın görüşlerin sorgulanmaya başlandığı, toplumsal açıdan büyük değişim rüzgarlarının estiği bir dönemin ürünü olduğu söylenebilir. Böylesi şiddetli bir değişim döneminde İngiltere'de hâkim olan analitik pozitivizm anlayışı, ABD'de eleştirilmeye başlanmıştır. Oliver Wendell Holmes Jr., Karl Llewellyn gibi isimlerin öncülüğünde ortaya çıkan Amerikan Hukuki Realizm hareketi, hukuku sosyolojik yaklaşımla değerlendirmenin gerekliliğine vurgu yaparak anılan dönemde, hukuku normatif kalıplara hapseden ve onu yalnızca liberal yönden değerlendiren egemen hukuk anlayışına karşı çıkmışlardır (Akman, 2012: 41).

Amerikan Hukuki Realizminin temsilcilerinin ortaklaştıkları en temel hususlar, yargısal kararların oluşum sürecinde hukuk kurallarının rolüne şüpheyle yaklaşımları ve hukuksal araştırmanın merkezine yargısal kararları yerleştirmeleridir. Realistlerin hukuksal araştırmada yargıya odaklanmasının amacı, hukukun ne olduğu konusunda soyut açıklamalar yapmaktan ziyade fiiliyatta uygulanan hukukun yani sonucun ortaya çıkarılmasıdır (Uzun, 2015: 75). Realistler açısından, hukuk kurallarının etkinliğine ve önemine dair geliştirilen şüphe gerçeğe ulaşmanın bir aracıdır. Onlara göre vazedilen, yasa metinlerinde yer alan kurallar ile toplumsal hayatta yerleşik olan gerçek kurallar farklıdır. Dolayısıyla realist hukukçunun asıl amacı, yasalarda buyrulan hukuk kurallarıyla uğraşmaktansa, işleyen gerçek kuralları açığa çıkarmaktır. Realistlerin hukuk kurallarına karşı besledikleri şüphe en temelde, hukuk kurallarından mantık yoluyla kesin sonuçlara ulaşabilmenin mümkün olmadığı yönündeki tespitte kendini gösterir. Türkbağ'ın Holmes'den aktardığına göre hukuk, mahkemelerin gerçek hayatta ne yapacaklarına dair tahminlerden ibarettir (Türkbağ, 2000: 87-88). Dolayısıyla Realist hukukçular açısından, hukukun iki boyutundan bahsedilmektedir: mahkemenin eylemleri ve bunların tahmin edilmesi. Realistler'e göre hukuk, yargı kararıyla somutlaşmaktadır ve bundan ötürü hukukun ne olduğu sorusunun cevabı mahkemenin vereceği kararla belli olmaktadır (Uzun, 2015: 79-80).

“Örneğin daha az vergi ödeyebilmek için ticari defterlerinde küçük(!) değişiklikler yapan bir tacirin bilmek istediği, eğer bu değişiklikler fark edilirse ne gibi tatsızlıklarla karşılaşacağıdır. Onun hukuk kuralları, ilkeleri ya da vicdanı değerlendirmelerle ilgisi yoktur. Tek ilgilendiği mahkemeden çıkacak ve onu etkileyecek sonuçtur. İşte hukukçuluk da bu sonucu tahminden ibarettir. Neden mi? Eğer hukuk söylendiği gibi var olan kurallardan mantık yoluyla kesin sonuçlara varmak olsaydı, kişiler kuralları uygulayıp uyuşmazlıkları çözerlerdi ve dava yoluna gerek kalmazdı ya da dava yoluna gidildiğinde kurallar mekanik biçimde olaya uygulanıp sonuca varılacağından sonuç baştan belli olurdu” (Türkbağ, 2000: 87).

Price'a göre, Amerikan Hukuki Realizm hareketi kendinden önceki hukuk kuramlarından iki önemli yönde ayrılmaktadır. Bu noktalardan ilki, Realistlerin, herhangi bir davada hukuki doktrinlerin ve belirlenmiş yasaların uygulanmasının, o davada doğru sonuçlar elde etmeye yeteceği yönündeki formalist girişimleri reddetmesidir. Realist hukukçulara göre, hukuki doktrinler ve yasalar mantıksal tasımın kaçınılmaz ürünleri olmaktan ziyade hakimlerin yargılama sürecindeki tercihlerine bağlıydılar. Realist hareketin ayrışan ikinci noktası, hukukçular için doğru bir çalışma nesnesi olarak sosyal bilimlerin gerekliliğini vurgulamasıdır. Realistler, geleneksel hukuksal analiz yöntemlerinin

reddedilmesinin akabinde hakimlerin hukuk kurallarının olası etkileri hakkında bilimsel bilgiye dayalı politik tercihler yapması yönünde çağrıda bulunmuştur. Bu husus hakkında Karl Llewellyn'den aktaran Price, kristalleşmiş hukuk kavramlarının, bu kavramları ortaya çıkaran olgusal nedenlerin ortadan kalkmasına rağmen devam etme eğilimi gösterdiğini belirtmiştir. Bu sebeple sosyal bilimler, yargısal kararın oluşturulma sürecinde hukuk doktrininin tek başına doğru tutumu tanımlayamamasından dolayı hâkimlere rehberlik edecek ve hâkimin yalnızca kişisel inançlarına dayanarak karar tesis etmesine, kendi görüşlerini dava sürecine empoze etmesine engel olacaktır (Price, 1989: 279-280).

AHR temsilcilerinin oluşturduğu hukuk hareketi, her şeyden evvel hukuki sistemin dönüştürülmesine ve hukuk anlayışının değişimine odaklanmış bir yaklaşımı işaret etmektedir. Realistlerin, hukuk kurallarının belli ve kesin sonuçları sağlayan araçlar olmadığından hareketle, toplumsal gerçeklikte var olan hukukun nasıl işlediğini ortaya çıkarma girişimi olarak yargısal kararları hukuksal araştırmanın merkezine yerleştirmeleri, olması gerekenin değil de olanın peşine düşen bir yönetsel anlayışa sahip olduklarının göstergesidir. Bu bağlamda, hukuki realistler belli başlı reformların gerçekleştirilmesi halinde hukuk sisteminin dönüştürülebileceğine inanmışlardır. Dolayısıyla, tûmdengelim ve sezginin yerine açık ve oldukça sistematik bir politika analizinin yapılmasının gerekliliğini vurgulamışlardır. Bu doğrultuda Realistler, eleştirel olmaktan ziyade daha yapıcı bir program önermişlerdir. Tushnet'e göre, anılan yapıcı programın üç temel unsuru vardır. Bu üç unsurun birincisi; hakimlerin, yasa koyucuların veya avukatların belirli bir tartışmada söz konusu olan sosyal çıkarları tanımlamaları ve bu sosyal çıkarların çeşitli eylem tarzlarından nasıl etkilenebileceğini düşünmeleri gerektiği noktasını vurgulamaktadır. Politika analizi adı verilen bu yöntem, yargı kararlarının sonuçlarını anlamak, hukuk sisteminin fiiliyatta nasıl işlediğini incelemek ve hukuki kavramları düzenleyip değerlendirmek için sosyoloji ve siyaset bilimini kullanma gerekliliğine işaret etmektedir. İkinci olarak, avukatlar soyut hukuki kavramları kararın temeli olarak görmeyi bıraksalar dahi yine de insan özgürlüğü ve maddi refahın gözetilmesi gibi bazı önemli, soyut sosyal çıkarları teşvik etmelidirler. Çünkü insanlar her ne kadar belirli değerlerin teşvik edilmesinin gerekli olup olmadığı konusunda aynı fikirde olmasalar da, hiç kimse insan özgürlüğü gibi en temel değerlerin önemini inkâr etmeyecektir. Dolayısıyla politika analizi geniş bir çerçevede paylaşılan bu sosyal çıkarlara dayandırılabilir. Realistlerin yapıcı programının son unsuru, bir yasal analiz metodu olarak dengeleme yöntemine yöneliktir. Buna göre yukarıda anılan sosyal menfaatler kesin olarak belirlendikten ve geniş bir çevrede paylaşılan toplumsal değerlerle ilişkileri tespit edildikten



sonra karar vericiler, uygun bir yargısal karar verebilmek adına anılan menfaatleri dengelemelidir (Tushnet, 1986: 507).

Amerikan Hukuki Realizmi'nin genel olarak nasıl bir hukuk kuramı oluşturduğunun incelenmesinden sonra, AHR'nin hangi yönleriyle EHÇ'yle bağdaşıp hangi yönleriyle EHÇ'den ayrıldığından bahsedilmesi yerinde olacaktır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları etrafında toplanan isimler, birçok bakımdan Amerikan Hukuki Realizm hareketinin mirasçılarındır (Tushnet, 1986: 505). Bundan dolayı, EHÇ'nin birçok eleştirisinin kaynağının AHR olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Akbaş'a göre de, EHÇ hareketi AHR'nin iddialarının yanlışlığından ziyade yetersizliğini sorgulamıştır (Akbaş, 2015: 23).

EHÇ ile AHR arasında bu çalışma özelinde tespit edilen ilk ilişki, hukuka sosyolojik yaklaşımla ilgilidir. Realistler'e göre hukuk, içinde bulunduğu toplumdan bağımsız bir yapı olmayıp bizzat toplumsal bir parçasıdır (Gürkan, 1967: 148). AHR'nin hukukun toplumsal ilişkileri düzenleme işlevinin olduğu ve bu sebeple onun diğer toplumsal yapılarla birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönündeki sosyolojik yaklaşımın önemi hususundaki vurgusu, EHÇ tarafından da takip edilmiştir. Dolayısıyla hem AHR hem de EHÇ açısından bakıldığında, sosyolojiden, siyasetten, ekonomiden bağımsız bir hukukun mümkün olmadığı düşüncesi ağır basmaktadır. Her iki hukuk geleneğinin genel noktası, hukukun kuruluşunda ve gelişimindeki güç ilişkilerinin önemini vurgulamalarıdır (Tushnet, 1986: 507). Hukuku salt normlardan oluşan bir bütün şeklinde değerlendirmeyip, onu belli toplumsal ilişkilerin sonucunda ortaya çıkan karmaşık bir toplumsal yapı olarak görmek, her iki hareket açısından da ortak bir temadır.

İkinci olarak, Eleştirel hukukçuların hukuki belirsizlik tezinin esin kaynağı olarak AHR'nin formalizm eleştirisi her iki hareket arasındaki ilişkinin bir diğer boyutunu oluşturmaktadır. Realistler, yasalarda belirlenen hükümlerin ve hukuk doktrininin herhangi bir davada doğru sonuçlar elde edilmesine yeteceği yönündeki görüşe karşı çıkmışlardır. Formalizm eleştirisi şeklinde şekillenen bu görüş aslında formalizmin özündeki hataya odaklanmaktadır. Formalist hata, herhangi bir şekilde siyasetin, sosyal güçlerin veya görünürdeki toplumsal uzlaşımın müdahalesi olmaksızın belirli bir soyut fikirden somut bağlama geçilebileceği noktasında ortaya çıkmaktadır (Peller, 1988: 307). Realistlerin hukuki belirsizlik iddiaları EHÇ tarafından da takip edilmiştir. Ancak AHR temsilcileri eleştirilerini bir sistem olarak liberalizme değil, hukuki bir düşünce şekli olan formalizme yöneltmişlerdir (Akbaş, 2015: 116). Realistler hukuki formalizme karşı gelmekle birlikte, onun özündeki çelişkilere toplumsal yaşamın inşasında kritik bir rol oynayan, statükoyu

koruyan ve toplumdaki güç ilişkilerini sürdüren bir ideoloji olarak yaklaşmaktan ziyade bu çelişkileri akıl yürütme sürecindeki bir yanlışlık, entelektüel bir hata olarak değerlendirmektedirler (Peller, 1988: 307). Buna karşılık, EHÇ'nin hukuki belirsizlik tezinin ve genel olarak eleştirel yaklaşımının hedefinde liberal dünya görüşü vardır. Anılan her iki hareketin hukukun belirsiz olduğu yönündeki iddialarının ortaklaştığı, ancak bu eleştiriler nazarındaki politik konumlanmalarının farklı olduğu görülmektedir. AHR'nin hukuk düşüncesinin yapıcı bir programla değiştirilebileceğini düşünmesi de bu minvalde düşünülebilir. Dolayısıyla, Realistlerin mevcut liberal anlayışa tamamen karşı çıktıkları söylenemez. Çünkü belli hukuki reformlarla hukuk sisteminin düzeltilebileceğini öne sürmektedirler. Buna karşın, EHÇ AHR'nin eleştirel boyutunu kabul etmekle birlikte onun yapıcı programına yani politika analizi, dengeleme yöntemi ve paylaşılan sosyal değerler gibi düşüncelerine karşı çıkmaktadır (Tushnet, 1986: 507).

## **2.5. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Temel Meseleleri**

Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nın çok çeşitli entelektüel kaynaklardan ilham alan bir hukuk anlayışını haiz olduğundan önceki kısımlarda bahsedilmişti. EHÇ'nin sosyal bir hareket veya akım olarak genel anlamda bir değerlendirmesi yapıldığında hukukun ve hukuk düşüncesinin çok çeşitli boyutlarda ele alınıp incelendiği kolaylıkla söylenebilir. Dolayısıyla EHÇ'nin spesifik olarak tek bir noktaya yoğunlaştığını belirtmek yanlış bir değerlendirme olacaktır. Ancak EHÇ külliyyatının genel bir değerlendirilmesi yapıldığında göze çarpan en belirgin husus, EHÇ'nin temelde geleneksel hukuk öğretisi ve modern liberal hukuk anlayışına karşı girilen kapsamlı bir eleştiriler bütünü şeklinde görünmesidir. Bu bağlamda EHÇ kapsamında anılan düşünürlerin eserlerinde işlediği ortak bir temadan bahsetmek mümkündür. Bu ortak tema geleneksel hukuk öğretisinin ve modern liberal hukuk anlayışının eleştirisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Tushnet'e göre EHÇ'nin genel çerçevesi iç içe geçmiş iki konuda ortaya çıkmaktadır. Buna göre ilk olarak, EHÇ her türden formalizme yönelik sürekli bir saldırıyı ihtiva eder. İkinci olarak ise, formalizme dönük bu saldırı aynı zamanda liberal siyaset teorisine yönelik olarak da görülmelidir. Çünkü formalizmin bazı biçimleri liberal siyaset teorisinin tutarlılığı için esas olarak kabul edilmektedir. EHÇ'nin formalizm eleştirisinin taşları Amerikan Hukuki Realizm akımı tarafından döşenmiştir. Bundan dolayı formalizm eleştirisi hususunda EHÇ, AHR'nin varisi olarak görülebilir. Ancak EHÇ'nin yaklaşımı Realistlerin

teorisine nazaran oldukça kapsamlıdır. Bu bağlamda iki düşünce biçimi arasındaki en büyük fark, EHC'nin liberal siyaset teorisini reddinde kendini göstermektedir (Tushnet, 1984: 239).

David Trubek ise EHC'nin genel anlamda meşgul olduğu asıl konuyu hukuk düzeninin eleştirisi olarak belirtmektedir. Trubek'in hukuk düzeni terimiyle kast ettiği ise Weberyen anlamda rasyonel otoritenin zeminini oluşturan modern hukuk düşüncesidir (Trubek, 1984: 577). Trubek'in ifadelerinden hareketle, EHC'nin modern toplumların hukuki ve siyasi anlamda yaslandıkları hukuk devleti kavramsallaştırmasına ve beraberinde şekillenen liberal hukuk anlayışına karşı eleştirilerini odakladıkları söylenebilir. Unger, bahsedilen modern toplumun dört inançla desteklendiğini belirtmektedir. Bunlardan ilki, hukukun bir sistem olması ve dolayısıyla bir doktrin bütünü olarak sosyal davranışlarla ilgili tüm soruların cevabının hukuk ile sağlanacağına yönelik inançtır. İkincisi, bahsedilen doktrin bütününden gereken cevapların bulunabileceği özel bir hukuki akıl yürütme biçiminin var olmasıdır. Üçüncüsü, anılan doktrin kişiler ve toplum arasındaki ilişkiler hakkında tutarlı bir görüşü yansıtmaktadır. Sonuncusu ise sosyal davranış bir biçimde hukuk sistemi tarafından üretilen normları yansıtmaktadır çünkü bu normlar insanlar tarafından içselleştirilmişlerdir (Wacks, 2006: 96).

Trubek 'hukuk düzeninin eleştirisi' olarak tanımladığı terimin herhangi bir toplumda hukuk düzeninin var olduğu şeklindeki düşünceye meydan okuduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda yukarıdaki modern toplum düşüncesinin içerdiği varsayımlar EHC kuramcılar tarafından eleştirilmektedir. Dolayısıyla hukuk düzeninin eleştirisi temel olarak dört prensibe dayanmaktadır. Bunlar Trubek tarafından belirsizlik, anti-formalizm, çelişki ve marjinalite olarak ifade edilmektedir. İlk olarak belirsizlik ilkesiyle, hukukun bir sistem olmadığı ve doktrinin akla gelebilecek her sorunun cevabını kapsayamayacağı ileri sürülmektedir. İkinci olarak anti-formalizm ilkesiyle, kendi içinde özerk ve tarafsız bir hukuksal akıl yürütme biçiminin olduğu fikri reddedilmekte ve hukuk uzmanlarının ahlaki ve siyasi amaçlarından bağımsız bir hukuksal usa vurma yöntemi olmadığı iddia edilmektedir. Üçüncü olarak çelişki ilkesi ise, hukuki doktrinin insan ilişkilerine dair tek, tutarlı ve haklı bir görüş olduğu fikrine karşı çıkmakta, doktrinin daha ziyade iki veya daha fazla ve çoğu zaman rekabet halindeki görüşleri yansıtıyor olduğunu işaret etmektedir. Son olarak marjinalite ilkesiyle, hukukun sosyal davranışları belirleyici bir faktörü olduğuna inanmak için hiçbir neden olmadığı ileri sürülmektedir (Trubek, 1984: 578).

Genel olarak EHC kuramcılarının ortaklaştığı temaların ve eleştirilerin odak noktalarının tespit edilmesi açısından bir inceleme yürüten Minow, EHC'nin dört temel

faaliyet alanı olduğunu belirtmiştir. Minow'a göre ilk olarak, EHÇ kuramcılarını hukuk doktrininin belirsizliğini göstermeye çalışmaktadırlar. İkinci olarak, EHÇ'nin temsilcileri hukuki doktrinlerin belirsiz karakterlerine rağmen belirli çıkar gruplarının, sosyal sınıfların veya yerleşik ekonomik kurumların bu yasal kararlardan kendi menfaatleri doğrultusunda nasıl yararlandığını açığa çıkarmak için tarihsel ve sosyoekonomik analizlerle meşgul olmaktadır. Üçüncü olarak, hukuk doktrininin ve hukuk kültürünün, bu alanın dışındaki kimseler açısından nasıl gizemleştirildiğini ve ortaya çıkan hukuki sonuçların nasıl meşrulaştırıldığını açığa çıkarmaya çalışmaktadırlar. Dördüncü olarak ise, EHÇ kuramını yeni ortaya çıkan ya da terk edilmiş toplumsal görüşleri hukuki söylemin bir parçası yaparak, bu görüşlerin hukuki ya da siyasi alanda gerçekleşmeleri için çaba sarf etmektedirler (Minda, 1995: 108).

Sonuç olarak, EHÇ'nin eleştirilerini en genel anlamda liberal hukuk düşüncesine ve doğal olarak siyasi liberalizme yönelttiği kolaylıkla söylenebilir. Yukarıda aktarılan faaliyetler ve ortak temalar neticesinde EHÇ'nin üzerine eğildiği temel meseleler hukuki belirsizlik, hukukun tarafsızlığı ve hukukun ideolojik boyutunun analizi olarak sıralanabilir. Bunlara ek olarak, çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacak insan hakları konusuyla bağlantısı olması sebebiyle EHÇ'nin hak eleştirisi de yukarıda sayılanların ardından incelenecektir.

### **2.5.1. Hukukun belirsizliği**

EHÇ'nin hukukun belirsizliği tezi üzerine açıklamalar getirmeden evvel hukuki belirsizlik probleminin hangi boyutlarda ele alınabileceğinin ifade edilmesi gerekmektedir. Hukuki belirsizlik terimi iki boyutta ele alınabilir. İlk olarak hukuk normunun belirsiz olduğu şeklinde bir tartışma alanında değerlendirilebilir. İkinci olarak ise hukuk normunun somut olaya uygulanması sürecinde norma yüklenecek anlam dolayısıyla incelenebilir (Özkök, 2002: 1). Bu bağlamda hukuki belirsizlik tezi bir bütün olarak hem yasa koyucunun faaliyetlerini hem de yargılama sürecine ilişkin değerlendirmeleri içerisinde barındırabilmektedir. Genel olarak EHÇ kuramcılarının hukuki belirsizlik eleştirisi ise yargılama sürecinde hukuk normundan nesnel bir sonuca ulaşılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir. Başka bir deyişle, EHÇ kuramcılarının hukuki belirsizlik problemi üzerine asıl ilgisi, sorunu yargılama fonksiyonu üzerinden değerlendirmeye yöneliktir (Akbaş, 2015: 78). Ancak EHÇ kuramcılarının hukuki belirsizlik tezini yalnızca yargılama

faaliyetleri üzerine kurmadıklarını da belirtmek gerekir. Yasama faaliyetleri ve yargılama süreci arasında liberal anlayış çerçevesinde kurulan dikotomiler üzerinden bir değerlendirme yapan Duncan Kennedy, liberal hukuk teorilerinde hukukun üstünlüğü ve bireysel hakları korumanın yolunun güçler ayrılığı ilkesini gerektirdiğini dile getirmektedir. Bu bağlamda yasama ve yargı organları birbirlerinden ayrılmalı, yasama organları yalnızca yasa yaparken mahkemeler de yalnızca hüküm vermelidir. Ancak Kennedy bu normatif görüşe göre yasa yapma sürecinin kaçınılmaz olarak öznel ve dolayısıyla politik değer yargılarını içerdiğini belirtmektedir. Yasa yapma sürecine ilişkin olarak yasa koyucuların seçmenlerine hesap veren seçilmiş görevliler olduğunu belirtmekte ve dolayısıyla yasama sürecinin de siyasi ve değer yüklü olduğunu ileri sürmektedir (Kennedy, 1998: 27).

EHC'nin belirsizlik tezinin genel çerçevesini formalizm eleştirisi oluşturmaktadır. Hukuksal formalizm en genel itibariyle meşruiyet kavramıyla ilişkilidir. Formalist anlayış, herhangi bir somut olayın hukuksal usavurma yoluyla hukuk kurallarının kapsamına sokularak sonuç çıkarılması sürecini ifade etmektedir. Bu bağlamda verilen yargısal karar hukuk kurallarının gereği olarak görüldüğü için meşru sayılmaktadır (Aktaş, 2011: 68). Bir başka deyişle, hukuksal formalizm anlayışı yargılama sonucunda verilen kararın hukuk düzenince meşrulaştırılması işlevini görmektedir. Kress, birçok hukuk araştırmacısının yargısal kararların meşruiyetini yargıçların yasayı uygulaması ve dolayısıyla kendi yasalarını yaratmaması olarak algıladığını ifade etmektedir. Bu bağlamda, yargı kararlarının meşruiyeti ancak yargıçların tamamen veya dar bir biçimde sınırlandırılmasıyla elde edilmektedir (Kress, 1989: 285). Unger da hukuksal formalizmi toplumsal yaşamda meydana gelebilecek uyumsuzlukların felsefi ve ideolojik ayrımlar olmaksızın bir yasal gerekçelendirme yöntemiyle çözülebileceğine yönelik bir bağlılık ve inanç olarak tanımlamaktadır. Bu tarz bir hukuki muhakeme tarzı kişisel olmayan amaçlara, politikalara ve ilkelere başvurmaktadır. Dolayısıyla formalizm en basit haliyle boşluksuz bir kurallar sisteminden sonuç çıkarmaya yönelik bir yöntemdir. Bundan ötürü anormal ve sınırlayıcı bir hukuk durumunu işaret etmektedir (Unger, 1983: 564).

EHC'nin formalizm karşısında genel olarak aldığı pozisyon herhangi bir yargılama sürecinde nesnel bir şekilde uygulanabilecek ve doğru sonuca ulaşılmasını sağlayacak böylesi bir yöntemin mevcut olmadığı yönündedir. EHC kuramcıları için hukukun yargılama safhasında hukuk doktrini veya politika analizi biçiminde sunulup sunulmadığına bakılmaksızın, yargıçlar veya avukatların yetenekleri ne olursa olsun nesnel olarak ulaşılabilecek doğru sonuçlar yoktur. Her halükarda belli değerler arasında seçim yapılması

kaçınılmazdır (Hutchinson ve Monahan, 1984: 208). Liberal hukuk anlayışı hukukun belirli ve öngörülebilir olduğuna dair belli varsayımları içerisinde barındırır. Bu biçimiyle hukuk nesnel, tarafsız ve bağımsız olarak nitelendirilmektedir. Yargıçların görevi belli değerleri diğerlerine tercih etmek değil, hukuk kuralları neyi gerektiriyorsa onu uygulamaktır. Tüm bunlar bir arada hesaba katıldığında, EHÇ'nin hukuki belirsizlik iddiası aslına bakılırsa hukukun sınırları belli, öngörülebilir sonuçlar doğuran bir yapı olmadığının vurgulanması ve yukarıda Unger'ın bahsettiği şekliyle formalist bir yönetime olan inancın temellerinin sarsılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla EHÇ'nin hukuki belirsizlik tezi mevcut hukuk düzenine karşı duyulan güvenin sarsılması ve liberal hukuk anlayışı çerçevesinde imlenen niteliklerin sorgulanmasına vesile olmaktadır.

### **2.5.2. Hukukun tarafsızlığı**

Eleştirellerin hukukun tarafsızlığı konusu hakkındaki görüşleri hukuksal objektivizm anlayışının eleştirisi ve hukukun ideolojik niteliğini ön plana çıkarmalarıyla şekillenmektedir. Bu bağlamda hukukun tarafsızlığı meselesi esasen hukuk nazarında ideolojik tartışmaların yürütüldüğü, hukukun şekillenmesinde siyasi, ekonomik, kültürel birçok faktörün etkisinin olduğu yönündeki görüşlerle beslenmektedir. Egemen hukuk anlayışının hukuku bağımsız ve tarafsız olarak nitelendirmesine karşın, EHÇ'nin bu konu hakkındaki tutumu hukukun tarafsız bir karakter taşıdığına dolayısıyla özellikle siyasetten ayrı olarak ele alınamayacağına ilişkindir (Akbaş, 2015: 82). Bundan ötürü, hukukun tarafsızlığı mevzusunu açıklamak için öncelikle hukuksal objektivizmin ne anlam ihtiva ettiğini ifade etmek, ardından hukukun politik karakterine değinmek gerekmektedir.

Hukuksal objektivizm en genel hatlarıyla hukukun tarafsız ve nesnel bir normlar sistemi olduğu kabulüne dayanmaktadır (Akman, 2012: 234). Buna paralel olarak, Unger da objektivizmi geçerli hukuk materyallerinin savunulabilir bir insan birlikteliğini somutlaştırmasına ve sürdürmesine yönelik inanç olarak tanımlamaktadır (Unger, 1983: 565). Dolayısıyla objektivizm anlayışı hukuki düzenin karakterinin nesnel ve tarafsız olduğu vurgusuyla birlikte hukukun tüm bireylere eşit mesafede olduğu varsayımı üzerine kuruludur. Eleştireller genel olarak evrensel söyleme dayanan, toplumsal ve tarihsel bağlamları dışında tasavvur edilen, soyutlaştırılmış hukuk tasarımlarına karşı çıkmaktadır (Aktaş, 2011: 112). Bundan dolayı hukukun siyasi ilişkilerden, ekonomik yapıdan, kültürel faktörlerden bağımsız bir biçimde düşünülmemeyeceğini vurgulamaktadırlar. Hukukun

tarafllılığına ilişkin görüşler hukukun amacının saptanmasıyla daha belirgin hale gelebilir. Bu bağlamda mevcut kapitalist sistemin devamlılığını sağlamak için liberal anlayış çerçevesinde şekillenen ekonomik, siyasal ve hukuksal bir düzen gerekmektedir. Dolayısıyla liberal hukuk anlayışı, kapitalist üretim tarzıyla şekillenen ekonomik düzenin gereklerini yerine getirmek üzerine kuruludur (Akbaş, 2015: 82). Tushnet'e göre de, liberal siyaset teorisinin temel ilkelerinin kabul edilmesi, hukuk kurallarının nesnel bir içeriği varmış gibi düşünülmesini gerektirmektedir (Tushnet, 1981: 1206). Bu hukuk anlayışı, piyasa sistemine dayalı ekonomik bir yapının toplumsal ilişkilerin tarafsız, kişisel olmayan bir aracısı olabileceği düşüncesinde temel bir rol oynamaktadır. Bundan ötürü klasik hukuk tasavvurunda bireylerin sosyal baskıdan bağımsız olarak kendi tanımladıkları amaçlarını takip edebilecekleri nesnel ve tarafsız bir çerçeve sağlanması gerekmektedir (Peller, 1988: 300).

Hukukun bağımsız ve tarafsız olmadığı savı EHÇ tarafından liberalizme içkin olan bazı ikiliklerin ön plana çıkarılmasıyla vurgulanmaktadır. Eleştireller bireysel özerklik ile kamu gücü ve özgürlük ile güvenlik arasında bitimsiz bir çelişki olduğunu belirtmektedir (Hutchinson ve Monahan, 1984: 208). Kennedy'nin 'temel çelişki' olarak işaret ettiği durum bireysel özgürlüğün sağlanması için aile, arkadaşlar, bürokrasi, kültür, devlet gibi birey dışındaki diğerleriyle ilişkiler kurmanın zorunlu ve gerekli olmasıyla birlikte bu ilişkinin aynı zamanda bireyi yok etmekle tehdit etmesi şeklinde ifadesini bulur (Kennedy, 1979: 211). Bir diğer deyişle, bireyin özgürlüğe ulaşması için kamusal olanla ilişki kurması gerekli olmakla birlikte böylesi bir kamusal gücün yaratılması bireyin özgürlüğünü kısıtlamakta ve riske atmaktadır. Liberalizm ve ağdaş hukuk düşüncesi bahsedilen bu çelişkiyi bireysel ve toplumsal çıkarlar arasında süregiden rekabet olarak değerlendirirken aynı zamanda bu çatışmanın gerekli ve doğal olduğunu belirtmektedir. Buna ek olarak, anılan temel çelişki neticesinde ortaya çıkan sonucun nesnel olduğunu ve bir ahlaki güce işaret ettiğini vurgulamaktadırlar (Hutchinson ve Monahan, 1984: 209). Bu noktadan hareketle, egemen hukuk düşüncesinin evrensel bir hukuk düzeni peşinde koştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Unger, hukukun evrensel niteliği olduğu görüşüne arka çıkan bu tür bir yaklaşımlı eleştirmektedir. Ona göre, her toplumsal örgütlenme biçiminin kendine özgü, yerleşik bir hukuksal yapısı vardır (Unger, 1983: 568). Dolayısıyla zgl hukuki düzenleri evrensel kategorilere sokmak bir yanılgıdan ibarettir. Eleştireller genel olarak hukuku tarihsel bağlamında ele almaktadır. Buna karşın işlevselci yaklaşımlı insanların günlük hayatlarına dair oluşturdukları kategorileri, onların sosyal ihtiyaçlarını ve tepkilerini

nesnelleştirmekte ve bu bağlamda hayatın evrensel kategorileri olduğunu iddia etmektedir. Ancak tarihselci perspektife göre, insanların toplumsal hayata dair geliştirdikleri kalıplar ve günlük yaşamlarını düzenledikleri temel kategoriler tarihsel ve kültürel olarak değerlendirildiğinde anlamlıdır. Yani bu kategoriler belirli yerlere ve zamana özgüdürler (Gordon, 1984: 98).

Hukukun taraflı bir yapıda olduğu düşüncesi hukukun siyasetle olan ilişkisinin açığa çıkarılmasıyla daha iyi anlaşılabilir. EHÇ kuramcılarının göre, hukuk doktrinlerinin ve hukuk sistemlerinin arkasında hukuku oluşturan ve şekillendirenlerin egemenliğini yansıtan siyasi yargılar bulunmaktadır. Sözde evrensel normlar, toplumdaki belirli bir sınıfın yararına göre konuşlandırılmaktadır (Standen, 1986: 995). Liberal teori birey ve kamu gücü arasındaki çelişkiyi, sahip olunan güvenlik karşılığında bireyin özerkliğinin bir kısmını devlete teslim ederek çözmesini önermektedir. Bu bağlamda hukukun üstünlüğü ilkesi bireyin devlete karşı korunması olarak ön plana çıkmaktadır. Bireylerin liberal hukukun dayattığı şekliyle hukukun üstünlüğüne boyun eğmeleri, hukukun tarafsızlığına olan sarsılmaz inançlarına bağlıdır (Tushnet, 1981: 1206). Hukukun üstünlüğüne olan inanç neticesinde, ortaya çıkan sonuçların toplumda oluşan hiyerarşinin dayatılan tercihlerinden ziyade kişisel olmayan, tarafsız seçim yöntemlerinin ürünü olduğu söylenmektedir. Ancak EHÇ kuramcıları liberal toplumda var olan hiyerarşi ve çelişkinin hukukun üstünlüğü ideali ile maskelendiğini iddia ederler (Hutchinson ve Monahan, 1984: 209-210).

Özetle, liberal anlayış hukukun üstünlüğü, güçler ayrılığı gibi ilkelerle kendi ilke ve hedeflerine dayanak sağlayacak bir hukuki düzen tesis etme amacındadır. Bundan ötürü hukuk düzeninin, liberal siyaset teorisinin ilkelerine göre şekillenmesi gerekmektedir. Hukuksal objektivizm anlayışı hukukun bir olgu olarak siyasetten, ekonomiden, kültürden, dinden soyutlanması varsayımını içermektedir. Ancak hukuk esasen, ekonomik gücü elinde bulunduranların çıkarlarına, iktidar sahiplerinin menfaatlerine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla EHÇ'nin hukukun tarafsız niteliğine ilişkin aldığı pozisyon bu varsayımların tam zıddıdır. Hukukun nötr bir biçimde tasavvur edilmesi EHÇ açısından kabul görmemektedir.



### 2.5.3. Haklar eleştirisi

Eleştirellerin hak mevzusu hakkındaki görüşleri genel olarak liberal hukuk anlayışı üzerine yaptıkları eleştiriler ve belirsizlik tezi gibi iddialarla birlikte düşünüldüğünde anlam kazanmaktadır. EHÇ'nin haklar konusundaki eleştirileri liberal hak teorisinin işaret ettiği hak sisteminin temelinde yatan çelişkilerin açığa çıkarılması olarak görülebilir. Bundan dolayı öncelikle liberal felsefenin hakları nasıl kurguladığını ifade etmek isabetli olacaktır.

Liberal teori açısından hak kavramının kökenleri hakların doğal hukuk anlayışıyla olan bağından ileri gelmektedir. Bu anlayış açısından haklar soyut ve evrensel nitelik ihtiva ederler. Dolayısıyla liberal felsefe açısından hak kavramı, tarihsel ve sosyal bağlamlardan bağımsız olarak her zaman herkes için geçerli bir biçimde kurgulanmıştır. Bu anlayış hakların doğasını soyut ve şahsi olmayan bir biçimde tasavvur ettiği gibi hakların mutlaklaştırılmasına da yol açmaktadır. Buna karşın, EHÇ kuramcıları hakların tarihsel olarak geliştiğini ve belirli tarihsel ve kültürel bağlamlarda ele alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, Eleştireller genel itibariyle hakların soyut ya da aşkın bir gerçeği ifade ettiği görüşünü reddetmektedir (Chambers, 2004: 186). Eleştireller hukukun ve haklar söyleminin evrensel gerçeklere dayandığı fikrine karşı çıkmaktadır. EHÇ'ye göre, hukuk belirli tarihsel olguları yansıtmaktadır ve bundan ötürü belirli hakların tanınması bir dizi sosyal koşulun varlığına bağlıdır. Eleştireller, soyut hakları tüm kültürlerde insanların bütün özel ihtiyaçlarına uygulanabilir hale getirme arzusu şeklinde kendisini belli eden evrensellik iddiası karşısında, evrensel hedefler ve soyut haklar söylemi arasında süregiden çelişkiyi vurgulamaktadır. İşin ilginç yanı, benzer bir eleştiriyi modern muhafazakarlar da yapmaktadır. Modern muhafazakarlığın kurucu ismi Edmund Burke Fransız Devrimi üzerinden evrensel ve soyut ilkeleri eleştirir. Tıpkı Karl Marx'ın burjuva devrimlerini ve soyut yurttaşlık kavramını eleştirdiği gibi. EHÇ kuramcıları, hakların rasyonel bir zeminde dengelenebileceğine dair geliştirilen hak söylemine rağmen, koşullu, istikrarsız ve nesnel olmayan hakları toplumdaki belli kesimlerin gereksinimlerinin yanlış bir temsili olarak görmektedir. Buradan hareketle, onlara göre herhangi bir hak grubu çelişkili sonuçların üretilmesi ve gerekçelendirilmesi için kullanılabilir. Dolayısıyla mevcut hak söylemi, toplumsal ilişkilerin yabancılaşmış karakterinden doğar ve bu niteliğin korunmasına yardımcı olur (Miller, 1999: 54).

Sonuç olarak, EHÇ'nin haklar eleştirisinin, genel olarak sol tandanslı yaklaşımların liberal teoriye yönelttikleri eleştirilerden etkilenerek oluşturulduğu görülmektedir. Söz

geliimi Tushnet, Marksist yaklaşımın haklar mevzusuna bakışına paralel olarak, liberal hak teorisinin kapitalizm kültürünün oluşturduğu kültürel sermayenin büyük bir bölümünü oluşturduğunu belirtmektedir (Tushnet, 1984: 1363). Marksist yaklaşımda olduğu gibi EHÇ kuramcılarının hedefinde de evrensel nitelikte olduğu söylenen, soyut hak kavramsallaştırması ve imlediği liberal toplumsal düzen vardır. Bu bağlamda, EHÇ'nin genel itibariyle liberal hak kavramsallaştırmasının soyut ve gayri şahsi niteliğine eleştiriler yönelttiği söylenebilir.

### 3. BÖLÜM: İNSAN HAKLARI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İnsan hakları konusunda Türkiye’deki literatürde neler olduğuna bakıldığında birçok çalışmanın mevcut olduğu görülecektir. Ancak bu çalışmaların büyük çoğunluğunun insan haklarını pozitif hukukun sınırları içerisinde değerlendiren, daha çok hukuk tekniğinin ön plana çıkarıldığı çalışmalar olduğu göze çarpmaktadır. Giriş bölümünde hukukun toplumsal bilimlerin konusu olması açısından üç temel alanın varlığından bahsedilmiştir. Bunlar; hukuk dogmatikliği, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi alanlarıydı. Bu bağlamda yukarıda sözü edilen Türkiye’deki insan hakları çalışmalarının çoğunlukla hukuk dogmatikliği alanıyla ilişkilendirilebilen çalışmalar olduğunu söylemek mümkündür. Şöyle ki, bahsedilen çalışmalar genellikle insan haklarının kurumsallaşmasını sağlayan uluslararası sözleşmeleri, mevzuattaki insan haklarıyla ilgili düzenlemeleri veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yargı mercilerinin kararlarının hukuki analizine yönelen çalışmalardır.

Tam bu noktada belirtmek gerekir ki, okuduğunuz çalışmada da yer yer hukuk tekniği ile kast edilen biçimde yapılan açıklamalara yer verilecektir. Söz gelimi insan hakları kavramını açıklarken hak/hak sahibi kavramlarının ne anlam ihtiva ettiği veya ifade özgürlüğünü ele alırken ifade özgürlüğünün hangi yasal düzenlemelerle sınırlandırıldığı hukuki olarak açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak bunun sebebi çalışmanın hukuk dogmatikliğine yönelmesi değil, hukuku eleştirel bir biçimde ele alırken nelerin eleştirildiğinin açığa kavuşturulmasıdır. Başka bir deyişle, ele alınan kavramların hukuki anlamda nasıl tanımlandıklarını açıkça belirtmek, yasal düzenlemelerin lafzının neyi ifade ettiğini göstermek hukuku ele alırken aklımızın bir köşesinde duran şüphenin diri tutulması içindir.

Okuduğunuz bölüm genel olarak iki kısma ayrılmıştır. İlk kısım insan haklarını, ikinci kısım ifade özgürlüğünü ele alacak şekilde tasarlanmıştır. Birinci kısımda öncelikle insan hakları kavramının niteliği ve hangi boyutlarda ele alındığına dair açıklamalar yapılacak, sonrasında insan haklarının pozitif hukuk açısından kısa bir değerlendirmesi ve insan haklarının sınıflandırılması hususuna değinilecektir. Daha sonra insan haklarının temelleri inceleme konusu yapılacak, insan hakları kavramının hangi teorik ve tarihsel arka planda geliştiği düşüncesi aktarılmaya çalışılacaktır. Bu açıklamaları takiben hak kavramı ve insan haklarının öznesi konularına geçilecek ve genel olarak insan haklarının kısa bir eleştirisi sunularak ilk kısım bitirilecektir. İkinci kısımda ise ifade özgürlüğünün içeriği ve

kapsamı incelenecek, sonrasında ifade özgürlüğünün önemine ilişkin açıklamalara yer verilecek ve Türkiye'nin ifade özgürlüğü konusunda nasıl bir konumda olduğu belirtilerek ilgili bölüm sonlandırılacaktır.

### **3.1. İnsan Hakları**

#### **3.1.1. İnsan hakları kavramının niteliği ve çeşitli algılanış biçimleri**

Yukarıda değinildiği üzere, insan hakları konusuna odaklanan çalışmaların büyük bölümü ilan olunan bildirge, sözleşme vb. metinlerdeki kural ve ilkelerin hukuki açıdan yorumlanmasına ve incelenmesine ayrılmıştır. Ancak insan hakları kavramının yalnızca hukuki açıdan ele alınarak kavranabilecek bir çalışma sahası olmadığı açıktır. İnsan haklarına dair yapılan tanımlara göz atıldığında, bu tanımların tek bir disipline bağlı kalarak değerlendirilemeyecek kadar çeşitli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla çalışmanın bu kısmı kavramın nasıl bir nitelik ihtiva ettiğinin ve hangi biçimlerde algılandığının açıklanmasına ayrılmıştır.

İnsan hakları kavramı 21. yüzyıl dünyasında çok sık şekilde karşımıza çıkmaktadır. Kavramın yalnızca akademik dünyada değil günlük hayatta da yaygın kullanımı, birçok toplumsal meselede ön plana çıkarılıp tartışılması olumlu görülebileceği gibi yanlış kullanımlara da sebebiyet vermektedir. Buradan çıkarılacak en basit sonuç, insan haklarının farklı kişiler için farklı anlamların taşıyıcısı olduğudur. Söz gelimi, kimileri için insan hakları adaletsizliklerin önüne geçilmesinde başvurulacak ahlaki ve haklı bir taleptir, kimileri içinse şüpheyle yaklaşılması gereken bir slogandan başka bir anlam taşımamaktadır (Clapham, 2007: 1). Dolayısıyla insan hakları denildiğinde neyin kast edildiğinin tespit edilmesi, kavramın niteliğinin ortaya konulması ve hangi alanlara gönderme yaptığının ortaya çıkarılması konunun kavranması açısından oldukça önemlidir.

Bir deyim olarak insan haklarının çeşitli anlamlar ihtiva etmesi insan haklarının çok boyutlu bir kavram olmasından dolayıdır. Kavramın çok boyutlu niteliği felsefeyle, tarihle, hukukla ve siyasetle olan sıkı bağından ileri gelmektedir (Aybay, 2019: 111). İnsan hakları dünyadaki zulmün, tahakkümün, acının ortadan kaldırılmasının çaresi olarak sunulan bir ideal olarak görülmesi açısından felsefeyle yakından ilişkilidir. Öte yandan kölelik tarihi, savaşlar, sürgünler, haksız yargılamalar, özgürlük mücadeleleri gibi meselelerin incelenmesi açısından insanlık tarihiyle bağlantılıdır. Gündelik hukuk uygulamasında gerek anayasa gibi

iç hukuk metinlerinde gerekse ilan olunan uluslararası sözleşmelerin konusu olması açısından hukukla yakın bir bağı bulunmaktadır. Son olarak ise, uluslararası siyaset bakımından bir propaganda aracı olması ve ideolojik tartışmaları içerisinde barındırması açısından siyasetle ilişkilidir.

Bu noktada, insan haklarının tam olarak ne olduğunu ve hangi hakları kapsamına aldığını sormak önem arz etmektedir. Tabii ki insan hakları denildiğinde kast edilen insanların tüm hakları değil, özel ve dar bir kategori altındaki belli bir takım haklardır (Clapham, 2007: 5). İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ikinci maddesi, herkesin “*ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahip*” olduğunu belirtmiştir. Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi “*yüksek sözleşmeciler taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar*” şeklindedir. Dolayısıyla anılan iki önemli belgenin ifadelerine bakıldığında insanların sahip olduğu tüm hakların mevzu bahis olmadığı, ‘insan hakları’ şeklinde geliştirilen dar bir kategoriye gönderme yapıldığı görülmektedir.

Belli başlı hakların ‘insan hakları’ şeklinde tanımlanması kavramın tartışmaları geride bırakacak şekilde belirli sınırları olduğu şeklinde yorumlanabilir. İnsan hakları kavramının okuduğunuz çalışma özelinde ele alınan diğer bir niteliği bu noktada ön plana çıkmaktadır. İnsan hakları zaman içerisinde değişmeyen, genişlemeyen, statik bir kavram olmayıp aksine, düşünce tarihinde ortaya çıkışından itibaren sürekli olarak değişen ve gelişen bir kavram olarak görünmektedir. Bundan dolayı insan haklarının dinamik bir karakteri olduğu ve zaman içerisinde toplumsal duruma veya düzenlemeyi oluşturanların amacına göre kapsamının değişebildiği söylenebilir (Aybay, 2019: 8).

Bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı bir biçimde açıklanacak olmakla birlikte, tarihin seyri içerisinde insan haklarının bir hayli çeşitlendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İnsan hakları ve özgürlük kavramlarının birbiriyle olan sıkı ilişkisinden dolayı çağdaş anlamda insan hakları başlangıç aşamasında yalnızca yaşama hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel hakları esas almış, hakların gerçekleşmesi için devletin bireyleri özgür bırakmasının yeterli olacağını varsaymıştır. Dolayısıyla çağdaş anlamda insan haklarının ilan edildiği temel metinlerin yaklaşımına bakıldığında, devlet gücünün hakların gerçekleşmesi açısından negatif bir rolde olduğu söylenebilir. Ancak zaman içerisinde farklı yaklaşımlar ortaya çıkmış, devletin bireyleri ‘özgür’ bırakmasının insan hakları ülküsüne ve hakların

gerçekleşmesi konusunda yeterli olamayacağı vurgulanmıştır. Devletin yalnızca kamu düzenini sağlamakla yetinmesinin insan haklarının gerçekleşmesi açısından yetersiz kalacağı, vadettiği düzeni beraberinde getiremeyeceği dolayısıyla belli başlı pozitif davranışlarda bulunmasının da gerekli olduğunun kabulüyle birlikte yukarıda anılan klasik hakların haricinde ekonomik ve sosyal haklar, çevre hakkı, barış hakkı gibi haklar gündeme gelmiş ve kavramın kapsamı zaman içerisinde genişlemiştir (Aybay, 2019: 73). Dolayısıyla başlangıcından bu yana insan hakları kavramının en temel niteliklerinden birisi özünde barındırdığı dinamizmdir.

Okuduğunuz çalışmada insan hakları kavramının niteliğine ilişkin belirtilmesi gereken son özellik, insan haklarının hukuki niteliğine yöneliktir. İnsan hakları hakkındaki düzenlemeler evrensel olma gayesiyle hareket etmekte ve dünyadaki herkesi kapsama niyetindedir. Dolayısıyla evrenselliği sağlayabilmenin koşulu olarak insan haklarının ulusal sınırların ötesinde bir anlam ihtiva etmesi gerekmektedir. Zaman zaman insan hakları deyimi kamu özgürlükleri ve yurttaş haklarıyla karıştırılmakta ve bu çerçevede değerlendirilmektedir. Aybay'a göre temel hak ve özgürlükler, kamu özgürlükleri gibi konular devletlerin iç hukukunu ilgilendiren konular olmakla birlikte, bu hak ve özgürlükler ancak uluslararası hukuk tarafından tanındıkları, uluslararası yargı mekanizmalarıyla korumaya alındıkları ölçüde 'insan hakkı' kavramının kapsamına girerler. Bundan ötürü insan haklarının hukuki niteliği kavramın uluslararası karakterinde ortaya çıkmaktadır (Aybay, 2019: 112-113). Yani pozitif hukuk açısından bir hak veya özgürlüğün insan haklarının kapsamına girip girmediğinin anlaşılabilmesi için bu hak veya özgürlüklerin ihlal edilmesi durumunda başvurulabilecek uluslararası bir mekanizmanın var olup olmadığına bakılması gerekmektedir. Aybay'a göre, eğer bahsedilen ihlaller uluslararası arenaya taşınmıyorsa ve yalnızca iç hukukta öne sürülebiliyorsa bu haklar 'insan hakları' kapsamında değerlendirilmemelidir (Aybay, 2019: 69).

### **3.1.2. Pozitif hukuk açısından insan hakları ve hakların sınıflandırılması**

Pozitif hukuk açısından insan hakları esasen insan hakları kavramı ve etrafında şekillenen hakların hukuk metinlerinde nasıl ifade edildiği ve düzenlendiğine ilişkin hukuk tekniğiyle yani normlar ve bu normların yorumlanmasıyla alakadar olan bir incelemedir. Hukuki anlamda hangi hakların insan hakkı olduğu, bu hakların diğer hak türlerinden ne şekilde ayrıldığı, hakların ihlal edilmesi durumunda nereye ne şekilde başvurulacağı gibi

temel hukuki meselelerin anlaşılabilmesi için bu tarz bir inceleme gereklidir. Bir başka deyişle pozitif hukuk esasen belli bir dönemde yürürlükte olan hukuki düzenlemeleri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. İçeriğinden ve kapsamından bağımsız olarak hukuki alana taşınmış yasal nitelikteki düzenlemelere yani hukukun uygulama safhasında başvurulacak hukuki kuralların bütününe işaret etmektedir. Bu noktadan hareketle belli bir düşüncenin, bir ülkünün hukuki anlamda değer kazanabilmesi ve hukuki bir ifade biçimini alabilmesi için pozitif hukuka dönüşmesi yani hukuk metinlerinde kapsamının, içeriğinin, sınırlarının düzenlenmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir.

İnsan hakları düşüncesinin tarihi konusunda yapılan incelemelerin Antik Yunan zamanına kadar uzanabildiği görülmektedir. Bu anlamda birçok çalışmanın insan hakları düşüncesinin izlerini tarihin oldukça eski zamanlarına kadar takip ettiğini ve insan hakları fikrinin kökenlerine dair bir inceleme yürüttüğünü söylemek mümkündür. Temel haklar ve özgürlükler, yurttaş hakları, medeni haklar gibi birçok kavramın bu şekilde yürütülen incelemelerin konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İlerleyen bölümlerde insanlık fikrinin ortaya çıkışı ve hak kavramının tarihsel süreç içerisindeki dönüşümüne daha detaylı bir şekilde değinileceğinden dolayı burada yalnızca pozitif hukuk açısından insan hakları ve hakların sınıflandırılması bağlamında bir değerlendirme yapılmakla yetinilecektir.

İnsan hakları fikrinin ortaya çıkışı insan haklarının pozitif hukuka dönüşümünden oldukça eskidir. İnsan haklarının pozitif hukuka dönüşümünün hız kazandığı zaman ise 2. Dünya Savaşı sonrası döneme denk gelmektedir. Bu bağlamda 2. Dünya Savaşı ve sonrasında yaşanan gelişmelere kadar insan hakları fikrinin felsefi ve ahlaki bir ideal olduğu ancak anılan tarihlerden sonra hukuki anlamda somutlaşmaya başladığını söylemek mümkündür. 1945'te imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın amaç ve ilkelerinin belirtildiği bölümde insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ilkesine yer verilmesiyle birlikte insan hakları uluslararası boyutta yaygınlık kazanmış ve hukuki alana taşınmaya başlamıştır (Aybay, 2019: 47).

Çağdaş anlamda insan hakları düşüncesinin temel hukuki kaynakları 18. ve 19. yüzyıllarda ilan olunan bildirgeler, sözleşmeler, uluslararası belgelerdir. Ancak 2. Dünya Savaşı sonrası dönemde insan hakları düşüncesinin hukuki anlamda somutlaşması hız kazanmış, hakların kapsamı bir hayli genişlemiştir. İnsan haklarına ilişkin belgelerin savaşların, kıyımların, acının ve tahakkümün izlerini taşıdıklarını söylemek yanlış olmayacaktır. Tüm dünyayı etkisi altına alan savaşın yarattığı derin sarsıntı devletleri insan haklarının tanınması, korunması ve yaygınlaştırılması hususunda girişimlerde bulunmaya

sevk etmiştir. Bu girişimlere ilişkin 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi örnek olarak gösterilebilir.

İnsan hakları fikrinin yaygınlaşması, insan haklarına dair ortaya çıkan uluslararası belgelerin sayısının artması, zaman içerisinde hakların kapsamının genişlemesi ve çeşitlenmesi neticesinde akademik dünyada hakların çeşitli ölçütlere göre sınıflandırılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu bağlamda insan haklarının diğer hak türleri arasında nerede konumlandığını, nasıl sınıflandırıldığını tespit etmek gerekmektedir. Hakların kategorize edilmesi ve sınıflandırılması hususunda literatürde bir fikir birliği olduğunu söylemek mümkün değildir. Kimi yazarlar insan haklarının tarihsel süreçte ortaya çıktıkları zamana göre bir sınıflandırma yaparken, kimileri ise bazı insan haklarının diğer haklardan daha öncelikli ve değerli olduğu şeklinde bir yaklaşım benimseyerek hakların değeri ve önceliği üzerine bir tasnifi uygun bulmaktadır. Dolayısıyla çalışmanın bu kısmının geri kalanında çeşitli insan hakları sınıflandırmalarına yer verilecek ve bu kategorize etme çabalarına yöneltilen bazı eleştiriler ifade edilecektir.

İlk olarak, tarihsel bir insan hakları sınıflandırması olarak görülebilecek Karel Vasak'ın 'insan hakları kuşakları' ele alınacaktır. Vasak, 1979 yılında Fransız Devrimi'nin üç temel motifi olan özgürlük, eşitlik ve kardeşlik temalarından hareketle insan haklarının üç kuşaktan oluştuğunu dile getirmiştir. Bu sınıflandırmaya göre birinci kuşak haklar olan medeni ve siyasal haklar özgürlük temasını, ikinci kuşak haklar olan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar eşitlik temasını ve son olarak üçüncü kuşak haklar olarak dayanışma haklarını kardeşlik temasıyla özdeşleştirerek insan haklarını sınıflandırmıştır (Özkan, 2015: 117).

Birinci kuşak olarak anılan haklar literatürde 'klasik haklar' şeklinde de ifadesini bulan siyasal iktidarın sınırlanması ve bireyin özgürlüğünün esas alındığı hakları işaret etmektedir. Magna Carta, Haklar Beyannamesi, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi, Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi gibi metinlerde dayanağını bulan bu haklar yaşam hakkı, kişi güvenliği, mülkiyet hakkı, ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, yasa önünde eşitlik gibi temel hakları kapsamaktadır (Aybay, 2019: 92). Birinci kuşak haklar, aslına bakılırsa insan hakları fikrinin yerleşik bir düşünce biçimi haline gelmesinin ilk ürünleridir. İnsan hakları düşüncesinin özgürlük kavramıyla yakın ilişkisinden dolayı hakların gelişim sürecinde ilk olarak ortaya çıkan bu haklar, genel itibarıyla bireyin özgürlüğünü ön plana çıkarmakta ve devletin bireyleri kendi özgür alanlarında serbest bırakması gerektiği anlayışına dayanmaktadır. Bu bakımdan birinci kuşak haklara 'devlete karşı haklar' veya 'negatif haklar' da denilmektedir (Özkan, 2015: 118). Birinci kuşak haklar söz konusu



olduğunda devletin rolü eylemde bulunmaktan ziyade bireylerin özgürlüklerine karışmamak olduğundan dolayı böyle bir isimlendirmenin yapıldığı söylenebilir.

İkinci kuşak haklar, insan hakları düşüncesinin gelişimindeki bir sonraki evreyi işaret eden ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ifade etmek için kullanılmaktadır. Klasik hakların temel hak ve özgürlükleri güvence altına alması, tarihin seyri içerisinde toplumun birçok kesiminin bu haklardan fiilen yararlanamaması sebebiyle yeterli olmamıştır. Feodal düzenin egemenlerine ve ayrıcalıklı soylu kesime karşı burjuvanın başlattığı mücadele sonuç vermiş ve temel haklar hususunda bir zafer kazanılmıştı. Ancak klasik haklar ışığında şekillenen yeni toplum düzeninin pek de eşitlik getiren bir düzen olmadığı ortaya çıkmıştı. Esasen birinci kuşak haklardan yararlanabilen toplumun oldukça küçük bir kesimiydi (Aybay, 2019: 94). Klasik hakların mevcudiyetine rağmen Sanayi Devrimi sürecinde işçiler ağır koşullar altında ezilmiş ve fiilen hak ve özgürlüklerini kullanamaz hale gelmişlerdi. Bu bakımdan genel olarak çalışma şartlarının düzeltilmesi, ücretlerin arttırılması, sendikalaşma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, grev hakkı gibi işçilerin talepleriyle şekillenen haklar gündeme gelmiştir. Anılan bu ikinci kuşak haklar, birinci kuşak hakların aksine devletin aktif bir şekilde toplumda meydana gelen eşitsizlikleri gidermesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu bakımdan ikinci kuşak haklar devletin eylemde bulunması, ekonomik ve sosyal alanlarda belli düzenlemeler yapması gerektiği düşüncesi üzerine inşa edildiği için ‘pozitif haklar’ olarak da anılmaktadır (Özkan, 2015: 119).

Üçüncü kuşak haklar dayanışma hakları olarak da ifade edilen hakları işaret etmek için kullanılmaktadır. Nasıl ki klasik hakların mevcudiyeti insan hakları düşüncesinin amaçlarını gerçekleştirmek hususunda yetersiz kalmış ve sonrasında ekonomik, sosyal, kültürel haklar gündeme gelmişse üçüncü kuşak haklar bakımından da benzer bir durum söz konusudur. 2. Dünya Savaşı sonrasında nükleer savaş, çevre kirliliği gibi sorunlar baş gösterince hakların gerçekleşmesi hususunda mevcut çabaların yetersiz kaldığı görülmüş ve diğer kuşak haklardan farklı olarak özellikle bireylerin değil toplumların ön planda olduğu bir düşünce gelişmiştir. Bu haklar genel olarak çevre hakkı, barış hakkı, kalkınma hakkı, insanlığın ortak mirasından yararlanma hakkı gibi bireysel nitelikte olmayan kolektif hakları ifade etmektedir. Dolayısıyla diğer kuşakların aksine üçüncü kuşak haklar uluslar üstü bir nitelik arz etmekte ve tüm insanlığın haklarının korunması düşüncesine dayanmaktadır (Özkan, 2015: 120).

Vasak’ın kuşak sınıflandırmasında olmayan ancak günümüzde bilim ve teknolojiye ilerlemeler neticesinde ortaya çıkan bazı haklar bulunmaktadır. Nitelikleri

sebebiyle anılan üç kuşağa da dahil edilemeyen bu tür haklar dördüncü kuşak haklar olarak anılmaktadır (Özkan, 2015: 121-122). Bilim ve teknolojiye yaşanan gelişmeler bazı etik sorunlar meydana getirmiş ve bu konular üzerinde çeşitli düzenlemelerin yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır. İnsanların klonlanmasının yasaklanması, kişisel verilerin korunması gibi haklar bu kategoriye girmektedir.

Özetle, Vasak'ın geliştirdiği insan hakları kuşakları sınıflandırması tarihsel bir insan hakları şeması gibi görünmektedir. İnsan hakları kuşaklarının, hakları yalnızca tarihsel süreç içerisinde ortaya çıktıkları zamana göre sınıflandıran bir yöntemin ürünü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda hakların değeri ve önceliği hususunda bir inceleme yapılmaması dolayısıyla zararsız bir sınıflandırma şekli gibi gözükse de toplumsal değişimin bir hayli hızlandığı günümüz dünyasında kuşak sınıflandırmasının ne kadar etkili ve faydalı olacağı tartışmaya açıktır.

Basitçe insan hakları, belli temel hak ve özgürlüklerin tanınması, bireysel ve kolektif birtakım taleplerin hukuki alana taşınması olarak görülebilir. Ancak insan hakları düşüncesini kurumsallaştıran, uluslararası nitelik ihtiva eden metinlere bakıldığında anılan hak ve özgürlüklerin belli koşullar altında hukuken sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Ulusal güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, suçun önlenmesi, savaşlar ve olağanüstü haller gibi nedenlerle hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi, belli durumlar neticesinde bazı hakların askıya alınabilecekleri kabul edilmiştir. İnsan haklarının belli şartlar altında sınırlandırılabilir nitelikte olması, bu sınırların ayırt edici bazı özelliklerinin olması sebebiyle bizleri bir diğer sınıflandırma biçimine götürmektedir. Bu bağlamda okuduğunuz çalışma özelinde anılacak bir diğer sınıflandırma biçimi insan haklarının sınırlandırılabilir ölçütlerine göre yapılan değerlendirmedir. Aybay, insan haklarının sınırlandırılabilir ölçütlerine göre üç kategoriye ayrılabilmesini belirtmiştir. Bunlar: olağan şartlar altında sınırlandırılabilen haklar, olağanüstü şartlarda askıya alınabilen haklar ve olağanüstü hallerde bile mutlak olarak saygı gösterilmesi gereken haklardır (Aybay, 2019: 98-101). Olağan şartlar altında sınırlandırılabilen haklar ile kast edilen, hakların ifade edildiği hukuk metinlerinde öngörülen genel sınırlamalardan ibarettir. Olağanüstü şartlar altında askıya alınabilecek haklar ise doğa felaketleri, savaş, ekonomik bunalım gibi hallerde olağan koşullar dışında meydana gelen hayat şartları söz konusu olduğunda bazı hak ve özgürlüklerin geçici olarak askıya alınabileceğini ifade etmektedir. Son olarak olağanüstü hallerde dahi mutlak bir biçimde saygı gösterilmesi gereken haklar ise her ne olursa olsun sınırlandırılmayan, askıya alınamayan hakları işaret etmektedir.

Hakların sınırlandırılabilme ölçütlerine göre yapılan sınıflandırma, insan hakları arasında bir değer yarışması yapmaktansa hukuken insan haklarının değerlendirilmesi hususunda yararlı görülebilecek bir kategorik değerlendirme olarak öne çıkmaktadır. Uluslararası hukuk metinleri, hakları ve özgürlükleri tesis etmekle birlikte onların çerçevesini ve uygulama yöntemlerini de içermektedir. Yukarıda bahsedilen sınıflandırma şekli de hukuken hangi sınırlar çerçevesinde bu hak ve özgürlüklere müdahale edilebileceğine dair ilgili maddelerin lafzının incelenmesiyle ortaya çıkan genel bir hukuki bakışı ifade etmesi açısından önemlidir.

Tüm bu açıklamalardan sonra hak kategorilerinin niteliği ve hakların sınıflandırılmasına ilişkin olarak Craig Scott'ın görüşlerinden bahsetmek yararlı olacaktır. Belirtmek gerekir ki, Scott'ın görüşleri esasen insan hakları konusunda bir sınıflandırma yapmaktan ziyade var olan kategorilerin karakteristik özelliklerini tahlil ederek hakların analizinde kategorik sınırların aşılmasına yöneliktir. Scott, genel itibariyle insan haklarının ve dolayısıyla insan hakları hukukunun referans noktasının insanın insan olma kapasitesinin artırılmasının teşvik edilmesi olduğunu ileri sürmektedir. O'na göre insan hakları terimi, hakları bir biçimde somut ve nesnel varlıklar olarak betimleyerek ön plana çıkarmaktadır. Oysa hak analizinde haklar arasında karşılıklı bağımlılık söz konusudur ve karşılıklı bağımlılık fikri hakların yüceltilmesi için değil bizzat insanların yararı içindir (Scott, 1999: 635).

Scott, insan hakları kategorilerine ilişkin analizine iki temel kategoriden bahsederek başlar. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (*Universal Declaration of Human Rights, UDHR*) kabul edildiği ilk zamanlarda olmasa da daha sonra ortaya çıkan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (*International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR*) ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR*) bu kategorik ayrışmanın başlıca unsurları olarak öne çıkmaktadır. Bu bağlamda, insan hakları kategorilerine ilişkin analizin başlangıç noktasını yukarıda anılan iki temel kategorideki haklar oluşturmaktadır. Scott'ın çalışmasındaki asıl amacı, yanlış kurulmuş dikotomiler neticesinde kısıtlı bir anlayışa hapsolmaktan ziyade, insan haklarının korunmasına ilişkin temel değerler ışığında daha kapsayıcı bir insan hakları analizi oluşturmaktır. Çünkü insan haklarına dair kurgulanan kategoriler, insan hakları fikrinin özündeki amaçlardan ve sosyal gerçeklikten kopuk bir biçimde, insan haklarının amaçladığı korumaları azaltabilecek bir hukuki formalizme dönüşme riski barındırmaktadır. Bu yüzden Scott'ın savunduğu fikir, kategorilerin katı

sınırlarından sıyrılarak yapılacak bir insan hakları analizinin hakların korunmasına ilişkin temel çıkarılara daha iyi odaklanabileceği yönündedir (Scott, 1999: 633-637).

Bu noktadan itibaren kategorilerin katı yapısını aşmak ve insan hakları fikrinin temelinde yatan kapsayıcı amaçları gerçekleştirmek adına insan hakları kategorilerinin niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda insan hakları kategorilerinin niteliğine ilişkin üç özellik ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, kategorilerin geçici olmasına ilişkindir. Öyle ki, kategoriler normatif veya ampirik yapıların anlamlandırılması için mevcut olan enstrümanlardır. Bir insan hakkı kategorisinin arzu edilirliliği zaman içerisinde değişen şartlar ışığında tekrardan ele alınabilir, faydasız görüldüğü takdirde revize edilebilir. Bu açıdan kategorilerin zamansız veya değişmez oldukları söylenemez. Kategorilerin ikinci karakteristik özelliği kısmi olmalarına ilişkindir. Kategorik olarak çerçevelenen haklar, insan hakları bütünüünün birer parçasıdır. İnsan hakları düşüncesinin bütünüüne dair hedeflenen amaçlar zaman içerisinde değiştikçe hakların bütünüyle uyuşması gereken kategoriler de değişebilmektedir. Son özellik ise kategorilerin bir önceki niteliğiyle ilişkilidir. İnsan hakları kategorileri kısmi olmalarından dolayı ancak ilişkisel olarak bir arada değerlendirildiklerinde tam olarak anlaşılabilirlerdir. Mevcut bir insan hakları kategorisinin içeriği büyük ölçüde diğer kategorideki haklarla olan ilişkisiyle anlam kazanmaktadır. Genellikle haklar konusundaki bir iddia yalnızca bir kategori altında sıralanan haklarla sınırlı değildir. Dolayısıyla insan hakları ancak ilişkisel olarak birbirleriyle bağlantılı biçimde değerlendirildiğinde anlam kazanmaktadır (Scott, 1999: 642).

Tabi ki, Scott'ın insan hakları kategorilerine ilişkin analizi yukarıda anlatılanlarla sınırlı değildir. Ancak bu çalışma özelinde, insan hakları kategorilerinin geçici, kısmi ve ilişkisel nitelikte olduklarının ortaya konması ve insan haklarını yalnızca kategorik sınırlar dahilinde düşünmenin sakıncalarına işaret etmesi bakımından aktarılanlar yeterli görünmektedir.

### **3.1.3. İnsan haklarının temelleri**

İnsan hakları fikrinin izlerini tarihin çok eski dönemlerine kadar götürmek mümkündür. Bugün alakadar olduğumuz özgürlük, demokrasi, hukukun üstünlüğü gibi birçok kavramda olduğu gibi insan hakları fikrinin tohumlarını Antik Yunan dönemi

eserlerine kadar takip eden bir hayli çalışma olduğu görülmektedir. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki okuduğunuz çalışma özelinde detaylı, tarihsel bir insan hakları düşüncesi incelemesi yapılmayacaktır. Söz gelimi insan hakları fikrinin önemli bir düşünsel kaynağı olarak doğal hukuk anlayışına kısaca değinilecek, doğal hukuk kuramcılarının görüşleri ayrıntılı bir incelemeye tabi tutulmayacaktır. Bunun sebebi, bahsedilen şekilde yapılacak bir araştırmanın bu çalışmanın sınırlarının çok ötesinde olmasıdır. Okuduğunuz çalışma özelinde bu kısmın asıl odak noktası, çağdaş anlamda insan hakları fikrinin nasıl şekillendiği ve hangi kuramsal temeller üzerine oturtulduğudur.

Michael Perry'e göre, insan hakları fikri genel olarak iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölüm, insan onuruna ve değerine ilişkindir. Buna göre, her insan doğuştan bir itibara ve değere sahiptir. Bu değer ve itibar dolayısıyla her insan kutsaldır. İnsan hakları düşüncesinin ikinci bölümü ise insan yaşamının ahlaki boyutunu işaret etmektedir. Buna göre, her insan kutsal kabul edildiğinden dolayı bazı seçimler yapılmalı bazı seçimler ise reddedilmelidir. Bazı şeyler hiçbir insana yapılmamalıyken bazı şeyler ise her insan için yapılmalıdır. Dolayısıyla insan hakları fikrini kabul edenler açısından insan hakları düşüncesi belli bir ahlaki sınır çizmektedir (Perry, 1998: 4-5). Perry'nin yukarıdaki görüşlerinden hareketle, insan hakları düşüncesinin temelinde hakkın kaynağı olarak bizzat insanın varlığının bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Diğer bir nokta ise, insanın doğuştan sahip olduğu değer ve insan onuru dolayısıyla insan hakları düşüncesinin ahlaki bir boyutunun olduğudur. Bu açıdan bakıldığında zaman insan haklarının temellerine ilişkin sorgulama hukuki olmaktan çok, siyasi ve felsefi düşüncelerin incelenmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla çağdaş anlamda insan hakları fikrini şekillendiren, besleyip genişleten düşünsel süreçlerin incelenmesi başlangıç noktası olacaktır.

Çağdaş anlamda insan hakları fikrinin temellerini Aydınlanma Çağı düşünürlerinin çalışmalarında bulmak mümkündür. John Locke ve Jean Jacques Rousseau gibi düşünürlerin çalışmaları hem insan hakları düşüncesi hem de modern siyaset teorileri açısından oldukça önemlidir. 17. ve 18. yüzyıllarda feodal düzene ve mutlak monarşinin dayanak noktalarına karşı başlatılan düşünsel mücadele egemenliğin bir biçimde sınırlanması gerektiği düşüncesine dayanmaktaydı. Bahsedilen süreç genel olarak eski geleneklerin gölgesinde kalan düşünce kalıplarının değiştirilmesi yoluyla yeni bir bilgi anlayışı kurmak ve aklın merkeze alınmasıyla birlikte özgürleşmenin sağlanacağına dair bitimsiz bir çaba olarak da görülebilir. Kant'ın evrensel nitelikteki ahlak felsefesi ve liberalizmin tohumlarını atan düşünürlerin siyasal iktidarın meşruiyetine, insanın doğal, vazgeçilmez ve devredilmez

birtakım hakları olduğuna dair görüşleri çağdaş anlamda insan hakları fikrinin temelinde bulunan düşüncelerdir.

Aydınlanma Çağı, insanın genel olarak akıl yoluyla özgürleşmesini esas alan, bu bağlamda yerleşik pek çok düşünce sisteminin temelden değişmesine sebep olan büyük bir fikirsel değişim süreci olarak okunabilir. Dolayısıyla bu sürecin ortaya çıkardığı ‘modern’ fikirlerin temellerini bazı kavramsal setlerin geçirdiği değişim üzerinden incelemek faydalı olacaktır. İnsan hakları fikrinin temellerine dair bir inceleme yürütüldüğünde tarihsel süreç içerisinde bazı kavramlar nazarında kurulan dikotomilerin tersine çevrildiği görülür. Modernitenin özündeki geleneklerden ve yerleşik fikirlerden kopma teması düşünce yapılarının merkezine aklın ve insanın yerleştirilmesiyle şekillenmektedir. İnsan hakları fikrinin ağırlık kazandığı bu süreç boyunca siyasi düşünce alanında görevden haklara, toplumsal yaşama dair geliştirilen düşüncelerde de toplum ve topluluk temelli düşünceden bireyleri ve insanlığı esas alan düşünce yapısına doğru bir dönüşümün yaşandığı görülmektedir.

“İnsan dünyanın merkezi haline getirildi, iradesi toplumsal örgütlenmenin ilkesi oldu, sınırsız ve dizginlenemez arzusuna kamusal tanınma sağlandı. Bu ikiz süreç tarihsel olarak bağlantılı, ancak politik olarak ayrı olan klasik doğa söylemi ve insan haklarının çağdaş pratiğinin izleyeceği yolu belirledi” (Douzinas, 2018: 35).

Düşünsel alanda gerçekleşen bu büyük değişimleri ön plana çıkaran Douzinas, insan haklarının birey ve toplum arasında kurulan geleneksel öncelik ilişkisini tersine çevirdiğini ifade etmektedir. Modernite süreci kendinden önceki dönemlerin aksine insanı akıl yoluyla özgürleştirmiş, yurttaşları bireylere dönüştürmüştür. Aydınlanma Çağı sürecinde toplumsal ve siyasi örgütlenmenin merkezine de bahsedilen birey imgesi yerleştirilmiştir. İnsan hakları bu büyük değişimlerin taşıyıcısı hatta bir anlamda yaratıcısı olarak görülebilir. Bundan dolayı Douzinas, insan haklarını modern siyasetin ve hukukun en büyük icadı olarak görmektedir (Douzinas, 2018: 34).

Çağdaş anlamda insan hakları düşüncesi toplumsal ve siyasal alanda gerçekleşen büyük çaplı dönüşümlerin merkezinde şekillenmiştir. İnsanın yaşam, özgürlük, mülkiyet gibi devredilmez ve bölünmez hakları olduğunu savunan doğal hukuk anlayışı, bu hakları esas alan siyasal bir örgütlenme biçimini ve siyasi bir düşünce sistemini gerekli kılmaktadır. İnsan hakları düşüncesi genel olarak bireyi merkeze alan ve bireye belli şekillerde özgürlükler tanınmasıyla ilgili kavramsal bir bütün olarak okunabileceğinden dolayı insan haklarının birey, özgürlük, akıl gibi temaları esas alan siyasi bir rejimle ilişkili olması

gerekmektedir. Bu anlamda katı bir nedenselliğin kısılcasına düşmeden insan hakları ile liberalizmin birbiriyle sıkı sıkıya bağlı olduğunu belirtmek yanlış bir değerlendirme olmayacaktır.

İnsan haklarının özünde yer alan insan onuru ve değerinin korunmasına yönelik söylem çeşitli uluslararası insan hakları belgelerinde açıkça yer almaktadır. Örnek vermek gerekirse İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, “*insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğal yapısındaki onuru ile eşit ve devredilemez haklarını tanımanın dünyada özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğu...*” ibaresiyle başlamaktadır. Buna göre, genel olarak insan hakları fikri insanın doğuştan gelen onurundan kaynaklanmaktadır. Ancak burada altı çizilmesi gereken husus, her toplumun belli bir insan onuru kavrayışı olmakla birlikte uluslararası insan hakları fikrinin altında yatan insan onuru kavrayışının belirli bir türde liberal rejime ihtiyaç duyduğudur. Bu noktada insan onuru ve insan hakları kavramlarına dair bir ayırım yapılması gerekmektedir. İnsan onuru kavramı ilk olarak insanın kişiliğinin ahlaki doğasına ve değerine, daha sonra ise bu kişinin toplumla olan politik ve sosyal ilişkilerine ilişkin belli türden anlayışları ifade etmektedir. İnsan hakları kavramı ise, insanın insan olması dolayısıyla sahip olduğu eşit ve devredilemez haklarını içeren, devlete karşı bu hakların öne sürülmesini temel alan bir anlayışı işaret etmektedir. Bu anlamıyla insan hakları, insan onurunun ayırt edici bir biçimini gerçekleştirmeyi amaçlayan belirli bir sosyal uygulama olarak görünmektedir (Howard ve Donnelly, 1986: 802).

Liberalizm ile insan hakları arasındaki felsefi ve yapısal bağlantıyı ortaya çıkarmaya çalışırken ilk olarak liberalizmin başlıca unsurlarının ifade edilişiyle başlamak bahsedilen bağlantıyı daha net bir biçimde görebilmek açısından yararlı olacaktır. Liberalizm en yalın haliyle sanayileşmiş Batı dünyasının ideolojisi olarak tanımlanabilir. Bu ideolojinin belli temel unsurlarının ortaya konması hangi kavramlara nasıl yön verdiğini anlamak açısından faydalı olacaktır. Liberalizmin bu çalışma özelinde öne çıkarılacak başlıca unsurları bireycilik, özgürlük, akıl ve eşitlik temalarıdır. Bireycilik, liberal ideolojinin merkezinde yer alan ilkedir. Buna göre bireysel olarak insan, herhangi bir toplumsal gruptan veya devlet gibi örgütlenmelerden daha yüksek bir öneme sahiptir. Bireye verilen önemden hareketle liberal ideolojinin yücelttiği ve ön plana çıkardığı en önemli değer, bireysel özgürlüktür. Liberal ideoloji bireylerin özgürlüğünü diğer birçok değere nazaran öncelikli olarak kabul eder ve bireylerin maksimum düzeyde özgürlüğe sahip olmaları idealini taşır. Liberal ideolojiye dair bahsedilecek üçüncü unsur yönetime ilişkindir. Liberal görüş dünyanın rasyonel bir yapıda olduğunu belirterek, bu yapının akıl yoluyla keşfedilebileceğini ileri sürmektedir. Son olarak

ise liberal ideoloji açısından eşitlik, insanların ahlaki olarak eşit olduklarını, eşit olduklarını ileri sürmektedir. Bu anlamda liberalizmin imlediği eşitlik hukuki ve siyasi alanda eşitlik olarak karşımıza çıkmaktadır (Heywood, 2017: 57-58).

Yukarıda sayılan liberalizmin özündeki unsurlardan hareketle, insan hakları fikrinin bahsedilen unsurların etrafında şekillendiği söylenebilir. İnsan hakları en genel itibarıyla bireyin devlete karşı ileri sürdüğü birtakım iddialar olarak anlaşılmaya başladığında, insan haklarının liberal ideolojiyle olan ilişkisi açığa çıkmaktadır. Öyle ki, insan hakları şeklinde ifadesini bulan normlar genel bir çerçeveden bakıldığında bireyin devlet üzerinde önceliğini vurgulayan bir düşünce şeklini göstermektedir. Başka bir ifadeyle liberal görüş, birey ve devlet arasında ortaya çıkan çatışmalarda insan haklarıyla çerçevelenen alanlarda önceliği bireye vermektedir. Dolayısıyla bahsedilen şekliyle liberalizm, uluslararası insan hakları için felsefi ve yapısal bir temel sağlamaktadır (Howard ve Donnelly, 1986: 802-804).

Sonuç olarak, çağdaş insan hakları düşüncesinin temelinde hukuki olarak doğal hukuk neticesinde ortaya çıkan doğal hakların modern ve seküler bir yeniden yorumlanmasının yer aldığı söylenebilir. Doğal haklar kavramsallaştırması ile kurulan yapı tarihsel süreç içerisinde insan haklarına evrilmiş ve günümüzdeki halini almıştır. Felsefi ve siyasi olarak ise insan haklarının liberal düşünceyle sıkı bir bağı bulunmaktadır. Bu anlamda bireyin ön plana çıkarıldığı, akıl yoluyla özgürleşmenin vurgulandığı liberal düşünce çağdaş insan hakları düşüncesine teorik arka planı sağlayan düşünce biçimidir denilebilir.

### **3.1.4. Hak kavramı ve insan haklarının öznesi**

#### **3.1.4.1. Hak kavramı**

Hak sözcüğünün dilimizde birçok anlamı bulunmaktadır. Adalet, doğruluk, emek karşılığı verilen ücret gibi birçok farklı anlamı içinde barındırır. İnsan hakları kavramı çerçevesindeki hukuki hak tanımı ise kişilere hukuk düzenince tanınan yetkiyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak bu tanımlar meşgul olduğumuz insan hakları kavramına dair pek bir açıklama sunmamaktadır. Hak kavramının içeriğini ve kapsamını ayrıntılı bir biçimde anlayabilmek adına hakkın hukuki tanımı yeterli değildir. Dolayısıyla hak kavramı hakkında hukuki tanımından öteye geçecek şekilde bir sorgulama yapmak gerekmektedir.

Çalışmanın bu kısmının gayesi ayrıntılı bir tarihsel hak kuramı incelemesi değilse de genel olarak bireysel hak teorisine ilişkin hem pozitivist veçheden hem de Marksist



veçheden hak kavramına yöneltile eleştirilere yer verilecektir. Hak kavramına ilişkin anılan iki tür yaklaşımın birbirleriyle teorik anlamda uyuştukları söylenemez. Ancak bireysel haklar teorisinin imlediği hak ilişkisinin zemininin kayganlığına işaret etmesi bakımından ayrı ayrı ifade edilmeleri önem arz etmektedir. Kuramsal çerçeve bölümünde hukuk nazarında pozitivist yaklaşımların eleştirildiği, modern pozitivist görüşün olgu ve değerler birbirinden ayrılmasına yönelik tutumunun toplumsal gerçekliğe uygun düşmediği yönündeki tespitler vurgulanmıştı. Ancak birazdan detaylandırılacağı üzere ünlü kamu hukukçusu Leon Duguit'in pozitivist metodolojiyi esas alarak yaptığı hak incelemesi ve devletin geçirdiği dönüşüme ilişkin tespitleri hukuka dair modern pozitivist yaklaşımlardan oldukça farklı olması sebebiyle bu kısımda özel olarak anılmaya değerdir.

Haklar konusunda bu çalışma özelinde yapılacak inceleme daha önce de belirtildiği gibi ayrıntılı bir hak kuramı incelemesi olmayacaktır. Hakkın hukuki olarak yorumlanmasından ziyade insan hakları hususunda imlenen hak düşüncesi anlatılmaya çalışılacaktır. Literatüre göz atıldığında hemen her sosyal bilim kavramında olduğu gibi hak kavramına ilişkin bir fikir birliği olduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Kimi düşünürler hakkı özü itibarıyla metafizik bir kavram olarak görmekte, hakkın dayanağı olarak görülen fikir ve normların meşruiyetini sorgulamaktadır. Kimileri ise hakkın temeline ilişkin sorgulamaları bir kenara bırakarak, toplumsal yaşantıda yer edinmiş bir kavram olarak hakkın gerçekleşmesinin yollarını aramakta, hakların güvenceye alınması ve dolayısıyla devletin sorumluluğunu tartışma konusu yapmaktadır. Burada genel olarak hukuk düzenince tanınmış tüm haklardan değil, insan hakları düşüncesi çerçevesinde gelişen haklardan bahsedildiğinin altının çizilmesi gerekmektedir.

Tüm bu açıklamalar neticesinde belirtilmesi gereken husus, hak kavramının ele alınışında kavrama hangi disiplin çerçevesinden yaklaşıldığının önemine ilişkindir. Hukuki anlamda hak teriminin ifade edilişiyle felsefi anlamda hakkın ele alınışı arasında büyük farklar vardır. Bu bağlamda hak kavramı kimi zaman özgürlükler ve ödevlerle ilişkilidir, kimi zaman ise devletin meşruiyetinin kaynağı veya devletin sorumluluğunun tartışılması bakımından anlam kazanmaktadır. Aslında bu kısımda yapılmak istenen hak kavramının zemininin kaygan yapısına dikkat çekmektir.

İlk olarak, Leon Duguit'in hak kavramı ve bu bağlamda devletin geçirdiği dönüşüme ilişkin sarsıcı görüşleriyle başlamak yararlı olacaktır. Ancak Duguit'in hak kavramına yönelik görüşlerine değinmeden önce kendisinin toplumu ve genel anlamda hukuku nasıl kavradığını açıklamak gerekmektedir. Duguit'in toplum kavrayışı genel olarak denge ve

düzen kavramları üzerine kuruludur. Ona göre her toplum temelde bir düzeni ifade etmektedir ve bireylerin doğası gereği toplumsal varlıklar olduğunun kabulüyle birlikte insan, bir düzene bağlı olarak yaşamak durumundadır. Dolayısıyla insanlar toplumsal varlıklar olmaları nedeniyle birtakım toplumsal kurallara uymak durumundadırlar. Anılan bu toplumsal kurallar Duguit'in hukuk kaidesi olarak adlandırdığı kavramın yapı taşlarıdır. Ancak hukuku oluşturan toplumsal kurallar insanın tözel niteliklerine dayanmamaktadır. Duguit, toplumsal kuralların ahlaki nitelikte olmadıklarını ve bundan ötürü hukuk kaidesi olarak adlandırdığı şeyin objektif kuralları esas alması gerektiğini ileri sürmektedir. Duguit'in hukuk anlayışında herhangi bir mutlaklığa yer yoktur. Hukuk kaidesi olarak adlandırdığı kavramın maddi bir olgu olduğunu vurgulamakta ve tıpkı insan topluluklarında olduğu gibi hukukun da değişebileceğini ileri sürmektedir (Duguit, 2019: 24-26).

Duguit'in toplum anlayışından hareketle hakkın niteliğine ilişkin görüşlerine geçerken hakların ortaya çıkışıyla doğal hukuk kuramı arasında sıkı bir bağ olduğu gerçeğini gözden kaçırmamak gerekir. Doğal hukuk kuramı hakların ortaya çıkışı hususunda temeli oluşturan düşünce okuludur denilebilir. Bu sebeple doğal hukuk ve doğal haklar kavramlarından kısaca bahsetmek yararlı olacaktır. Doğal haklar, insanlar için vazgeçilmez ve devredilmez olan, kaynağını Tanrı'dan alan haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Doğal hukuk ise genel olarak kanunların uyması gereken bir ahlak sistemini, evrensel bir davranış kuralları sistemini işaret etmektedir. Bix'e göre, doğal hukuk kuramındaki 'hukuk' terimi ile kast edilen, yüksek güçler tarafından konulmuş ve insanların uyması gereken emir ve ilkelerdir (Bix, 2004: 304). Bu noktadan hareketle, doğal hukukun iki ayrı türde incelenebileceği söylenebilir. İlk olarak, ahlak ve siyaset kuramı olarak değerlendirilebilir. İkinci olarak ise hukuki ve toplumsal bir kuram olarak incelenebilir (Bix, 2004: 294). Bahsedilen bu ayrışmayı geleneksel doğal hukuk kuramı ve modern doğal hukuk kuramının genel yaklaşımlarına bakarak tespit etmek mümkündür. Geleneksel doğal hukuk kuramları daha çok ahlaki ve siyasi nitelikteyken, modern doğal hukuk teorileri pozitif hukukun doğasına yoğunlaşmakta, etik tartışmalardan uzak durmaya çalışmaktadır.

Geleneksel doğal hukuk doktrini, her bir insanın doğası gereği yani insan olmaları dolayısıyla onlara ait olması gereken birtakım hakların olduğu kabulüne dayanmaktadır. Duguit'in haklar hususundaki eleştirisinin yöneldiği, hatta hak reddiyesinin başladığı nokta burasıdır. Duguit, geleneksel doğal hukuk kuramının işaret ettiği bu türden hakları reddetmekte, onların pozitif bir siyasal sistem tarafından esas alınamayacağını çünkü metafizik nitelikte olduklarını vurgulamaktadır. Ona göre hakkın asıl karakteri sübjektif

doğasında ortaya çıkmaktadır. Sübjektif hak kavramını bir kişinin diğerine zorla kabul ettirebildiği iktidar olarak tanımlayan Duguit, hakkın metafizik niteliğini vurgulayarak toplumun, toplumsal sınıfların ve de bireylerin hiçbir haklarının olmadığını ileri sürmektedir (Duguit, 2019: 22-26).

Görülüyor ki, Duguit yalnızca bireysel hak teorisinin işaret ettiği hakları değil, hak kavramıyla imlenen bütünü reddetmektedir. Hak kavramını objektif nitelikte olmamasından dolayı tümünden reddetmesi hukuk kaidesi olarak adlandırdığı hukuk anlayışının bir yansıması olarak görülebilir. Geleneksel doğal hukuk doktrininin aksine, Duguit'e göre bir kanunun geçerliliği o kanunun akıl yoluyla incelenip gözlemlenen hayat şartlarına uygunluğu ölçüsünde tespit edilebilir. Bu anlamıyla hukuk mutlak olmayan, geçici, değişken niteliktedir. Ancak akıl ve gözlem yoluyla incelenen ve hayat şartlarına uygun olan bir kanun bilimsel bir nitelik ihtiva eder ve salt pozitif bir kural olarak görülebilir (Duguit, 2019: 53).

Bu noktada hakkın meşru temelini tespit etmek adına Aydınlanma Çağı'nda, daha önce krallarda olan mutlak gücün kamuya yani genel iradeye devredilmesi sürecinden bahsetmek yararlı olacaktır. Rousseau, ünlü eserinde toplum sözleşmesini şu sözlerle özetlemekteydi: *“her birimiz bütün varlığımızı ve bütün gücümüzü bir arada genel istemin buyruğuna verir ve her üyeyi bütünü bölünmez bir parçası olarak kabul ederiz”* (Rousseau, 2020: 15). Benzer şekilde devlet güçlerini, yalnızca genel iradenin herkesin iyiliğine uygun olacak şekilde yönetebileceğini belirterek genel iradeyi gücün asıl kaynağı olarak vurgulamaktaydı (Rousseau, 2020: 23). Ancak Duguit'in genel iradeye atfedilen bu mutlak güce şüpheyi yaklaştığı aşağıdaki alıntıyla net bir şekilde ortaya konabilir:

“1848'de gerçekleştirilen devrim, vaktiyle krallarımıza ait olan gücün kullanımını millete, daha doğrusu bir sözde irade olan çoğunluğa bahsetmekten başka bir şey yapmadı. Dediler ki devrim, kralın tanrısal hukuku yerine milletin tanrısal hukukunu ikame etti. Bu ifade, olup bitenlere tamamıyla uygun düşmemekle beraber, tarihsel gerçekliği çok güzel ifade eder: Kamu gücü kavramını, eski hukukçuların Roma'dan alıp kral lehine canlandırmış oldukları şekliyle devralan devrimin, bu kavramı bütün özellikleriyle, yani mutlak, zamanaşımına uğramaz, bölünmez ve devredilmez bir hak olarak kabul ettiği ve yalnızca söz konusu hakkın sahibini değiştirmiş olduğu açıktır” (Duguit, 2019: 37).

Esasen Duguit'in her türden mutlakiyete karşı olduğu düşünülebilir. Mutlak bir güç anlayışının devlete karşı konulmaz bir güç bahsettiğini, gücün millette somutlaşmasıyla birlikte ise sınırsız olacağını vurgulamaktadır. Nitekim bireysel haklar teorisinin de devletin mutlak gücünü sınırlandırmak için ortaya çıktığını ancak bu çabanın mümkün olmayacağını

ileri sürmektedir. Çünkü Duguit'e göre, devlet bireylerin haklarına egemendir ve bundan dolayı bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyecek bir organın devlet tarafından oluşturulması fiilen mümkün değildir. Ona göre devletin işlemleri açısından devletin kendi koyacağı sınırdan başka sınır bulunmamaktadır (Duguit, 2019: 39).

Duguit'in hak kavramına ilişkin görüşlerinin yer aldığı, bu çalışma özelinde referans olarak kullanılan eserinin henüz insan hakları düşüncesinin günümüzdeki kadar yaygınlaşmadığı bir dönemde yazıldığı akılda tutulmalıdır. Yazıldığı dönemde, genel iradeye atfedilen mutlak güce karşı endişelerini dile getiren Duguit'in geleceğin toplumuna dair öngörülerinin aksine, günümüzde siyasi örgütlenme hususunda kamu gücünün esas alınması konusu neredeyse tartışmasız kabul gören bir düşünce biçimine dönüşmüştür. Duguit'in hukuk anlayışı, Auguste Comte'un toplumların geçirdiği evreleri belirttiği meşhur tanımlamasındaki pozitif evreye uygun olarak kurulmuştur. Hakkın dayanak noktalarına ve doğasına ilişkin tespitleri neticesinde hakkın sübjektif bir nitelik ihtiva ettiğini ve dolayısıyla metafizik bir kavram olduğunu vurgulamıştır. Duguit'in hukuk kaidesi olarak adlandırdığı hukuk anlayışı kaynağını toplumsal olgulara dayandırmaktadır. Bu anlamda hukuk kavrayışı açısından bireyci olmadığı kolaylıkla söylenebilir. Tüm bu açıklamalar neticesinde, bireylerin hakları değil görevleri olduğunu dile getirmesi, hakkın dayanak noktalarının metafizik nitelikte olduklarını vurgulaması ve mutlakiyete dair görüşleri dolayısıyla Duguit'in fikirleri oldukça önemlidir.

Hak kavramına ilişkin olarak Duguit'in pozitivist yaklaşımından sonra, özellikle insan hakları konusundaki Marksist yaklaşıma kısaca değinmek yararlı olacaktır. Ancak insan haklarına dair Marksist veçheden yapılan bazı eleştirileri aktarmadan önce Marx'ın toplum kavrayışı ve sosyolojisine ilişkin birtakım açıklamalar yapmak gerekmektedir. Marx'ın toplum kavrayışının temelinde sınıf kavramı ve çatışma bulunmaktadır. Pozitivist görüşlerin aksine, Marx topluma baktığında bir düzen ve dengeden ziyade sınıflar arasında süregelen çatışmayı ön plana çıkarmaktadır. Marx'ın geliştirdiği teoriyi kavrayabilmek adına onun kullandığı temel metodolojik araçlara göz atmak gereklidir. Bu metodolojik enstrümanlar en genel hatlarıyla tarihsel materyalizm ve diyalektik yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarihsel materyalizmin genel varsayımı, insanların maddi ihtiyaçlarını karşılama biçimlerinin insanların birbirleriyle olan ilişkilerini, fikirlerini hatta toplumsal kurumları şekillendirdiği yönündedir (Ritzer ve Stepnisky, 2014: 65). Marx'ın kullandığı anlamıyla diyalektik ise toplumda süregelen, gerçek ve var olan çelişkilere odaklanan bir yöntemdir. Bu bağlamda, Marx'ın çalışmalarının genel olarak toplumsal gerçekliğin çeşitli

boyutlarında ortaya çıkan çelişkileri ve bu çelişkiler dolayısıyla toplumsal sınıflar arasında beliren çatışmayı ortaya çıkarmak olduğu söylenebilir (Ritzer ve Stepnisky, 2014: 45-46).

Lefebvre'ye göre Marx'ın düşüncesinin merkezinde insanlar ve insanların kurduğu büyük ölçekli toplumsal yapılar arasındaki ilişki yer almaktadır (Ritzer ve Stepnisky, 2014: 48). İnsanlar ve toplumsal yapılar arasında dinamik bir ilişki söz konusudur. Marksist yaklaşım, söz konusu dinamik ilişkiye diyalektik yöntemle yaklaşarak ilişkinin tarafları açısından ortaya çıkan eşitsizliklerin temelinin incelemeye alır. Marx'ın geliştirdiği teoriye dair birçok farklı yorum ve bakış açısı bulunmakla birlikte Marx ve kuramı hakkında değerlendirmelerde bulunan hemen hemen herkesin ortaklaştığı nokta, Marx'ın asıl ilgisinin kapitalist sistem içerisindeki eşitsizliğin tarihsel temellerini açığa çıkarmaya yönelik olduğudur (Ritzer ve Stepnisky, 2014: 44).

Yukarıdaki açıklamalar Marksist yaklaşımın ifade edilmesi bakımından oldukça kısa ve yetersizdir ancak bu çalışmanın amacının da ayrıntılı bir Marksist yaklaşım incelemesi olmadığı akılda tutulmalıdır. Dolayısıyla Marksist yaklaşıma genel bir giriş mahiyetinde aktarılanlar yeterli görülmektedir. Bu noktadan itibaren Marksist öğretinin insan hakları düşüncesine karşı öne sürdüğü eleştirilere geçmek yararlı olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu kısmın kalanında Marksist öğretinin insan hakları düşüncesine karşı öne sürdüğü birtakım eleştirilere yer verilecek olmakla birlikte ayrıntılı bir Marksist yaklaşım incelemesi yapılmayacaktır. Yalnızca Marx'ın insan hakları düşüncesine ilişkin eleştirilerinin genel çerçevesinin belirtilmesiyle yetinilecektir.

Genel olarak sınıf mücadelesinin doğasına ve proletaryanın burjuva değerlerinden kurtulmasına odaklanan Marksist öğreti ile insan hakları düşüncesi teorik anlamda birbirleriyle uyuşmamaktadır. Hatta Marx'ın öngördüğü haliyle siyasal iktidarın proletarya tarafından güvence altına alınmasıyla birlikte oluşacak koşullarda bu hakların reddi gerekmektedir. Tüm ülkelerdeki bütün insanların temel haklarını kapsama ve bu hakların somutlaştırılması olarak sunulan insan hakları düşüncesinin temel iddiası, Marksist öğreti açısından mümkün gözükmemektedir. Bu bağlamda, Marx'ın insan haklarına yönelik eleştirisi, insan haklarını tarihsel gelişimin belli bir aşamasında Batı dünyasının yükselen burjuva sınıfının çıkarlarının bir ifadesi olarak görmesiyle başlamaktadır (Macfarlane, 1982: 414).

İnsan hakları fikri mantıksal açıdan bakıldığı zaman doğal hukuk anlayışına bağlı olmasından ötürü de Marksist anlayış tarafından kabul edilemez niteliktedir. Genel anlamda

insan hakları kavramının doğal hukuk anlayışıyla olan bağıntısı üç özelliği içermektedir. İlk olarak, insan hakları pozitif hukuk tarafından tesis edilmelerinden evvel insan olmanın doğasında yer alan insan onuru ve haysiyeti nedeniyle geçerlidir. İkinci olarak, insan hakları düşüncesinin vadedtiği düzen insanların bir arada yaşadığı ve birbirleriyle etkileşime girdikleri her yerde değişmez bir şekilde geçerlidir. Üçüncü olarak ise, insan hakları ırklara, sınıflara, sosyal gruplara, mesleklere, milletlere değil yalnızca bireylere tanınan haklardır. Marksist yaklaşım, kendi kavramsal çerçevesi içerisinde doğal hukuk teorisinin yukarıda sayılan temel varsayımlarını evrensel ahlaki düzen tasavvurunu ve insanların değişmez hakları olduğu yönündeki iddialarını reddetmektedir. Ayrıca Marksist yaklaşım özgürlük kavramı ve insan hakları fikrini burjuva toplumunun spesifik ifadeleri olarak değerlendirmektedir. Marx, bireyin haklarının yüceltildiği, her bireyin hakkının doğal ve kaçınılmaz olarak başkalarının çıkarlarına karşı olduğu bir toplum anlayışının parçalanmış bir toplumu ima ettiğini ifade etmektedir. Burjuva toplumundaki hak ve özgürlükler, her bireyin çıkarlarının kaçınılmaz olarak diğerleriyle çatıştığı bir ortam yaratmaktadır. Bu bağlamda insan haklarının imlediği özgürlükler olumsuz niteliktedir ve birbirlerinden yalıtılan ve birbirlerine düşman olan bireyler yaratmaktadır (Kolakowski, 1983: 83-84).

“Marx’a göre, hakların ‘insan’ı belirlenimsiz boş bir kap olmaktan ve bu nedenle gerçekdışı, namevcut olmaktan çok, çok fazla içerikle doludur. Bildirgenin hakları, evrensellik ve soyutlama kisvesi altında, somut, çok somut bir insanı kutsar ve taçlandırır: mülk sahibi birey, mülkiyet hakkı bütün diğer hakların köşe taşına dönüşmüş ve sermayenin ekonomik gücüne ve kapitalist sınıfın siyasi gücüne dayanak oluşturan piyasa eksenli, beyaz burjuva erkektir bu. Burke ve Marx’a göre, hakların öznesi yoktur. Ya gerçek olmayacak kadar çok soyuttur ya da evrensel olmayacak kadar somut. Her iki durumda da, özne sahtedir çünkü özü gerçek insanlara tekabül etmez ve edemez” (Douzinas, 2018: 118-119).

Sonuç olarak, hak kavramı birbirlerine zıt denilebilecek iki farklı yaklaşım tarafından da çeşitli şekillerde ele alınmış ve birtakım eleştirilere tabi tutulmuştur. Marksist yaklaşımın insan hakları fikrinin yücelttiği bireysellik vurgusuna ve insan haklarının teorik kökenlerine karşı durduğu söylenebilir. Marx, genel itibarıyla hakların bireysel karakterine ve bireylerin birbirlerinden yalıtılmalarıyla gerçekleştirilen negatif nitelikteki özgürlük tasavvuruna karşı çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, insan hakları düşüncesine karşı Marksist veçheden yapılan bu değerlendirmeler Marksist teorinin bütüncül yaklaşımıyla da açıklanabilir. Bu bütüncül yaklaşımda bireyin değeri kişisel yaşamıyla değil, kolektif bütünün bir parçası olmasıyla ilgilidir (Kolakowski, 1983: 92). Bir başka ifadeyle, Marksist yaklaşım insan haklarının öznesinin bir yandan oldukça belirgin bir tasarım olduğunu ve burjuva değerlerini işaret

ettiğini vurgularken, bir yandan da insan hakları düşüncesinin evrensellik vurgusunun insanı soyutlaştırdığını ve bireyleri diğerlerinden kopardığının altını çizmektedir. Diğer yandan, insan hakları fikrinin işaret ettiği haklar kümesi pozitivist veçheden de bazı eleştirilere konu olmuştur. Leon Duguit, hakların metafizik karakterini işaret ederek hak kavramının toplumların pozitif evresine uygun düşmediğini belirtmektedir. O da bireyin tekil yaşamının değerini yüceltmekten imtina etmiş ve hakları geçmiş zamanların mutlaklaştırılan güçlerinin yeniden bir ifadesi olarak yorumlamıştır. Dolayısıyla hak kavramı ve insan hakları düşüncesinin imlediği haklar kümesi kaygan bir zemine sahiptir. Birçok farklı yaklaşım tarafından kavramın altında yatan çelişkiler açığa çıkarılmış ve gözler önüne serilmiştir. Ancak insan hakları düşüncesi özündeki tüm çelişiklere ve aktarılan sarsıcı eleştirilere rağmen günümüz dünyasına egemen olan bir ideal olarak yerini korumaktadır.

#### **3.1.4.2. İnsan haklarının öznesi**

İnsan hakları terimine genel bir açıdan bakıldığında basitçe insan haklarının öznesi en yalın haliyle ‘insan’ olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak sorulması gereken soru insan hakları söylemindeki bu insanın gerçekte kim olduğu, hangi görünümde somutlaştığıdır. Uluslararası insan hakları metinlerinde ifadesini bulan, herkesin dil, din, renk, cinsiyet, toplumsal statü vb. gibi ayrımlar gözetilmeksizin belli hak ve özgürlüklere sahip olduğu şeklindeki tanım dolayısıyla aslına bakılırsa dünya üzerinde yaşayan her insanın insan haklarının öznesi olduğu işaret edilmektedir. İnsan haklarının evrensel nitelikte olduğu yönündeki savlar da bu ifadelerden türetilmektedirler. Ancak günümüz dünyasına hayalci olmayan bir noktadan yaklaştığımızda herkesin insan haklarını haiz olmadığı açıkça görülecektir. Dolayısıyla bu kısmın gayesi kavramsal açıdan insanın, insanlığın, insan haklarının öznesinin ne olduğuna dair bir sorgulama yürütmektir.

“Atina ve Roma’da yurttaşlar vardı, fakat insan türünün üyesi olma anlamında ‘insan’ değillerdi. Özgür insanlar Atinalı ya da Spartalı, Romalı ya da Kartacalıydı, fakat kişi değillerdi; Yunan ya da Barbarlardı, fakat insan değillerdi.” (Douzinas, 2016: 30).

Yukarıdaki alıntı insanlık kavramının geçmişteki görünümünü ifade etmesi açısından önemlidir. İnsanlık kavramı tarihin çok eski zamanlarına kadar götürülebilecek bir düşüncenin ürünü değildir. Bugün anladığımız anlamıyla insanlık kavramı yani insan türünün üyesi olması dolayısıyla yeryüzündeki tüm insanları içeren bir ifade olarak insanlık, 18. yüzyılın sonlarında ortaya çıkmıştır. İnsanlığın geniş, kapsayıcı ve evrensel nitelik ihtiva

eden bu anlamsal dönüşüm süreci modernite koşullarında yaşandığından dolayı, Douzinas insanlık kavramını modernitenin bir icadı olarak görmektedir (Douzinas, 2016: 27). İnsanlığın anlamsal değişim sürecine dair aktarılanlar neticesinde anılan dönemlerden önce herhangi bir insanlık anlayışının olmadığı sonucu çıkarılması yanlış olacaktır. 18. yüzyıldan önce de toplumların belli başlı insan ve insanlık kavrayışları olmakla birlikte bu yaklaşımların günümüzdeki anlamından oldukça uzak oldukları söylenebilir. Söz gelimi, esasen halkın yönetimi anlamına gelen demokrasi fikrinin ortaya çıktığı Antik Yunan zamanında, ‘halk’ olarak görülen kesim ülke nüfusunun oldukça dar bir kesimini işaret etmekteydi. Köleler ve kadınlar halktan sayılmıyordu, dolayısıyla bugün yüklediğimiz anlamıyla insanlığın bir parçası değillerdi. Benzer şekilde diğer toplumlara bakıldığında da insanlar arasında cinsiyetlerine, ırklarına, dinlerine ve toplumsal statülerine göre ayrımlar yapıldığı, kimisinin ‘insan’ olarak görüldüğü kimisinin ise bu ifadeden dışlandığı görülecektir.

İnsan haklarının insanın neyi ifade ettiğini anlamak açısından ilk olarak kavramsal açıdan insanın ortaya çıkışını tespit etmek gerekmektedir. Douzinas hakların normatif kaynağına ilişkin incelemesine insan doğasından başlamaktadır. O’na göre haklar, insanlara insan olmaları dolayısıyla veriliyorsa, yapılacak insan tanımı hakların özünü ve kapsamını belirleyecektir. Bu sebeple bugün meşgul olduğumuz anlamıyla insan haklarının insanını tespit etmek için öncelikle insanı tanımlamak gerekmektedir. İnsan kavramının tarih sahnesine çıkışı insanlığın temelini Tanrı’dan insan doğasına devredilmesiyle birlikte gerçekleşmiştir. Tarihsel süreç içerisinde yaşanan değişimlerin neticesinde dinsel düşünce biçiminden zamanla kopulması, insan doğasının düşünsel süreçlerin merkezine yerleşmesiyle birlikte insan kavramı ortaya çıkmıştır. Anılan zamanlara kadar yapılan insan tanımları Tanrı’nın gölgesinde şekillenmekteyken insanlığın temelini dinsel bir zeminden bilimsel bir zemine geçişle birlikte insan, mutlak ve devredilmez bir değer olarak yeniden düşünölmeye başlanmıştır (Douzinas, 2016: 27-28).

İnsana atfedilen önem belli dönüşüm süreçleriyle birlikte incelendiğinde daha kolay anlaşılabilir. İnsan hakları düşüncesinin temelinde doğal hukuk anlayışının olduğundan daha önceki bölümlerde bahsedilmişti. Bu düşünce biçimi genel olarak insan doğasının Tanrı tarafından yaratıldığına ve yasanın asıl kaynağının ilahi bir güç olduğuna ilişkin çeşitli fikirlerin sentezinden oluşmaktaydı. Ancak tarihsel süreç içerisinde Tanrı’nın doğadan ayrı düşünölmeye başlanmasıyla birlikte, önceki dönemlerde Tanrı’ya atfedilen mutlaklık saf iradeye devredildi. Bu bağlamda iradenin mutlaklaştırılması neticesinde hukukun kaynağı



ve yönteminin de değiştiği görölmektedir. Bahsedilen süreç esasen nesnel hukuk geleneğinden öznel haklara doğru yaşanan düşünsel değişimi ifade etmektedir. İnsan hakları düşüncesinin merkezine yerleştirilen egemen birey imgesi de bu süreçler neticesinde ortaya çıkmıştır (Douzinas, 2018: 76). Egemen bireyin tarih sahnesine çıkışı esasen 18. ve 19. yüzyıllarda geliştirilen ve günümüz dünyasında artık neredeyse tartışılmaz bir biçimde norm haline gelen yapısal değişikliklere dayanmaktadır. Modernleřmenin beraberinde getirdiği toplumsal değişimler feodal toplum düzeninin her řeyi kapsayan ahlaki bütününün yerini çok parçalı bir toplumsal düzene bırakması olarak görölebilir. Bu bağlamda bireyin Tanrı'yla, toplumla ve devletle olan ilişkisi tekrar değerlendirilmeye başlanmıştır. Modernleřmeyle birlikte önceki dönemlerde birbirleriyle birlikte düşünölen siyaset, ekonomi, hukuk, din gibi toplumsal kurumlar birbirlerinden ayrılmış, daha parçalı ve kompleks bir toplumsal düzene geçiş yaşanmıştır. Birey ačíısından da benzer bir kopuşun yaşandığı söylenebilir. Bu değişimler neticesinde bireyler de bir bütün olarak toplumdan ayrılmış, özel bir öneme ve itibara sahip birey fikri insan hakları düşüncesinin temeli haline gelmiştir (Howard ve Donnelly, 1986: 804).

İnsan hakları bir insanın yalnızca insan olması dolayısıyla sahip olduğu haklardır. Bu hakların en temel nitelikleri eşit ve devredilemez olmalarıdır. Her birimiz eşit derecede insan olduğumuzdan dolayı eşit haklardır ve ne yaparsak yapalım insandan başka bir şey olamayacağımıza göre de devredilmez haklardır (Donnelly, 1999: 612). İnsan haklarının bu basit tanımını herhangi bir ayırım olmaksızın yalnızca var olan insanı imlemektedir.

“Bu insan haklarının insanı, tarihi, arzuları ya da ihtiyaçları olmayan bir kimse, mümkün olduğu kadar az insanlığa haiz bir soyutlamadır, zira insan kimliğini inşa eden tüm bu özellikleri ve nitelikleri başından savar” (Douzinas, 2016: 29).

Douzinas, hak kavramının bireyin sahip olduğu bir yetki veya özgürlük olarak yeniden tanımlanmasının önemli bir dönüm noktası olduğunu dile getirerek, bu noktadan sonra haklara ve yetkilere sahip olan bireyin hukuki ve politik düşöncenin merkezi haline geldiğini belirtmiştir (Douzinas, 2018: 78). Bu bağlamda insan haklarının merkezindeki bireyin, farklılıklar ve ayrımlar olmadan yapılan tasviri aslına bakılırsa bir soyutlamadan ibarettir. İnsan kimliğini oluşturan, insanın insan olmasını sağlayan ve onu diğerlerinden ayrı benzersiz bir şekle büröyen tüm özellik ve niteliklerin dışlanmasıyla oluşturulan insan, somut bir bireyden ziyade öznelliği ölçüsünde anlam kazanan hukuki bir kişiliği işaret etmektedir. Dolayısıyla hukuki ve politik düşöncenin merkezine oturtulan egemen birey, hak sahibi hukuki özne olarak karşımıza çıkmaktadır.

### 3.1.5. İnsan haklarının eleştirisi

İnsan hakları düşüncesine dair yukarıda aktarılanların ardından bu çalışma özelinde insan hakları eleştirisi üç şekilde ortaya konacaktır. İlk olarak, insan hakları fikrinin içeriği ve kapsamı açısından bir değerlendirme yapılacaktır, ikinci olarak insan hakları düşüncesinin dayandığı teorik temeller üzerinden bir eleştiri sunulmaya çalışılacaktır. Son olarak ise insan haklarının siyasi propaganda aracı olarak kullanılmasına ilişkin birtakım değerlendirmeler ifade edilecektir. Tabii ki, insan hakları eleştirisi okuduğunuz çalışma özelinde ele alınan dar çerçeveye sınırlı değildir. İnsan haklarına dair literatüre göz atıldığında eleştiri yelpazesinin oldukça geniş olduğu görülecektir. Ancak bu çalışma özelinde ifade edilecek eleştiriler çalışmanın sınırlılığı göz önüne alındığında yeterli görünmekte ve daha da genişletilmesine gerek duyulmamaktadır.

İlk olarak insan hakları düşüncesinin evrensellik iddiasını içerisinde barındırdığı, insan haklarının kapsayıcı içeriğinden söz ederek başlamak isabetli olacaktır. İnsan hakları düşüncesi en genel hatlarıyla dünyadaki tüm insanların belli temel haklara sahip olmasını ve bu hakların somutlaştırılması fikri üzerine kuruludur. Bu bağlamda, insan hakları metinlerinde ifadesini bulan herkesin renk, dil, din, ırk, cinsiyet, toplumsal statü vb. farklılıklar gözetilmeksizin temel haklara sahip olduğu düşüncesi insan hakları söylemine hakimdir. İçerik olarak kapsayıcı gözükmeyle birlikte önceki bölümlerde de belirtildiği üzere bahsedilen ideal düzenin gerçekleşmesi için yaratılan soyutlanmış birey imgesi esasen insanı insan yapan tüm özelliklerden muaf tutulmuş bir tasarımdır.

“İnsanlığın özünün, her bir kişiyi benzersiz kılan nitelikleri taşımayan, yok hükmündeki bir insanda bulunabileceği fikri tuhaftır. Fakat hala liberalizmin egemen ideolojisidir”  
(Douzinas, 2016: 29).

Yukarıda aktarılan alıntı soyutlanmış birey imgesi hususunda çarpıcı bir değerlendirme olarak görülebilir. Nitekim insan hakları düşüncesinin merkezinde yer alan haklara sahip hukuki özne, toplumsal gerçekliğin büyük bir kısmıyla bağdaşmayan, “*mümkün olduğu kadar az insanlığa haiz*” (Douzinas, 2016: 29) bir insan betimlemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan, böylesi soyut bir düzlemde ele alındığında neredeyse hayali bir şekle bürünmekte ve toplumsal gerçeklikten koparılmaktadır.

İnsan hakları düşüncesinin temel varsayımı ortak bir insanlık fikrinin olduğu yönündedir. Ancak Douzinas, bu fikre karşı çıkararak insan hakları kavramının bir biçimde tarafı olan insanın üç farklı yüzünü gözler önüne serer. Bunlar: acı çeken mağdur, kötülük

yapan zalim ve ahlaki kurtarıcı olan insandır. Bu izleğe göre mağdur, her daim insanlık onuru ve değeri hiçe sayılan, öldürülen, gazla boğulan, malları yağmalanan, sürülen, köleleştirilen yani sürekli acı çeken insanları işaret etmektedir. İnsan hakları ihlallerinden en çok etkilenen kesim masum mağdurlardır. Douzinas, kötülük yapan zalimi ise mağdurun öteki yüzü olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda zalim, dünyadaki kötülüğü temsil eder. Mağdura çektirilen acıların müsebbibi mağdurun ötekisi olan zalimdir. Son olarak ise ahlaki kurtarıcı olarak insan hakları savunucusu vardır. Douzinas, tüm bu tasvirlerin ardından Batı düşüncesi ve dolayısıyla insan hakları söylemine yön veren anlayışın acı çeken mağdur ile kötülük yapan zalimi bir araya getirdiğini ve ahlaki kurtarıcı olarak insanın bu denklemden kendini ayırdığını ileri sürmektedir (Douzinas, 2016: 49-52).

“Yine de insan haklarının keyfini çıkararak görgül insana bakarsak, bu insan ‘ziyadesiyle insan’dır ve öyle kalır; tuzu kuru yurttaş, heteroseksüel, beyaz, kentli erkek. Bu hakların insanının kimliğinde, soyut insanlık onuru ve güçlüler topluluğuna ait olmanın getirdiği gerçek imtiyazlar somutlaşır. Diğer bir deyişle, ırk, ten rengi, toplumsal cinsiyet, etnisite gibi yüzeydeki arazi farklılıklar, temeldeki ortak X faktörüne rağmen, sürekli olarak bazılarının hakimiyetini ve ötekilerin tabiyetini destekleyen eşitsizlikler olarak tanımlanır” (Douzinas, 2016: 30).

Özetle, insan hakları düşüncesi söylem düzeyinde dünyadaki tüm insanları kapsama niyetindedir. Haklar insanlara yalnızca insan türünün bir üyesi olması dolayısıyla verilmektedir. Dolayısıyla günümüzün egemen ideolojisi açısından insan haklarının evrensel olduğu fikri hala baskın bir görüştür. Ancak toplumsal gerçekliğe bakıldığında durumun insan hakları söyleminin işaret ettiği gibi olmadığı açıkça görülmektedir. Günümüz dünyası eşitsizliklerle bezenmiştir. İnsan haklarının vadettiği haklardan yararlanabilen, özgürlüklerin ve yasal korumaların keyfini sürebilen toplumun oldukça küçük bir kesimidir. İnsan hakları fikrinin tarihsel açıdan bakıldığında en yaygın biçimde sosyal hayatlarımızın, siyasi ajandalarımızın bir parçası olduğu dönemleri yaşıyor olsak da bitmek bilmez acıların, savaşların, kırımların sona erdiğini, en azından gözle görülür biçimde azaldığını söylemek pek mümkün gözükmemektedir.

İkinci olarak, insan hakları fikrinin dayandığı teorik temeller ve insan hakları normlarının bu kuramsal kaynaklarla olan yapısal bağına ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Önceki kısımlarda bahsedildiği gibi insan hakları düşüncesi ile Batılı liberal düşünce arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bundan dolayı liberal anlayış çerçevesinde şekillenmeyen herhangi bir siyasal rejimin insan hakları ideali açısından bir tehdit oluşturduğu söylenebilir. Donnelly demokrasi, kalkınma ve insan hakları terimlerinin

önemli kavramsal ve pratik birliktelikleri olduğundan bahsetmektedir. Ona göre, uluslararası insan hakları normları demokratik bir yönetimi zorunlu kılmaktadır. Bahsedilen üç terimin hegemonik siyasi idealler haline geldiğini belirten Donnelly, hızlı ekonomik büyüme, demokratik bir toplum ve vatandaşların haklarına saygı gösterilmesi bağlamında genel olarak insan haklarına dayanmayan rejimlerin ulusal ve uluslararası meşruiyetlerini riske attıklarını ifade etmektedir (Donnelly, 1999: 608-609).

Benzer şekilde Douzinas da, insan haklarının siyasal liberalizmle olan ilişkisine dikkat çekmektedir. Douzinas insan haklarını, Francis Fukuyama gibi düşünörlere gönderme yaparak tarihin sonundaki ideoloji olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda, modernite sürecinde yaşanan ideolojik savaşların sonunda zafere ulaşan insan hakları düşüncesi olmuştur. Ancak insan hakları liberalizmin köklerinden doğmasına rağmen, liberal düşünce hakların doğasını ilişkin açıklamalarda yetersiz kalmaktadır. Bundan ötürü, insan hakları düşüncesinin siyasi anlamda kazandığı güçlü konumuna rağmen insan hakları hakkında yazılanların çoğu kutsayıcı ve meşrulaştırıcı niteliktedir (Douzinas, 2018: 16-17). Özetle, insan hakları düşüncesinin ortaya çıkışı ve temelinde yatan amacı açıklarken insan onuru ve haysiyetinin korunması, insani gelişimin sağlanması gibi iddiaların aslına bakılırsa batılı refah devletlerinin çizdiği bir vizyonun ürünü olduğu söylenebilir. İnsan hakları düşüncesi, hakların biçimsel olarak eşit olduğu ve tüm insanları kapsadığı şeklindeki evrensellik vurgusu ile donatılmaktadır. Ancak insan hakları düşüncesiyle çizilen ideal tüm dünyanın değil, belli bir liberal anlayışın imlendiği toplum vizyonundan ibarettir.

Üçüncü olarak, insan hakları düşüncesinin günümüz dünyasında siyasi propaganda aracı haline gelmesi meselesinden bahsetmek gerekmektedir. İnsan hakları söylemi genellikle haklar ve özgürlüklerle ilgili, insani değerlerin gelişimine ortam sağlayan bir düşünce sistemi şeklinde sunulmaktadır. Buna rağmen, toplumsal gerçeklik zemininde bakıldığı zaman bazı güçlü devletlerin insan haklarını ekonomik ve siyasi çıkarları uğruna, başkaca devletlerin iç işlerine karışılmasının aracı haline getirdiğini söylemek mümkündür. Aybay, “*Realpolitik*” denilen ahlakçı, kuramcı değerlerden bağımsız olarak yalnızca ulusal çıkarların sağlanması amacıyla her türlü araca başvurulmasını mübah gören uluslararası siyaset anlayışının, insan haklarına saygı duyulması gereken bir ideal olarak değil, ekonomik ve ideolojik çıkarların gerçekleştirilmesi bakımından kullanılması gereken bir araç olarak yaklaştığını ifade etmektedir (Aybay, 2019: 108). Bu noktadan hareketle, insan hakları düşüncesinin hem olumlu hem de olumsuz şekilde çeşitli boyutlarda kullanılabilirdiği

söylenbilir. Bu bağlamda insan hakları düşüncesinin altında büyük bir paradoks yatmaktadır.

“Hakların biçimsel eşitliği ve evrensel vatandaşlıktan daha azı sayesinde, haklar oldukça paradoksal bir kurum olarak ortaya çıkmıştır: hem kurtuluşun hem de burjuva tahakkümünü güçlendirmenin bir aracıdır. İnsan haklarının tarihi de aynı şekilde muğlaktır; keyfi güç kullanımından korunmak için kullanılmışlardır ama aynı zamanda egemen toplumsal güçleri ve bu güçlerin sınıflarını, cinsiyetlerini, ırklarını ve etnik dışlamayı normalleştirmeye ve muhafaza etmeye de yaramışlardır” (Douzinas, 2018: 198-199).

İnsan hakları düşüncesi, bir yandan keyfi güç kullanımlarına karşı bireylerin savunusu ve bir mücadele alanı olarak görülmekteyken aynı zamanda bazı güç kullanımlarının da meşru kılınmasının bir aracıdır. Bir başka ifadeyle, haklar hem tahakkümden kurtulmanın bir yolu hem de başka bir biçimde tahakküm oluşturmanın bir aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Geçtiğimiz yarım yüzyılda ulus ötesi sınırlarda gerçekleştirilen neredeyse bütün askeri müdahalelerin insan hakları adına yapıldığı unutulmamalıdır. Özellikle Ortadoğu coğrafyasının, siyasi ve ekonomik anlamda güçlü devletlerce demokrasi ve insan hakları maskesi altında yıllardır sistematik bir biçimde sömürüldüğü, işgal edildiği, yağmalandığı her daim akılda tutulmalıdır. Dolayısıyla insan hakları düşüncesinin temelinde büyük bir çelişki kendini göstermektedir. İnsan hakları, insanca yaşamın bir formülü olabilir ancak aynı zamanda insanlık adına insanların bombalanmasının, yurtlarının işgal edilmesinin ve sömürülmesinin meşruiyet aparatı olarak da değerlendirilebilir.

### **3.2. İfade Özgürlüğü**

Çalışmanın bu kısmında ifade özgürlüğü konusu genel olarak hukuki metinler çerçevesinde değerlendirmeye alınacaktır. Kuşkusuz ifade özgürlüğü kavramsal açıdan daha geniş bir şekilde ele alınabilir ancak çalışmanın sınırlılıkları gereği önceki bölümlerde aktarılan kavramsal ve kuramsal içeriklerle yetinilecek, ifade özgürlüğünün felsefi açıdan derinlemesine bir analizine girilmeyecektir. İfade özgürlüğü ile işaret edilen ve hukukun kapsamına sokulan belli kural ve ilkelerin değerlendirilmesi çalışmanın yönelmek istediği yer açısından yeterli görünmektedir.

İfade özgürlüğünün hukuki metinler çerçevesinde değerlendirilmesinden kasıt, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Anayasa'nın ifade özgürlüğüyle ilgili

maddelerinden hareket edilerek ifade özgürlüğünün hukuk düzenince nasıl düzenlendiğinin ortaya konması olarak görülebilir. Bu sayede ifade özgürlüğü bölümünde ilk olarak, hukuken ifade özgürlüğünün nasıl ele alındığı, ifade özgürlüğü teriminin neleri kapsadığı, insan hakları içerisinde ifade özgürlüğünün nerede konumlandığı ve hangi biçimlerde sınırlamalara tabi tutulduğu ifade edilmeye çalışılacaktır. İkinci olarak, ifade özgürlüğünün günümüz toplumları açısından önemine ilişkin değerlendirmelerde bulunulacak ve son olarak da Türkiye'nin ifade özgürlüğü açısından hem uluslararası arenada hem de ülke dahilinde ne durumda olduğu belli başlı tablo ve istatistiklerle gösterilmeye çalışılacaktır.

### **3.2.1. İfade özgürlüğünün içeriği ve kapsamı**

İnsan hakları kavramı açısından genel olarak ön plana çıkan niteliğin hakların özünün soyutluğuna yönelik olduğu önceki bölümlerde ifade edilmişti. Kuşkusuz, ifade özgürlüğü de bu soyutluktan nasibini almaktadır. İfade özgürlüğünün günümüz dünyasında çok sık dile getirilen bir konu olması, kamuoyunda sıklıkla tartışılmasından veya bilinirliğinden ziyade anılan soyut niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu soyutluk, bazı biçimlerde kavramın anlaşılmasını güçleştirmektedir. Söz gelimi Flauss, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin karmaşık bir nitelik ihtiva ettiğini ve bu karmaşıklığın üç nedeni olduğunu ileri sürmektedir. İlk olarak, madde metni kişinin fikir sahibi olma özgürlüğünü, bilgi ve fikir alma özgürlüğünü, bilgi ve fikir verme özgürlüğünü düzenlemektedir. Bu bakımdan bir değil birkaç ifade özgürlüğü biçimi sözleşme metninde yer almaktadır. Karmaşıklığın ikinci nedeni ifade özgürlüğünün sınır ötesi karakterinde kendini göstermektedir. Karmaşıklığın son ve en önemli nedeni ise maddenin ikinci fıkrasında yer alan görev ve sorumluluklar kavramından kaynaklanmaktadır. Görev ve sorumluluklara ilişkin düzenleme AİHS kapsamında ifade özgürlüğü maddesine özgüdür. Sözleşmenin başka herhangi bir maddesinde bir hakkın veya özgürlüğün düzenlenmesi görev ve sorumluluklara bağlanmamıştır (Flauss, 2009: 809-810).

İfade özgürlüğünü düzenleyen hukuk metinlerinin apaçık olduğu varsayılsa bile hukuk düzeninin her insani duruma uyum sağlayabilmesi pek mümkün gözükmemektedir. Burada önemle ifade edilmesi gereken husus, ifade özgürlüğüne dair düşünsel birikimin sürekli olarak ilgili, yetkili mahkemelerin yorumları vasıtasıyla büyümekte olduğudur. İfade özgürlüğüne dair düzenlemeler çok sık biçimde değişikliğe uğramamasına rağmen içtihatlar yoluyla hakkın kapsamı ve dayandığı ilkeler zaman içerisinde değişmekte ve gelişmektedir.

Dolayısıyla ilerleyen kısımlarda yalnızca ifade özgürlüğüyle ilgili hukuki düzenlemelerin lafzından hareket edilmeyecek, bazı kararlarda bahsi geçen ifade özgürlüğüyle ilgili içtihat haline gelen mahkeme yorumlarına da yer verilecektir.

İfade özgürlüğü, insan hakları düşüncesinin işaret ettiği demokratik toplumların gelişimi açısından özel bir öneme sahiptir. İnsan haklarının sınıflandırılmasına ilişkin bölümde birinci kuşak olarak anılan klasik haklar içerisinde yer alan ifade özgürlüğü, yalnızca düşüncesini açıklayan aktif süje için değil aynı zamanda bu düşünceye ulaşan, düşünceden yararlanan ve etkilenen pasif süje için de önem arz etmektedir (Cankaya ve Yamaner, 2012: 3). İfade özgürlüğü kendi başına bir hak olduğu kadar, insan hakları setinde yer alan diğer hakların korunması açısından da önemli bir yere sahiptir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün korunması ve hakka geniş bir garanti sağlanması özgür ve demokratik bir ülke için *'inkar edilemez'* bir önerme olarak görülmektedir (Bychawska-Siniarska, 2018: 13). İfade özgürlüğü toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, haberleşme hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi başkaca hakların da unsurudur ve aralarında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Dolayısıyla ifade özgürlüğü geniş bir çerçevede değerlendirilmesi gereken bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. İfade özgürlüğüne yönelik olarak aktarılması gereken bir diğer husus, hakkın öznesine ilişkindir. İfade özgürlüğünün öznesi açısından herhangi bir kısıtlama olduğu söylenemez. Bundan dolayı, kural olarak ayırım olmaksızın herkes ifade özgürlüğünün korunması altındadır. Anayasa Mahkemesi de *"herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşüncesi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesinin"* mümkün olmadığını belirtmiştir (Karan, 2018: 3).

İfade özgürlüğüne içerik açısından da herhangi bir sınırlama getirilmemiş ve her türlü ifadenin koruma kapsamında olduğu belirtilmiştir. Ancak bu ifade özgürlüğünün sınırlarının olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Karan, ifade özgürlüğünün de diğer haklar gibi bir norm alanı olduğunu belirtmekte ve bazı ifadelerin ifade özgürlüğünün kapsamı dışında değerlendirilebildiğini ifade etmektedir. Söz gelimi, faşizm, ırkçılık, savaş propagandası ve nefret içerikli söylemler ifade özgürlüğü kapsamı içerisinde değerlendirilmemektedir (Karan, 2018: 6). İfade özgürlüğüne içerik açısından bir sınırlama getirilmediği bilgisinden hareketle siyasi, akademik, sanatsal, ticari, dini ve ahlaki konulara ilişkin ifadelerin ifade özgürlüğünün kapsamında korunan ifadeler oldukları söylenebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ifadenin açıklandığı biçimler arasında herhangi bir ayırım gözetmemiştir. Ancak nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ifadeler genel olarak kapsam dışında tutulmaktadır. Kapsam dışında sayılan ifadeler ilgili düzenlemelerde açıkça ifade

edilmeler de içtihat yoluyla bu türden ifadelerin genel olarak ifade özgürlüğünü korumasından yararlanamayacağı öngörülmektedir.

İfade özgürlüğü hakkında ilgili düzenlemelerin lafzından hareketle ifade özgürlüğünün sınırlarını ve hangi hakları kapsamına aldığı anlamak daha yararlı olacaktır. Bu bakımdan aşağıda öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10.maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'İfade Özgürlüğü' başlıklı 10. maddesi şu şekildedir:

“1. Herkes düşüncelerini açıklama ve yayma özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğünü, kamu makamlarının müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin korunması, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, asayişsizliğin veya suçun işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bazı formalitelere, şartlara, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

AİHS madde 10 görüldüğü üzere 2 fıkradan oluşmaktadır. 10. maddenin ilk fıkrası ifade özgürlüğünün içeriğini belirtmekte ve korunan özgürlükleri tanımlamaktadır. Bu bağlamda ifade özgürlüğü; fikir sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve fikir alma özgürlüğü, bilgi ve fikir verme özgürlüğünü içermektedir. Yani 10. madde kapsamında kişilerin yalnızca düşüncelerini açıklama ve yayma özgürlükleri değil, aynı zamanda haber alma özgürlükleri de koruma altına alınmıştır. 10. maddenin ikinci fıkrası ise genel itibarıyla 1. fıkra tanınan özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkindir. Bu bağlamda ikinci fıkra uyarınca ifade özgürlüğünün meşru bir şekilde sınırlanabileceği koşullar öngörülmüştür. İkinci fıkra düzenlemesinden hareketle, ifade özgürlüğünün mutlak bir hak olmadığı ve belli koşullar neticesinde sınırlandırılabilmesi görülmektedir (Karan, 2018: 59).

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 19. maddesi şu şekildedir:

“1. Herkesin, müdahaleye uğramadan, kanaat edinme hakkı vardır.



2. Herkesin ifade özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak gerek sözlü, yazılı ya da basılı veya sanat eseri şeklinde, gerekse seçilen diğer herhangi bir yoldan, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, her türlü haber ve düşünceyi araştırma, alma ve verme özgürlüğünü içerir.

3. Bu maddenin 2. Fıkrasında öngörülen hakların kullanılması bazı ödev ve sorumlulukları da içerir. Bu nedenle belli kısıtlamalara konu olabilirler; ancak bunlar kanunun öngördüğü, ve:

a) Başkalarının haklarına ve ününe saygılı olmak;

b) Ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin veya kamu sağlığı ya da ahlakının korunması için zorunlu kısıtlamalardır.”

MSSH madde 19 yukarıda görüldüğü üzere 3 fıkradan oluşmaktadır. AİHS'in ifade özgürlüğü düzenlemesine göre MSSH'nin 19. maddesinin daha kapsamlı bir düzenleme olduğu görülmektedir. MSSH 19. maddesinin 2. fıkrası ifade özgürlüğünün kapsamını düzenlemektedir. Bu kapsamda diğer düzenlemede olduğu gibi düşünceyi açıklama, düşünceyi yayma ve haber alma özgürlüklerini içermektedir. 19. madde ayrıca düşünceyi açıklama ve yayma biçimine yönelik olarak herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Düşüncenin aktarımında sözlü, yazılı, basılı, sanat eseri şeklinde veya bunlardan başka herhangi bir yolun kullanılabileceğini öngörmektedir. 19. maddenin 3. fıkrası ise ilk iki fıkroda tanınan özgürlüklerin hangi nedenlerle sınırlandırılabilirliğini düzenlemektedir. Sınırlanma nedenleri bakımından AİHS'in ilgili maddesiyle karşılaştırıldığında MSSH'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması hususunda daha korumacı bir görünümde olduğu söylenebilir. Çünkü MSSH metninde AİHS'de yer alan toprak bütünlüğünün korunması, suçun işlenmesinin önlenmesi, gizli kalması gereken haberlerin yayılmasına engel olunması ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması şeklindeki sınırlama nedenleri yer almamaktadır (Cankaya ve Yamaner, 2012: 13).

Daha önce de belirtildiği üzere, ifade özgürlüğü mutlak bir hak olarak görülmemekte ve çeşitli nedenlerin varlığı halinde ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği öngörülmektedir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması meselesi hakkında doktrinde çeşitli tartışmaların yürütüldüğü görülse de genel olarak ifade özgürlüğünün belli koşullar dahilinde sınırlandırılabilirliği kabul edilmektedir. Nitekim insan haklarını düzenleyen uluslararası sözleşmelerde ve Türkiye Anayasası'nda da ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilirliğine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kapsamda, yukarıda ele alınan iki uluslararası sözleşmenin öngördüğü ortak sınırlama nedenleri; genel ahlakın

korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve kamu düzeninin korunması olarak sayılabilir.

### 3.2.2. İfade özgürlüğünün önemi

“Hiçbir şey dokunulmaz değildir. Herkes, her türlü düşünceyi, ideolojiyi, dini, kendi adına ifade etme ve açıkça söyleme hakkına sahiptir. Hiçbir düşünce, en saçma, en berbat olanlar dahi, kabul edilemez değildir. Her tür düşünce, söz ya da inanç, eleştiriye, mizaha, alaya, parodiye, karikatüre ve taklide konu edilebilmelidir. ‘Sayısız şekilde tekrarlamaya devam edeceğim’ diye yazmıştı Georges Bataille, ‘saygının sınırları zorlanmadıkça, dünya yaşanabilir bir yer değildir.’ Scutenaire ise, ‘yeterince alaya almadığımız şeyler olduğunu’ ifade etmişti. Dokunulmazlaştıran şey öldürür. Nefret hayranlıktan doğar. Putlaştırıldığı takdirde çocuk bir tirana, kadın bir nesneye, yaşam ise gerçeklikten koparılmış bir imgeye dönüşür.” (Vaneigem, 2018: 20)

İfade özgürlüğünün önemi konusunda yapılan hemen her değerlendirme liberal düşüncenin en önemli temsilcilerinden biri olan John Stuart Mill’in ‘*Özgürlük Üzerine*’ adlı yapıtının ikinci bölümü olan ‘*Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü Üstüne*’ isimli eseriyle bir biçimde ilişki kurmaktadır. Tabi ki ifade özgürlüğü konusundaki her çalışmanın Mill’in eserine doğrudan dayandırıldığını söylemek mümkün olmasa da düşünsel anlamda birçoklarını etkilediği yadsınamaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Mill anılan eserinde ifade özgürlüğü meselesini genel olarak dinsel inanç üzerinden ele alsa da düşünce ve tartışma üzerine görüşleri hala bahsedilmeye değer görülmektedir. Onun ifade özgürlüğünü ele alış şeklinin günümüz dünyası açısından da ifade özgürlüğü konusunda yaklaşımı büyük ölçüde etkilediği görülmektedir.

Bu çalışma özelinde sıkı bir Mill savunusu yapılmayacaksa da genel hatlarıyla ifade özgürlüğünün insanlık için taşıdığı önemi işaret etmesi bakımından birtakım görüşlerinden bahsedilecektir. Mill, bir düşüncenin engellenmesinin altında yatan kötülüğü bütüncül bir perspektiften değerlendirmektedir. Ona göre, düşüncenin engellenmesi tüm insan ırkının engellenen düşünceden mahrum bırakılmasıdır ve bundan ötürü hem engellenen görüşü benimseyenler hem de karşı çıkanlar açısından bir yoksunluk söz konusudur (Mill, 2019: 12). Mill, insanın saygıdeğer bütün yönlerinin kaynağı olarak insanın hatalarını düzeltebilme kapasitesini işaret etmektedir. Bu hataların da ancak tartışma ve deneyim yoluyla düzeltebileceğini vurgulamaktadır (Mill, 2019: 16). Dolayısıyla insanın hatalarından dönebilmesi ve onları düzeltebilmesi için tartışma ortamının ve düşünce alışverişinin sürekli

diri tutulması gerekmektedir. Mill'in bakışı düşünce ve tartışmanın varlığını korumanın, insanın muhakeme yeteneğine güvenilebilmesi için zaruri olduğu şeklindedir.

Yukarıda aktarılanların ardından, insan hakları düşüncesi içerisinde ifade özgürlüğünün konumuna ilişkin birtakım açıklamalar yapmak ifade özgürlüğünün öneminin daha net bir biçimde ortaya konulması için gereklidir. Bu bağlamda, ifade özgürlüğü kavramının nasıl tasavvur edilmesi gerektiği sorusu onun önemini açığa çıkarabilir. Perry, ifade özgürlüğünün nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin iki temel yaklaşım olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, bazıları ifade özgürlüğünün öncelikle demokratik siyasi sürecin sürdürülmesi için bir araç olarak düşünülmesi gerektiğini ileri sürerken, bazıları ise ifade özgürlüğünün herhangi bir sürecin değeri açısından değil, insanın kendini gerçekleştirme anlamında epistemik değeri üzerinden anlaşılması gerektiğini savunmaktadır (Perry, 1983-1984: 1142). Bu noktadan hareketle, günümüzde ifade özgürlüğünün genellikle demokratik sürecin değeri üzerinden ele alındığı söylenebilir. Öyle ki, ifade özgürlüğü demokratik toplumlar açısından vazgeçilmez bir özgürlük olarak görülmektedir. Demokratik toplum çoğulculuk, açık fikirlilik ve hoşgörü gibi değerler üzerine kurulu olarak tasavvur edilmektedir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü sayılan değerlerin gerçekleştirilmesi ve demokratik toplumun ihtiyaçlarının korunması bakımından önem arz etmektedir. Örnek vermek gerekirse, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü konusunda sıklıkla atıf yapılan 1976 tarihli Handyside<sup>1</sup> kararında ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğu belirtilmiş ve bunun ilerlemenin ve insani gelişimin temel koşullarından biri olduğu vurgulanmıştır.

İfade özgürlüğünün hem demokratik değerler açısından hem de insanın kendini gerçekleştirme anlamında epistemik değerler açısından değerlendirilmesi hususunda esasen birçok ortak yan bulunmaktadır. Demokratik değerler açısından ifade özgürlüğü, toplumun tüm üyelerinin karar alma süreçlerine katılımının sağlanması açısından zaruridir. Ayrıca insanın sahip olduğu bilgiyi iletmesi ve gerçeği keşfetmesi için de oldukça önemlidir. Perry, demokratik değer açısından tasarlanan ifade özgürlüğünün, kamu politikaları ve performansının değerlendirilmesinde yararlı olan bilgi ve fikirlerin korunmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (1983-1984: 1152). Demokratik değerler açısından ifade özgürlüğünün tasavvurunda konuşmacı ve dinleyici çıkarları arasında

---

<sup>1</sup> Handyside v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 49.

herhangi bir üstünlük yoktur. Her çıkar grubu diğeriyle eşittir. Benzer şekilde, epistemik değerler bakımından ifade özgürlüğünün tasavvurunda da dinleyici ve konuşmacı çıkarları eşit statüdedir. Epistemik değerler açısından tasavvur edilen ifade özgürlüğü, yararlı bilgi ve fikirleri arayanların bu bilgi ve fikirlere erişiminin korunması gerektiği üzerine kuruludur. Kişinin bu türden bilgi ve fikirlere erişimi engellediği ölçüde kişinin gerçekliği anlama kapasitesi zedelenir. Dolayısıyla gerçekliğin kavranmasının ve hayata dair yeni vizyonlar geliştirmenin başlıca yolu konuşmak veya başka bir biçimde iletişim kurmaktır. Konuşmayı ve başkalarıyla iletişim kurmayı insanın yaratıcı faaliyeti olarak belirten Perry, bu yaratıcı faaliyetin insanlar için temel bir değer olduğunu ve bundan dolayı da yaratıcı faaliyeti oluşturan her türlü iletişimin korunması gerektiğini ifade etmektedir (1983-1984: 1158-1159). Buraya kadar aktarılanlardan yola çıkarak, her iki tasavvurun da ifade özgürlüğüne farklı noktalardan yaklaşım benzer sonuçlara ulaştıkları söylenebilir. Ancak Perry, tahrip edici fikirlerin savunuculuğu meselesini anılan iki yaklaşımın ayrıştıkları nokta olarak vurgulamaktadır. Ona göre, epistemik değerler açısından ifade özgürlüğü yıkıcı, tahrip edici fikirlerin savunuculuğu hususunda da koruma gerektirmektedir. Çünkü ister hukuka uygun ister hukuka aykırı olsun herhangi bir hareket tarzının savunulması, gerçeğin daha iyi anlaşılmasına yönelik bir arayışı ifade etmektedir. Buna karşın, demokratik değerler açısından tasavvur edilen ifade özgürlüğü yaklaşımı, yalnızca demokratik sürecin işleyişinde yararlı olan bilgi ve fikirlerin korunmasını savunmaktadır (Perry, 1983-1984: 1162-1163).

İfade özgürlüğünün önemine ilişkin son olarak Jean-François Lyotard'ın görüşlerinden bahsetmek yararlı olacaktır. Lyotard insan haklarını ve ifade özgürlüğünü genel olarak 'öteki' üzerinden ele almaktadır. Onun değerlendirmesinin başlangıç noktası da diğer birçoklarında olduğu gibi insan doğasıdır. Ancak Lyotard'ın insan doğasına ilişkin ön plana çıkardığı şey: konuşmadır. İnsanları hayvanlardan ayıran özelliğin akıl olduğu geleneksel olarak kabul edilse de Lyotard insan iletişimini ve konuşmayı ayırt edici görmekte ve çalışmasını bu temelin üzerine kurmaktadır (Shute ve Hurley, 1993: 13). Bir başka ifadeyle, Lyotard için temel insan davranışı iletişimdir. Lyotard, öteki figürünün oluşumunu insan dilinin pragmatik işlevine bağlamaktadır. Ona göre, açık veya gizli olsun her insan cümlesi birine veya bir şeye yöneliktir. Dolayısıyla konuşma ve iletişimde bir karşılıklık söz konusudur. Lyotard'ın değerlendirmesine göre, her özne bir diğeri vardır. Ona göre, konuşan kişinin 'ben'i, bir 'sen'e hitap etmektedir. Konuşma yeteneğine sahip kişiler dönüşümlü olarak 'ben' ve 'sen' örneğini işgal etmektedirler. Dolayısıyla şimdinin özneleri gelecekte yer değiştirecek, şimdinin 'sen'i muhatabın 'ben'ine

dönüşecektir. Lyotard, ‘biz’ denilen şeyin karşılıklı konuşmanın sonucu olduğunu ve muhatap olarak ötekiyi her daim mevcut kıldığını ifade etmektedir. Ona göre insan, başkalarına hitap etme hakkı başkaları tarafından tanınan bireydir (Lyotard, 1993: 137-138). Lyotard’ın temel insanı davranışı olan iletişimden yola çıkarak kurduğu bu dilsel yapı ifade özgürlüğünün temel bir insan hakkı olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. İnsanın başkalarıyla konuşma kapasitesinin sınırlanması konuşmacının muhataplar topluluğundan dışlanmasına vesile olacaktır. Böylesi bir durum gerçekleştiğinde, konuşmacı artık hiç kimsenin başkası olamayacağı gibi, kimse de onun ötekisi olamayacaktır (Lyotard, 1993: 141). Dolayısıyla topluluğun bir yaptırım olarak elinde tuttuğu sessizliği dayatma hakkı oldukça tehlikelidir. Sessizliğin dayatılması insanın konuşma kapasitesinin sınırlanmasını ve muhatap topluluktan dışlanma tehdidini içerisinde barındırmaktadır. Dolayısıyla bu tür bir dışlanma bir nevi insanlıktan dışlanma anlamına gelmektedir ve oldukça zararlıdır (Lyotard, 1993: 144).

### **3.2.3. Türkiye’nin ifade özgürlüğü karnesi**

Çalışmanın bu kısmında Türkiye’nin ifade özgürlüğü konusunda nasıl bir performans sergilediği, uluslararası arenada nasıl bir durumda olduğunu göstermek amacıyla bazı uluslararası örgütlerin hazırladıkları raporlar ve bu raporlar ışığında rakamlarla Türkiye’nin ifade özgürlüğü konusundaki tutumu ifade edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin istatistiklerine, Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü’nün basın özgürlüğüne ilişkin hazırladığı rapora ve İfade Özgürlüğü Derneği’nin internet yasaklarına dair hazırladığı rapora kısaca yer verilecektir. Ancak bu noktada belirtilmesi gereken husus, aktarılacak olan istatistikler ve rakamlardan hareketle derinlemesine bir analiz yapılmayacağıdır. Bu kısımda amaçlanan, Türkiye’nin ifade özgürlüğü konusundaki performansını olabildiğince yalın bir biçimde göstermek ve durumun ciddiyetinin altını çizmektir.

Türkiye genel itibariyle ifade özgürlüğü kavramını tam olarak özümsemiş bir ülke gibi gözükmemektedir. Yukarıda anılan kurumların raporları ışığında, özellikle ifade özgürlüğü alanında Türkiye’nin durumunun pek parlak olmadığı kolaylıkla söylenebilir. İnsan hakları ihlalleri ve ifade özgürlüğü konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1959-2020 yılları arasındaki verileri de Türkiye’nin bu alanlardaki durumunu oldukça net bir biçimde ortaya koymaktadır. 1959-2020 yılları arasında Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi'nin vermiş olduğu 23406 kararın 3742 tanesi Türkiye'ye karşı verilmiştir. Bu rakamlar ışığında, Türkiye diğer Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında hakkında en çok karar verilen devlet olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu alanda Türkiye'yi 2884 kararla Rusya ve 2427 kararla İtalya takip etmektedir. Yine aynı tablodan hareketle 1959-2020 yılları arasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin 925 kararın 387 tanesi Türkiye'ye karşı verilmiş kararlardır. Bu rakamlar ışığında Türkiye, diğer Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında ifade özgürlüğünü en çok ihlal eden devlet konumundadır. Türkiye'yi, 95 kararla Rusya ve 40 kararla Fransa takip etmektedir.<sup>2</sup>

İfade özgürlüğüyle yakından ilişkili bir diğer mesele basın özgürlüğüdür. Basın özgürlüğü ihlallerine ve tutuklu gazetecilerin sayısına bakıldığında zaman da Türkiye'nin durumu oldukça vahimdir. İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün 2019 yılı raporunda Türkiye'deki terör yargılamalarının çoğunda terör faaliyeti olarak nitelendirilebilecek eylemlerin varlığına ilişkin inandırıcı kanıtlar sunulmadığı belirtilmiş ve terör suçlarından yargılanan kişilerin uzun süreli olarak tutuklu kalmalarının yargısız bir cezalandırma yöntemi olarak görüldüğü ifade edilmiştir. Söz konusu yargılamaların tarafı olan kişilerin önemli bir kısmını gazeteciler oluşturmaktadır (Molu, 2020: 10). Bu kapsamda, Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü'nün (RSF) 2021 yılı Dünya Basın Özgürlüğü Endeksi'ne göre Türkiye, 180 ülke arasında 153. sırada bulunmaktadır.<sup>3</sup>

Türkiye'nin ifade özgürlüğüyle ilgili durumunu ortaya koymak adına çalışma özelinde bahsedilecek son husus internet erişimleriyle ilgilidir. Günümüz dünyasında iletişimin, haberleşmenin büyük oranda internet vasıtasıyla gerçekleştirildiği hesaba katılırsa, ifade özgürlüğü açısından internet erişiminin önemi daha da belirginleşecektir. Bu kapsamda, internet yasakları, erişim engelleri ve haber içeriklerinin kaldırılması hususunda İfade Özgürlüğü Derneği'nin EngelliWeb 2020 raporundan belli başlı rakamları aktarmak internet konusunda Türkiye'nin tavrını ortaya koymak açısından yararlı olacaktır. Rapora göre, 2020 yılının sonu itibarıyla Türkiye'de erişime engellenen toplam web sitesi sayısı 467011'dir. Ayrıca 150000 URL adresine, 7500 Twitter hesabı ve 50000 Twitter gönderisine, 12000 Youtube videosuna, 8000 Facebook içeriğine ve 6800 Instagram içeriğine erişim engeli getirilmiştir. Erişime engellenen URL adreslerinden 22554 tanesi

<sup>2</sup> AIHM, 1959-2020 İstatistikleri, [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2020\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf)

<sup>3</sup> Sınır Tanımayan Gazeteciler, 2021 Dünya Basın Özgürlüğü Endeksi, 16.08.2021, <https://rsf.org/en/ranking>

haberlere ilişkindir. Ayrıca 15832 tane haber yayından kaldırılmış, çıkartılmış veya silinmiştir. 2020 yılında, 5645 haber adresine erişim engeli gelmiş ve bunların 4620 tanesi içerik sağlayıcılar tarafından yayından kaldırılmıştır. Raporda ayrıca, kamuoyunda sosyal medya yasası olarak bilinen 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da 2020'nin temmuz ayında yapılan değişiklikler sonrasında içeriklerin yayından kaldırılma yüzdesinin %76'dan %81'e çıktığı ve 2021 yılında bu oranların daha da artmasının beklendiği belirtilmiştir.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> EngelliWeb 2020 Raporu, 16.08.2021, [https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb\\_2020.pdf](https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2020.pdf)

## 4. BÖLÜM: ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA TÜRKİYE'DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

### 4.1. Giriş

Anayasa Mahkemesi kararlarının incelenmesine ayrılan bu kısım hakkında yanlış anlaşılmalara önüne geçilmesi için kararların incelenmesinin yöntemine ilişkin birtakım açıklamalar yapmak gerekmektedir. Öncelikle çalışma özelinde ele alınacak Anayasa Mahkemesi kararlarının hukuk tekniğine uygun bir biçimde, eksiksiz bir hukuki analizinin yapılmayacağı belirtilmelidir. Çalışmanın ana gayesi Anayasa Mahkemesi kararlarında esas olarak ifade özgürlüğünü incelemektir. Dolayısıyla ifade özgürlüğü konusu dışında kalan konulara çoğunlukla değinilmeyecek, kararın ve karara konu olan olayların anlaşılmasını güçleştirecek detaylara değinilmeyecektir. Söz gelimi, Anayasa Mahkemesi'nin hükümleri ifade edilirken mahkemenin tazminat, masraf ve yargılama giderlerine vs. ilişkin verdiği kararlarına, okuduğunuz çalışmanın odaklandığı konularla ilgili olmamaları sebebiyle yer verilmeyecektir. Dolayısıyla aktarılan biçimiyle değerlendirildiğinde kararların eksiksiz bir özetinin sunulmayacağı aşıkardır.

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte bireysel başvuru Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına dahil edilmiştir. Bu çalışma özelinde ele alınan Anayasa Mahkemesi kararları da bireysel başvuru uygulamasına ilişkindir. Dolayısıyla aşağıda mahkemenin görev alanlarının belirtildiği kısımdaki diğer iş ve yargılamalar çalışmanın sınırlılıkları dahilinde değildir. Kararlar genel itibariyle dört başlık altında incelenecektir. İlk üç başlık kararın konusuna ve genel hatlarıyla ne hakkında olduklarına ilişkin, son başlık ise kararların çalışma boyunca bahsedilen kuramsal kaynaklarla birlikte değerlendirilmesi hakkında olacaktır.

### 4.2. Anayasa Mahkemesi'nin Yapısı ve Görevleri

Anayasa Mahkemesi kararlarının kuramsal dayanaklarla birlikte değerlendirilmesine geçmeden evvel Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir yapı ihtiva ettiğinin ve genel hatlarıyla görevlerinin neler olduğunun kısaca açıklanması gerekmektedir.



Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu, işleyişi ve verdiği kararların niteliğine ilişkin düzenlemeler Anayasa'nın 146. maddesi ve devamında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi 15 üyeden oluşmaktadır. Üyelerin üç tanesi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, geri kalan on iki üyesi ise çeşitli devlet makamları arasından Cumhurbaşkanınca seçilmektedir. Anayasa'nın 148. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca Anayasa Mahkemesi kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM içtüzüğünün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları karara bağlayan en yüksek mahkeme olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri sekiz başlık halinde sıralanabilir. Bunlar: norm denetimi, bireysel başvuru, yüce divan yargılamaları, siyasi parti kapatma davaları ve siyasi partilerin mali denetimi, yasama dokunulmazlığı işleri, milletvekilliğinin düşmesi işleri ile Uyuşmazlık Mahkemesi başkanının seçiminden ibarettir.

### **4.3. Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.2021 Tarihli ve 2019/10634 Esas Sayılı Kararı**

#### **4.3.1. Kararın konusu**

Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.2021 tarihli, 2019/10634 esas sayılı kararının başvurusu milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu'dur. Bahsi geçen kararda başvurusunun haklarının iki şekilde ihlal edildiği öne sürülmektedir. Bu kapsamda anılan karar, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve ifade özgürlüğünün ihlali iddialarına ilişkindir. Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlali, Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun milletvekili seçilerek dokunulmazlık hakkı kazanmasına rağmen yargılanmasına devam edilmesiyle ilgilidir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiaları ise Gergerlioğlu'nun sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımlar gerekçe gösterilerek terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasıyla alakalıdır.

#### **4.3.2. Somut olay**

Başvurucu Ömer Faruk Gergerlioğlu 20.08.2016 tarihinde Twitter isimli sosyal medya platformundan, T24 internet haber sitesinin "*PKK: Devlet Adım Atarsa Barış 1 Ayda Gelir*" başlıklı haberini kendi eklediği şu yorumuyla paylaşmıştır: "*Bu çağrı hakkıyla değerlendirilmeli, bu işin sonu yok..! Öcalan devreye girerse olur diyorlar*". İlgili haberde

aynı zamanda elinde uzun namlulu silah bulunan ve yüzleri görünmeyen üç kişinin fotoğrafına yer verilmiştir. Bu kişilerin aynı zamanda kamu makamlarınca terör örgütü üyesi oldukları yönünde bir değerlendirmenin yapıldığı ilgili kararda belirtilmiştir.

#### **4.3.3. Derece mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hükmü**

##### **4.3.3.1. Derece mahkemeleri süreci**

Yukarıda aktarılan somut olay çerçevesinde Ömer Faruk Gergerlioğlu hakkındaki mahkeme süreçleri şu şekilde işlemiştir. İlk derece mahkemesi (Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesi) 21.02.2018 tarihinde, Ömer Faruk Gergerlioğlu'nu anılan sosyal medya paylaşımları sebebiyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. Daha sonra ilk derece mahkemesi hükmüne karşı Gergerlioğlu tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuştur. İstinaf incelemesi yapan mahkeme (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi) Gergerlioğlu'nun başvurusu hakkında esastan ret kararı vermiştir. Akabinde temyiz incelemesi yapan daire (Yargıtay 16. Ceza Dairesi) tarafından Gergerlioğlu'nun mahkumiyet kararı onanmıştır.

##### **4.3.3.2. Anayasa Mahkemesi hükmü**

Anayasa Mahkemesi 01.07.2021 tarihinde ilgili kararda açıklanan gerekçelerle başvuru Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ve aynı zamanda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir.

#### **4.3.4. Değerlendirme**

Söz konusu kararın değerlendirilmesi çalışmanın dayandığı kuramsal kaynaklar temelinde yapılacaktır. Dolayısıyla Eleştirel Hukuk Çalışmalarının hukuk düzeniyle, yargılama süreciyle, hukuk normlarıyla alakalı olarak öne sürdüğü görüşlerin ışığında bir inceleme yürütülmesi gerekmektedir. İncelenen kararda EHC'nin hukukun belirsizliğine ve tarafsızlığına ilişkin tezlerin izlerinin sürülebileceği açıklamalar mevcuttur. Bu bakımdan öncelikle hukukun belirsizliğine ilişkin ardından hukukun tarafsızlığına ilişkin tespitler

Anayasa Mahkemesi'nin yorum ve değerlendirmeleriyle birlikte ifade edilmeye çalışılacaktır.

Hukukun belirsizliği teriminin iki boyutlu bir anlamı olduğundan önceki bölümlerde bahsedilmişti. Buna göre, belirsizlik iddiası bir anlamıyla hukuk normlarının belirsizliğini işaret ederken, diğer anlamıyla yargılama sırasındaki hüküm tesis etme süreçlerinin belirsizliğini vurgulamaktadır. Buna karşın egemen hukuk anlayışı ise, hukuku belirli ve öngörülebilir sonuçlar doğuran kendi içinde anlam ihtiva eden bir yapı olarak tasavvur etmektedir. İncelenen kararda hukukun belirsizliği iddiasının her iki boyutuna ilişkin noktalar bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi belirlilik ilkesini söz konusu kararda şu şekilde ifade etmiştir:

“Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsamı bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Bir kanuni düzenlemede hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri mümkün olabilir.”<sup>5</sup>

Aslına bakılırsa yukarıda aktarılan Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi hukuk düzeninin belirsizliğinin kederli bir itirafı gibidir. Nitekim bir sonraki paragrafta hukuksal durumların yorumlanmasındaki belirsizliğin “*temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hale gelmesine*” neden olacağı belirtilmiştir. Hukuki gerekçelendirme süreci, somut olayın hukuksal usa vurma yoluyla hukuk normlarının sınırlarına sokularak belli bir sonuca varılması olarak ifade edilebilir. Ancak söz konusu kararın incelenmesinde ilk olarak göze çarpan husus, mevcut hukuk düzeninin hukuk normlarından hareketle belli bir sonuca ulaşılmasına imkan veren bir yapıda olmadığıdır. Nitekim anılan kararda, derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi hükümlerinde hemen hemen aynı hukuk normlarından bambaşka sonuçlar çıkarabildiği görülecektir. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, başvuru hakkında derece mahkemeleri sürecinde verilen tüm kararların başvuruca

<sup>5</sup> Anayasa Mahkemesi Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, Başvuru No: 2019/10634, 01.07.2021, § 77.

haklarını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Hukukun belirli ve öngörülebilir sonuçlar doğuran bir yapı olarak anılması bu bakımdan değerlendirildiğinde pek gerçekçi gözükmemektedir. Derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi süreçlerinin aynı hukuk kurallarından hareketle birbirlerine tamamen zıt sonuçlar çıkarabilmesi hukuk düzeninin belirsiz bir karakteri haiz olduğu savını desteklemektedir.

Söz konusu karardaki hukuki gerekçelendirme süreci somut olay hakkında mevcut hukuk kurallarından hareket ederek belli bir sonuca varılmasından ziyade arzu edilen bir sonucu hukuki düzenin sınırlarına dahil etme girişimi gibi gözükmektedir. Anılan kararda başvuru hakkında Anayasa Mahkemesi sürecine kadar yapılan yargılamaların siyasi saiklerle biçimlendiği yorumu kolaylıkla yapılabilir. Şöyle ki, ilk derece mahkemeleri Gergerlioğlu hakkında yaptığı yargılamada hukuk nazarınca yapılması gereken en basit denetimleri bile yapmadan, sanki önceden belirli bir kararı almak doğrultusunda hareket etmiş gibi görünmektedir. Yargılamalara konu olan söz konusu sosyal medya paylaşımı bir internet sitesi haberini Gergerlioğlu'nun kısa bir yorumuyla birlikte paylaşmasından ibarettir. Ancak ilk derece mahkemesi başvurucuyu cezalandırırken hazırladığı gerekçede sanki haberi başvuru yazmış gibi değerlendirmelerde bulunmuştur. Bu tarz hatalar hoş görülemeyecek denli büyük etkiler doğuran ve ağır hak ihlallerine yol açan yanlışlardır. Kaldı ki söz konusu paylaşımın dayandığı haberin başvuru sırasında ve sonrasında da yayında ve erişilebilir olduğu ve haber hakkında yayınlandığı tarihten beri herhangi başka bir suçlama olmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtilmektedir.

Bireylerin hukuk düzenine güven duyabilmeleri için belirlilik, öngörülebilirlik gibi ilkelerin hukuka içkin olması gerekmektedir. Ayrıca yargılama faaliyetinde bulunanların yargılama sürecinde özenli hareket etmeleri toplumda hukuka güvenin tesis edilmesi açısından oldukça önemlidir. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin hüküm tesis ederken yapması gereken denetimleri yapmadığını, gözetmesi gereken ilkeleri hesaba katmadığını belirtmektedir. İfade özgürlüğü gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse ilgili hukuk metinlerinde geniş bir çerçevede değerlendirilmesi ve koruma altına alınması gereken haklardandır. İfade özgürlüğünün uluslararası hukuk metinlerinde diğer haklarla çatışma halinde olması durumunda hakların korunması hususunda bir denge kurulması öngörülmektedir. Ancak anılan kararda ilk derece mahkemesinin, içtihatlar yoluyla geliştirilen, bu tarz denetleme mekanizmalarının neredeyse hiçbirini göz önünde bulundurmadığı, söz konusu sosyal medya paylaşımının peşinen terör örgütü propagandası olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün korumasında olan ifadeleri şu şekilde açıklamıştır:

“İçinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan, çeşitli grupların şiddete başvurmaksızın ulaşmayı düşündükleri toplumsal veya siyasal hedeflere, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin düşünce açıklamaları –ideolojik ve katı olarak nitelendirilseler bile- terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Dolayısıyla sağ veya sol ideolojilere, anarşist ve nihilist akımlara, toplumsal veya siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin –devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile- açıklanması, yayılması, aktif ve sistemli bir şekilde başkalarına aşılması, telkin veya tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün koruması altındadır .”<sup>6</sup>

Karara konu olan paylaşımlarda şiddeti teşvik eden veya toplumun bir kesimine karşı nefreti körükleyecek tarzda ifadeler olmamasına rağmen söz konusu paylaşımlar derece mahkemeleri tarafından ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemiştir. İfade özgürlüğü belli koşullar altında sınırlandırılabilen haklardandır ancak bu sınırlamaların meşru ve ölçülü olması esastır. Dolayısıyla anılan karara genel bir açıdan bakıldığında söz konusu hukukun birbirine zıt biçimde iki farklı yansıması olduğu görülecektir. İfade özgürlüğü hakkında oldukça fazla sayıda ulusal ve uluslararası içtihadın varlığına rağmen derece mahkemeleri ifade özgürlüğünün geniş yorumlanması gerekliliğini bir kenara bırakarak arzu ettikleri bir sonuca yönelik karar vermiş görünmektedir.

Dolayısıyla anılan karara ilişkin olarak, yargılama sürecinde genel olarak bir belirsizlik durumunun olduğu aşıkardır. Aynı hukuk kuralları birbirine tamamen zıt iki sonucun ortaya çıkarılmasına engel teşkil etmemektedir. Egemen hukuk anlayışı formalist görüş doğrultusunda, hukuk kurallarından hukuksal usavurma yoluyla belirli ve öngörülebilir sonuçlar çıkarılabileceği varsayımına dayansa da söz konusu karar açısından bakıldığında durumun böyle olmadığı görülecektir. Mevcut hukuk düzeni hem birtakım kanuni düzenlemeler hem de yargılama süreçlerindeki takdir yetkisinin kullanımı hususunda oluşan derin farklılıklar sebebiyle belirsizdir.

<sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi Ömer Faruk Gergerlioğlu Kararı, Başvuru No: 2019/10634, 01.07.2021, § 159.

#### **4.4. Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2015 Tarihli ve 2014/12151 Esas Sayılı Kararı**

##### **4.4.1. Kararın konusu**

Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2015 tarihli, 2014/12141 esas sayılı kararının başvurusu gazeteci Bekir Coşkun'dur. İlgili kararda köşe yazarı olan başvuru Bekir Coşkun yayınlanan bir yazısı nedeniyle cezalandırılmıştır. Bu kapsamda anılan karar, yayınladığı bir yazısı nedeniyle cezalandırılan Bekir Coşkun'un ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar hakkındadır.

##### **4.4.2. Somut olay**

Başvurucu Bekir Coşkun 04.07.2013 tarihli Cumhuriyet gazetesinde "*Boyalı Merdivenler*" başlıklı köşe yazısını kaleme almıştır. İlgili köşe yazısı dolayısıyla Bekir Coşkun hakkında 01.10.2013 tarihinde Adalet ve Kalkınma Partisi İstanbul milletvekili Mihrimah Belma Satır ile 10.10.2013 tarihinde Adalet ve Kalkınma Partisi İstanbul milletvekili Metin Külünk tarafından kamu görevlisine hakaret ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama iddiasıyla suç duyurusunda bulunulmuştur. Ayrıca 30.10.2013 tarihinde ise Adalet ve Kalkınma Partisi Manisa milletvekili Selçuk Özdağ tarafından da kamu görevlisine hakaret iddiasıyla Bekir Coşkun hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur.

##### **4.4.3. Derece mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hükmü**

###### **4.4.3.1. Derece mahkemeleri süreci**

Yukarıda aktarılan somut olay çerçevesinde Bekir Coşkun hakkındaki savcılık ve mahkeme süreçleri şu şekilde gerçekleşmiştir. Somut olay kısmında bahsedilen suç duyurularını dikkate alan savcılık (İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı) bir suçlama için kovuşturmaya yer olmadığı kararı verirken, bir diğeri için kamu davası açmıştır. Savcılık Bekir Coşkun hakkında 21.11.2013 tarihinde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verirken aynı tarihte kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı alenen hakaret suçunu işlediği iddiasıyla kamu davası açmıştır. İlk derece mahkemesi (İstanbul 2. Asliye Ceza

Mahkemesi) 29.04.2014 tarihinde, Bekir Coşkun'un bahsedilen köşe yazısı sebebiyle kamu görevlisine karşı görevinden dolayı basın yoluyla hakaret suçunu işleme suçundan 1 yıl 2 ay 17 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Bekir Coşkun'un ilk derece mahkemesi kararına karşı yaptığı itiraz, bir üst mahkemenin (İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi) 24.06.2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

#### **4.4.3.2. Anayasa mahkemesi hükmü**

Anayasa Mahkemesi'nin 04.06.2015 tarihinde ilgili kararda açıklanan gerekçelerle başvuru Bekir Coşkun'un sırasıyla Anayasa'nın 26. maddesi ile Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir.

#### **4.4.4. Değerlendirme**

Bahsedilen karar ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasındaki yakın bağlantıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda başvuru gazete köşesinde yazdığı belli başlı mizahi unsurlar içeren ifadelerinden bazı milletvekilleri rahatsız olmuş ve savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. Ancak anılan köşe yazısı incelendiğinde herhangi bir milletvekiline doğrudan yönelen hakaret veya aşağılama görülmemekle birlikte anılan yazı genel olarak Gezi Olayları sürecindeki belli toplumsal sorunları gündeme getirme amacıyla kaleme alınmış görünmektedir. Bekir Coşkun'un köşe yazısına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi de yazarın kendi bakış açısından Türkiye'nin çevre sorunlarına karşı bir yaklaşım sergilediğini, söz konusu çevre eylemlerine destek vermesi ve eyleme karşı olanlara eleştiriler yöneltmesinde kamu yararı olduğunu tespit etmiştir. İlk derece mahkemelerinin bu konuda sergilediği tutum genel olarak Türkiye ölçeğinde ifade özgürlüğü korumasının daraltılmaya çalışıldığını gözler önüne sermektedir. Nitekim AİHM içtihatları da hükümet ve siyasetçilere yöneltilen eleştirilerin diğer ifade türlerine göre daha geniş bir korumadan yararlanmasını öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin hükümlere ve siyasetçilere yönelik ağır eleştiriler hususunda değerlendirmesi şu şekildedir:

“AİHM’in yerleşik içtihatlarında da belirtildiği gibi hükümetler kullandıkları kamu gücünden dolayı kendilerine yöneltilmiş en ağır eleştirileri bile hoşgörüyü karşılamak zorundadır. Sağlıklı bir demokrasi, bir hükümetin yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından denetlenmesi değil, aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir.

Aynı şekilde siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar. Bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır.”<sup>7</sup>

Yukarıda aktarılan Anayasa Mahkemesi’nin siyasilere yönelik eleştiriler hususunda yaptığı değerlendirme hem yerel içtihatlarda hem de uluslararası içtihatlarda sıklıkla bahsi geçen görüşlerden ibarettir. Aslına bakılırsa başvurucuyla ilgili söz konusu karar baştan sona ifade özgürlüğünü anlatan ders kitabı niteliğindedir. Mahkeme, derece mahkemelerinde yerleşik içtihatlarda öngörülen haliyle temel hak ve özgürlüklere müdahale konusunda belli ilkelerin hesaba katılmasını ve keyfi bir biçimde veya siyasi saiklerle hüküm kurulmamasını, değerlendirmeleri neticesinde sağlamaya çalışmaktadır. Söz konusu kararda ifade özgürlüğü derece mahkemeleri tarafından dar bir şekilde yorumlanmıştır. Derece mahkemesi verdiği kararın gerekçesinde başvurucunun yorumlarının küçültücü ve alçaltıcı olduğu kanısına varmıştır. Bu bağlamda derece mahkemesi, başvurucunun gazete yazısının bir kısmında geçen mizahi bir dille yazılmış sözleri “*açıklanmasında kamu yararı bulunmayacak bir şekilde*” ifade ettiğini belirterek bu ifadenin amacının müstekileri aşağılamak olduğunu öne sürmüştür. Derece mahkemesindeki yargılama süreci esasen uygulayıcıların siyasi konumlanma meselesi gibi görünmektedir. Derece mahkemelerinde yargılama süreçlerini yürüten uygulayıcıların ifade özgürlüğüne ilişkin yerleşik ulusal ve uluslararası içtihatlardan haberdar olmadığı söylenemez. Nitekim hüküm kurulurken de Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı değerlendirmelere benzer çıkarımlar yapılmış ancak bunların mevcut olayla bağlantısının olmadığı vurgulanmıştır. Söz gelimi derece mahkemesi, bir siyasetçinin kaba, sert ve kırıcı bir şekilde bile olsa eleştirilmesini siyasi yaşamının ve kamusal bir görev yapmasının doğal sonucu olarak görmektedir. Ancak ilgili kısmın devamında “*bir kimsenin eleştirilebilmesi için ortada bir eleştiri konusunun da olması gerekir*” şeklinde bir yorumda bulunmaktadır. Hukuki sorunların çözümünde yargıçların belli alanlarda takdir yetkisinin olması oldukça normaldir. Ancak söz konusu kararda derece mahkemesinin yıllardır

<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi Bekir Coşkun Kararı, Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015, § 67-68.



yazarlık yapan başvurucunun yazısı hakkındaki çıkarımları soyut, varsayımsal ve taraflı gözükmektedir.

İfade özgürlüğünün Türkiye’de genel olarak söz konusu kararda derece mahkemesinin yaptığı gibi dar bir şekilde yorumlanması, mevcut toplumsal durumları irdeleyen, belli siyasi partilerin ideolojilerine, politikalarına karşı eleştiriler getiren muhalif kesimlerin üzerinde caydırıcı bir etki doğurmaktadır. Bu hususu Anayasa Mahkemesi somut olay bazında şu şekilde belirtmiştir:

“Başvurucu yazdığı makale nedeniyle 1 yıl 2 ay 17 günlük hapis cezası ile cezalandırılmıştır. İlk Derece Mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile başvurucu 5 yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır ve bir yazar olan başvurucunun bu süre içerisinde cezasının infaz edilme riski her zaman vardır. Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğraticı bir etkisi vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir mahkumiyet almadan geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır. Sonuç olarak başvurucunun gelecekte cezasının infaz edilebileceği olasılığının kendisinde stres ve cezalandırılma endişesi yarattığı kabul edilmelidir.”<sup>8</sup>

Sonuç olarak, hukukun tarafsız ve nesnel olduğu yönündeki hukuk anlayışı somut olaylar nezdinde değerlendirildiğinde anlamını yitirmektedir. Yargılamayı yürüten uygulayıcıların takdir yetkisinin olduğu alanlar oldukça geniştir. Kaldı ki takdir yetkisinin geniş olmadığı düşünülen konularda bile yorum yoluyla aynı hukuk kurallarından farklı, arzu edilen ve istenilen sonucun çıkarılabildiği görülmektedir. Bu bakımdan söz konusu karar hukukun belirsizliği ve taraflılığı meseleleriyle birlikte düşünülebilir.

#### **4.5. Anayasa Mahkemesi’nin 18.11.2020 Tarihli ve 2017/4934 Esas Sayılı Kararı**

##### **4.5.1. Kararın konusu**

Anayasa Mahkemesi’nin 18.11.2020 tarihli, 2017/4934 esas sayılı kararının başvurucusu gazeteci Hüsni Mahalli’dir. Anılan karar tutuklamanın hukuki olmaması ve tutuklamaya konu suçlamaların aynı zamanda ifade özgürlüğü ve basın hürriyeti kapsamındaki eylemlere ilişkin olması nedeniyle, sırasıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi Bekir Coşkun Kararı, Başvuru No: 2014/12151, 04.06.2015, § 70.

ile ifade ve basın özgürlüklerinin ve başvuruçunun hastalığına rağmen tutuklanması nedeniyle de kötü muamele yasağının ihlal edildiğine yönelik iddialarına ilişkindir.

#### **4.5.2. Somut olay**

Başvuruçucu Hüsnu Mahalli'nin röportaj, sosyal medya paylaşımları ve bir televizyon programında yaptığı konuşmalar nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret ve kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret suçunu işlediği iddia edilmiştir. İddiaya konu olan eylemler şu şekildedir:

1) 02.12.2016 tarihli Halk Tv'de yayınlanan 'Medya Mahallesi' isimli programdaki, 'Cumhurbaşkanı ve hükümet yetkililerinin Suriye'de bulunan terör örgütlerini finans ve silah sağlayarak desteklediğine ve terör olaylarına neden olduğuna' ilişkin açıklamalar.

2) 20.10.2016 tarihinde Yurt gazetesinde yayımlanan 'MIT tırları ile Suriye'de bulunan terör örgütlerine silah gittiğini iddia ederek Türkiye Cumhuriyeti'nin terör örgütlerini desteklediği ve Cumhurbaşkanı'na diktatör yakıştırmaları yaptığı' iddiasına ilişkin açıklamalar.

3) 07.12.2016 ve 10.12.2016 tarihlerinde Twitter isimli sosyal medya platformundan yaptığı açıklamalar sebebiyle Cumhurbaşkanı'na hakaret ettiği iddiasına ilişkin açıklamalar.

#### **4.5.3. Derece mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi hükmü**

##### **4.5.3.1. Derece mahkemeleri süreci**

Yukarıda aktarılan somut olaylar çerçevesinde Hüsnu Mahalli hakkında savcılık ve mahkeme süreçleri şu şekilde gerçekleşmiştir. Başvuruçucu hakkında yukarıda aktarılan eylemleri dolayısıyla savcılık (İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı) tarafından soruşturma başlatılmış ve 13.12.2016 tarihinde Hüsnu Mahalli evinde gözaltına alınmıştır. Ardından ilk derece mahkemesi (İstanbul 9. Sulh Ceza Hakimliği) 15.12.2016 tarihinde Hüsnu Mahalli hakkında tutuklama kararı vermiştir. Başvuruçucu tutuklanmasından bir gün sonra tutuklanma kararına itiraz etmiş ve itirazı reddedilmiştir. Akabinde başvuruçucu hakkında İstanbul 6. Asliye Ceza mahkemesinde yukarıda bahsedilen kamu davası açılmıştır. İlk derece mahkemesi (İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi) yargılama sonucunda Hüsnu Mahalli'nin

Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu yönünden 2 yıl 5 ay 5 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Ayrıca aynı mahkeme başvuruca, kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret suçu yönünden 1 yıl 8 ay 25 gün hapis cezası tayin etmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin Hüsnü Mahalli'nin itirazı, itiraz mercii olan mahkeme (İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesi) tarafından reddedilmiştir. Başvurucu Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu yönünden istinaf yoluna başvurmuş, mahkeme (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27. Ceza Dairesi) 27.02.2020 tarihinde hükmün bozulmasına karar vermiştir. Bozma kararı sonrasında bahsedilen yargılama, Anayasa Mahkemesi kararının yayımlandığı tarihte hala devam etmektedir.

#### **4.5.3.2. Anayasa Mahkemesi hükmü**

Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.2020 tarihinde ilgili kararda açıklanan gerekçelerle başvuruca Hüsnü Mahalli'nin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların her ikisinin de açıkça dayanaktan yoksun olmaları nedeniyle kabul edilemez olduğuna oyçokluğuyla karar vermiştir. Mahkemenin iki üyesi de çoğunluk kararına katılmayarak karşı oy yazısı yazmışlardır.

#### **4.5.4. Değerlendirme**

Söz konusu kararda ifade ve basın özgürlükleri ile Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunun bir arada değerlendirilmesi mümkündür. Çalışmada bahsedilen diğer iki kararda Anayasa Mahkemesi hükümleri oybirliğiyle verilmişken, söz konusu karar oyçokluğuyla alınmıştır. Bu bakımdan başvuruca Hüsnü Mahalli ile ilgili kararda iki mahkeme üyesinin karşı oy yazıları son derece önemlidir. Çünkü olaya uygulanması gereken ve uygulanan hukuk kuralları hemen hemen aynı olmasına rağmen üyeler başvuruca'nın iddialarına ilişkin oldukça farklı kanaatlere varmışlardır. Anılan kararda başvuruca'nın temelde iki iddiası vardır. Bunlar; başvuruca'nın tutuklanmasının hukuki olmadığına ilişkin iddia ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar olarak ifade edilebilir. Öncelikle başvuruca'nın tutuklanmasına ilişkin süreçlere değinilecek ardından ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin olarak değerlendirme yapılacaktır.

Başvurucu birtakım ifade açıklamaları sebebiyle keyfi, orantısız ve haksız olarak tutuklandığını ileri sürmüştür. Tutuklama kararını veren mahkemenin tutuklama koşullarına ilişkin olarak saydığı gerekçeler şu şekildedir:

“Soruşturmanın halen devam etmekte olup delillerin henüz tam olarak toplanmamış olduğu; toplanacak delillere göre şüpheliye atılı suçun niteliğinin değişmesiyle aleyhine olarak ağırlaşma ihtimalinin bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Şüpheliye atılı suç için kanunda öngörülen cezanın miktarı, şüphelinin soruşturma tutanaklarına yansıyan, sorguda da gözlemlenen savunma ve davranışları ile tutumu hakimliğimizde serbest kalması halinde kaçacağı yolunda kuvvetli şüphe uyandırmıştır.

Şüpheliye atılı suç için kanunda öngörülen cezanın miktarı, şüphelinin soruşturma tutanaklarına yansıyan, sorguda da gözlemlenen savunma ve davranışları hakimliğimizde, serbest kalması halinde delilleri yok edeceği, gizleyeceği veya değiştireceği, suçun mağduru ve tanıkları üzerinde baskı kurma girişiminde bulunacağı yolunda kuvvetli şüphe uyandırmıştır.”<sup>9</sup>

Yukarıda anılan tutuklamaya ilişkin gerekçelerin aslına bakılırsa yazılmış olmak için yazıldığı söylenebilir. Öyle ki, ilk cümlede adeta gelecekte bir gün başvurunun hakkında başka bir delil bulunduğu takdirde cezasının arttırılacağı söylenerek tutuklama meşru kılınmaya çalışılmaktadır. Karşı oy yazısında bahsedilen cümleye ilişkin “*böyle bir gerekçenin mantıklı ve yasal olmadığı ve kişi özgürlüğüne ilişkin anayasal güvencelerle bağdaşmadığı açıktır*” şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur. İkinci cümlede belirtilen kuvvetli şüphenin nedenleri yeterince ve özenli bir biçimde belirtilmemiş, soyut bir değerlendirmede bulunarak kuvvetli şüphenin olduğunun söylenmesiyle yetinilmiştir. Üçüncü cümlede ise başvurunun delilleri yok edeceği, gizleyeceği veya değiştireceğinden şüphelenilmiş, suçun mağduru üzerinde baskı kurabileceği belirtilmiştir. Anılan kararda başvuru hakkında toplanan delillerin TV konuşmaları, gazete yazıları ve birtakım sosyal medya paylaşımlarından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Yine yukarıda bahsedilen karşı oy yazısında, söz konusu delillerin objektif materyaller olduğu ve anılan tarihte savcılığın elinde olduğundan dolayı delillerin karartılması iddiasının yerinde olmadığı şeklinde bir değerlendirme yapılmıştır. Son olarak ise başvurunun tutuklanmaması halinde mağdur sıfatında olan Cumhurbaşkanı üzerinde baskı kurabileceği belirtilmiştir. Bu durumun ise gerçeklikle bağdaşmadığı oldukça açıktır.

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi Hüsni Mahalli Kararı, Başvuru No: 2017/4934, 18.11.2020, § 16.

Tutuklama nedenlerine ilişkin açıklamaların ardından ifade özgürlüğü meselesine değinmek yararlı olacaktır. Kararda bahsi geçen ikinci karşı oy yazısında başvuruçunun ifadelerinin ağır eleştiri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir:

“Bu bağlamda Suriye politikası ile ilgili olarak başvuruçunun esasında gerçek olmadığı aşikar olan, siyasi polemiklere fevkalade müsait ağır eleştirilerini suç işlenmesi noktasında kuvvetli bir belirti olarak kabul etmek mümkün değildir. Somutlaştırmak gerekirse, Türkiye'nin Suriye'de terör gruplarını desteklediği, Türkiye'nin Suriye'deki rejime karşı olduğu için bu rejimi çökertme gayreti içinde olduğu yönündeki iddialar, gerçekliği hiçbir zaman objektif biçimde ortaya konulamayacak nitelikteki siyasi beyanlar olup, suç unsuru niteliği ortaya konulmadığı sürece bu tür beyanların ağır eleştiri olarak kabul edilmesi gerekmektedir.”<sup>10</sup>

Görülüyor ki, hukuk normlarının belirsiz içeriği uygulayıcıların yorumlarıyla birbirinin tam zıttı sonuçlara ulaşılmasına imkan vermektedir. Yerleşik ulusal ve uluslararası içtihatlarla rağmen kimi zaman yargılama süreçlerinde siyasi saiklerle hareket edildiği ve hukuk düzeninin bu tarz durumları engelleyecek niteliği haiz olmadığı görülmektedir. Hak ve özgürlüklerin soyut nitelikleri gereği yargılamalar sırasında bu hak ve özgürlüklerin sınırlarının daraltılması ve genişletilmesinin önünde uygulayıcının kendi toplum anlayışından, sosyoekonomik durumundan, ideolojisinden, siyasi duruşundan bağımsız olarak karar verebileceğine yönelik herhangi bir hukuksal mekanizma bulunmamaktadır. Hakların soyut karakteri, hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesi hususunda somut adımların atılabilmesinin önünde bir engel olarak görülmektedir. Çünkü bu soyutluk hakların içeriği, önemi ve sınırlandırılması hususunda birbirinden oldukça farklı yorumların oluşmasına yol açmakta ve bundan dolayı hukukun öngörülebilirliği ilkesinin zeminin aşındırılmasına neden olmaktadır.

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesi Hüsnü Mahalli Kararı, Hakyemez'in Karşı Oy Yazısı, Başvuru No: 2017/4934, 18.11.2020, § 10.

## SONUÇ

Okuduğunuz çalışma boyunca öncelikle hukukun yalnızca kendi sınırları içerisinde değerlendirildiğinde tam olarak anlaşılabilir bir yapı olmadığı, toplumsal gerçeklik ekseninde diğer sosyal bilimlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmak istenmiştir. Hukukun sosyolojik açıdan değerlendirilmesi olarak adlandırılabilir bu yaklaşım, hukuku toplumsal bir olgu olarak ele almaktadır. Bir başka ifadeyle, yalnızca pozitif hukuk kurallarından hareketle hukuk denilen aygıtın algılanışı eksik bir kavrayışa neden olacaktır. Hukukun diğer sosyal bilimlerle birlikte daha geniş çerçevede düşünülmesi hukukun teorisine, felsefesine dair daha kapsamlı bir düşünce biçimini olanaklı kılmaktadır. Hukukun toplumsal bir olgu olarak ele alınması, hukuku kendi içinde mantıklı, kapalı bir sistem olarak tasavvur eden anlayışın sınırlarını aşmak olarak da görülebilir. Böylece hukukun kendi dar sınırlarının ötesinde toplumsal yönüyle ve diğer toplumsal kurumları etkileme kudretiyle birlikte çok boyutlu bir biçimde incelenmesinin de önü açılmış olur. Bu bağlamda çalışmada öncelikle vurgulanmak istenilen nokta, hukukun daha geniş bir perspektiften, bilhassa toplumsal yönünün hesaba katılarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkindir.

Çalışmada ikinci olarak hukuka dair geliştirilen düşüncelerde eleştirel yaklaşımın önemine dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Bundan dolayı çalışmanın kuramsal dayanağını genel olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları adıyla bilinen hukuk kuramı oluşturmaktadır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları esasen var olan hukuk düzeninin özündeki çelişkileri açığa çıkarmayı hedefleyen bir akımdır. Bu bağlamda Eleştirel Hukuk Çalışmaları liberal hukuk doktrininin temel varsayımlarını eleştirel bir tutumla yeniden değerlendiren ve bu varsayımların köklerinde yatan çelişkileri ortaya çıkarmaya çalışan bir hukuki düşünüş biçimidir. Eleştirel Hukuk Çalışmaları en genel hatlarıyla var olan hukuk düzenine şüpheyle yaklaşmaktadır. Eleştirel düşünce var olan düzenin, dayatılan kural ve davranışların, birileri tarafından çizilen toplum vizyonlarının altında yatan çıkar ilişkilerinin, kavram ve kurumların özlerinde beliren çelişkilerin açığa çıkarılması noktasında kendini göstermektedir. Bu kapsamda çalışmada ikinci olarak vurgulanmak istenen nokta, mevcut hukuk düzenini değerlendirirken her zaman için aklımızın bir köşesinde duran şüphenin sürekli olarak diri tutulmasının gerekliliğine ilişkindir.

Çalışmanın esas konusunu ifade özgürlüğü kavramı oluşturmakla birlikte ifade özgürlüğünün insan hakları düşüncesi etrafında düşünülmesi gerekmektedir. Bu bakımdan

çalışmanın üçüncü bölümünde insan hakları düşüncesi ve ifade özgürlüğü olabildiğince eleştirel yaklaşımlara dayanılarak ifade edilmeye çalışılmıştır. İnsan hakları düşüncesi verili bir set olarak kabul edilmemiş, günümüz toplumlarının ulaşılması gereken bir ideal olarak kurguladığı insan hakları fikri kökenlerindeki düşüncelerin açığa çıkarılması yoluyla irdelenmeye çalışılmıştır. Son bölümde ise Eleştirel Hukuk Çalışmalarının temel tezleri olan hukukun belirsizliği, hukukun tarafsızlığı ve haklar eleştirisi ekseninde üç tane Anayasa Mahkemesi kararında ifade özgürlüğü konusu, ifade özgürlüğüyle ilintili diğer hak ve özgürlüklerle beraber incelenmeye çalışılmıştır. Bu incelemeler yapılırken esas amaçlanan şeyin, hukuk normlarının ve yargılama süreçlerinin belirli ve öngörülebilir olduklarına yönelik varsayımların ve hukukun nesnel, tarafsız bir yapı ihtiva ettiğine yönelik varsayımların boşa çıkartılma çabası olduğu söylenebilir.

Liberal hukuk anlayışının hukuku nesnel, tarafsız bir yapı olarak sunması, insan haklarının evrensel ve herkesi kapsayan nitelikte bir haklar seti olarak kurgulanması bu çalışmanın eleştirilerinin yöneldiği iki ana hedef olarak görülebilir. Nasıl ki içerisinde bulunduğumuz küresel çaptaki ekonomik ve siyasi mekanizmalar hem teorik hem de uygulama açısından çelişkilerle doluysa benzeri bir durum hukuk düzenine de sirayet etmektedir. Hukuk düzeninin niteliğine ilişkin yerleşik görüşlerin geçersizliği hukukun toplumsal gerçeklik temelinde incelenmesiyle açığa çıkmaktadır. Çalışmada ele alınan Anayasa Mahkemesi kararlarına genel bir açıdan bakıldığında da mevcut hukuk düzeninin sürekli bir biçimde çelişki üreten bir mekanizma olduğu açıkça görülmektedir. İncelenen kararlarda yalnızca yüksek mahkeme olarak Anayasa Mahkemesi'nin tutumu değil, Anayasa Mahkemesi'ne gelene kadar yaşanan hukuki süreçler de tespit edilebilmektedir. Bu açıdan bakıldığında hukuk düzeninin geneline yayılmış olan çelişik noktalar göze çarpmaktadır. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının hukukun değerlendirilmesi sürecinde ortaya koyduğu belirsizlik ve tarafsızlık iddialarının yansımaları Türkiye özelinde de görülmektedir. Yaygın anlatının aksine, liberal hukuk düşüncesinin hukuk düzenine ilişkin temel varsayımları toplumsal gerçeklik düzleminde değerlendirildiklerinde yeniden yorumlanmaya muhtaç görünmektedir.

Sonuç olarak, hukuka dair eleştirel bir tutum sergilemek, yerleşik hukuk düşüncesinin temel varsayımlarından şüphe etmeyi ve hukukun sosyal yaşamın hemen her boyutuna etki eden toplumsal bir kurum olduğunun farkına varılmasını gerekli kılmaktadır. Bundan dolayı, hukuku algılama biçimimizi pozitif hukukun sınırlarının ötesine kaydırmalı, onu yalnızca düzenleme veya cezalandırma işlevinden hareket ederek değil, toplumsal yaşantıyı yeniden kurma kapasitesiyle birlikte değerlendirmeliyiz.

## KAYNAKÇA

- Akbaş, K. 2015. *Hukukun Büyübozumu*. Ankara: NotaBene Yayınları.
- Akman, Ş. T. 2012. *Hukuk ve Politika İlişkisi: Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukukun Politik Karakteri* (Yayınlanmamış Doktora Tezi). Ankara Üniversitesi, Ankara.
- Aktaş, S. 2011. *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Aybay, R. 2019. *İnsan Hakları Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Balkız, B. 2004. Frankfurt Okulu ve Eleştirel Teori: Sosyolojik Pozitivizmin Eleştirisi. *Sosyoloji Dergisi*, 12: 135-158.
- Bix, B. H. 2004. Doğal Hukuk: Modern Gelenek. (E. Uzun, Çev.). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6/2: 291-343.
- Bottomore, T. 2016. *Frankfurt Okulu ve Eleştirisi*. İstanbul: Say Yayınları.
- Bychawska-Siniarska, D. 2018. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması*. Avrupa Konseyi.
- Cankaya, Ö., Yamaner, M. B. 2012. *Kitle İletişim Özgürlüğü*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.
- Chambers, S. A. 2004. Giving up (on) Rights? The Future of Rights and the Project of Radical Democracy. *American Journal of Political Science*, 48/2: 185-200.
- Clapham, A. 2007. *Human Rights: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press.
- Cotterrell, R. 2009. Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper 3: 75-94.
- Cotterrell, R. 2018. *Hukukbilimin Politikası: Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş*. İstanbul: Pinhan Yayıncılık.
- Donnelly, J. 1999. Human Rights, Democracy, and Development. *Human Rights Quarterly*, 21/3: 608-632.



- Douzinas, C. 2016. *Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları*. Ankara: NotaBene Yayınları.
- Douzinas, C. 2018. *İnsan Haklarının Sonu*. Ankara: Dipnot Yayınları.
- Duguit, L. 2019. *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*. İstanbul: Pinhan Yayıncılık.
- Ehrlich, E. 2019. *Hukuk Sosyolojisinin Temel İlkeleri*. İstanbul: Pinhan Yayıncılık.
- Ehrlich, E. 1922. The Sociology of Law. *Harvard Law Review*, 36/2: 130-145.
- Flauss, J. F. 2009. The European Court of Human Rights and Freedom of Expression. *Indiana Law Journal*, 84/3: 809-850.
- Geuss, R. 1981. **The Idea of a Critical Theory: Habermas and the Frankfurt School**. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gordon, R. W. 1984. Critical Legal Histories. *Stanford Law Review*, 36/1-2: 57-125.
- Gürkan, Ü. 1967. *Hukuki Realizm Akımı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Heywood, A. 2017. *Siyaset*. Ankara: Adres Yayınları.
- Hirsch, E. 2001. *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Horkheimer, M. 1972. *Critical Theory: Selected Essays*. New York: Continuum Publishing Company.
- Howard, E. R., Donnelly, J. 1986. Human Dignity, Human Rights, and Political Regimes. *The American Political Science Review*, 80/3: 801-817.
- Hutchinson, A. C., Monahan, P. C. 1984. Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought. *Stanford Law Review*, 36: 199-245.
- Işıқтаç, Y., ve Koloş, U. 2015. *Hukuk Sosyolojisi*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Jay, M. 1973. *The Dialectical Imagination: A History of the Frankfurt School and the Institute of Social Research 1923-1950*. University of California Press.
- Karan, U. 2018. *İfade Özgürlüğü*. Avrupa Konseyi.

- Kelman, M. 1987. *A Guide to Critical Legal Studies*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Kennedy, D. 1998. *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kennedy, D. 1986. Critical Theory, Structuralism and Contemporary Legal Scholarship. *New England Law Review*, 21/2: 209-289.
- Kennedy, D. 1979. The Structure of Blackstone's Commentaries. *Buffalo Law Review*, 28: 205-382.
- Kolakowski, L. 1983. Marxism and Human Rights. *Daedalus: Human Rights*, 112/4: 81-92.
- Kress, K. 1989. Legal Indeterminacy. *California Law Review*, 77: 283-337.
- Lyotard, J. F. 1993. "The Other's Right", *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*. New York: A Division of HarperCollins Publishers. s. 135-149.
- Macfarlane, L. J. 1982. Marxist Theory and Human Rights. *Government and Opposition*, 17/4: 414-428.
- Mill, J. S. 2019. *Düşünce ve Tartışma Özgürlüğü Üzerine*. İstanbul: Can Sanat Yayınları.
- Miller, D. 1999. Knowing Your Rights: Implications of the Critical Legal Studies Critique of Rights for Indigenous Australians. *Australian Journal of Human Rights*, 5/1: 48-78.
- Minda, G. 1995. *Postmodern Legal Movements*. New York: New York University Press.
- Molu, B. 2020. *İfade Özgürlüğü ve Türkiye: AIHM Kararlarının Uygulanması*. İstanbul: P24 Çalışma Raporları.
- Özenç, B. 2016. *Hukuk Devleti: Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Özkan, S. 2015. İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi ve Kuşak Sınıflandırması. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5/1: 111-126.
- Özkök, G. 2002. Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51/2: 1-19.
- Peller, G. 1988. Classical Theory of Law. *Cornell Law Review*, 73/2: 300-309.
- Perry, M. J. 1983-1984. Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine. *Northwestern University Law Review*, 78/5: 1137-1211.

- Perry, M. J. 1998. *The Idea of Human Rights: Four Inquiries*. New York: Oxford University Press.
- Price, D. A. 1989. Taking Rights Cynically: A Review of Critical Legal Studies. *The Cambridge Law Journal*, 48/2: 271-301.
- Ritzer, G., Stepnisky, J. 2014. *Sosyoloji Kuramları*. Ankara: De Ki Basım Yayım.
- Round and Round The Bramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship. 1982. *Harvard Law Review*, 95/7: 1669:1690.
- Rousseau, J. J. 2020. *Toplum Sözleşmesi*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Scott, C. 1999. Reaching beyond (Without Abandoning) the Category of “Economic, Social and Cultural Rights”. *Human Rights Quarterly*, 21/3: 633-660.
- Shute, S., Hurley, S. 1993. “Introduction”, *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*. New York: A Division of HarperCollins Publishers. s. 1-19.
- Standen, J. A. 1986. Critical Legal Studies as an Anti-Positivist Phenomenon. *Virginia Law Review*, 72/5: 983-998.
- Stein, R. A. 2019. What Exactly Is The Rule of Law. *Houston Law Review*, 57/1: 185-201.
- Swingewood, A. 2014. *Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi*. İstanbul: Agora Kitaplığı.
- Timasheff, N. S. 1941. Fundamental Problems of the Sociology of Law. *The American Catholic Sociological Review*, 2/4: 233-248.
- Topçuoğlu, H. 1960. *Hukuk Sosyolojisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Trubek, D. M. 1984. Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism. *Stanford Law Review*, 36/1-2: 575-622.
- Tushnet, M. 1986. Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinings. *Journal of Legal Education*, 36/4: 505-517.
- Tushnet, M. 1991. Critical Legal Studies: A Political History. *The Yale Law Journal*, 100: 1515-1544.
- Tushnet, M. 1981. Legal Scholarship: Its Causes and Cure. *The Yale Law Journal*, 90: 1205-1223.

Tushnet, M. 1984. Perspectives on Critical Legal Studies. *George Washington Law Review*, 52/2: 239-242.

Türkbağ, A. U. 2000. Amerikan Hukuki Realizm Akımı. *İÜHFİM*, 58/1-2: 79-95.

Türkbağ, A. U. 2008. Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi. *Sosyoloji Dergisi*, 3/16: 43-54.

Türkyılmaz, A. Z. Y. 2017. “Hukuk Evreni ve Sözde Zaruretleri”, *Modern Hukukun Kaderi*. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.

Unger, R. M. 1983. The Critical Legal Studies Movement. *Harvard Law Review*, 96/3: 561-675.

Uzun, E. 2015. “Amerikan Hukuki Realizmi”, *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*. İstanbul: İthaki Yayınları. s. 75-90.

Vaneigem, R. 2018. *Dokunulmaz Olan Hiçbir Şey Yoktur, Her Şey Söylenbilir: İfade Özgürlüğü Üzerine Düşünceler*. Ankara: Dost Yayınları.

Wacks, R. 2006. *The Philosophy of Law A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.

Weber, M. 2017. *Bürokrasi ve Otorite*. Ankara: Adres Yayınları.

Whitehead, J. E. 1999. From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory. *Florida State University Law Review*, 26/3: 701-742.

## İnternet Kaynakları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1959-2020 İstatistikleri. (16.08.2021).

[https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2020\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf)

İfade Özgürlüğü Derneği EngelliWeb 2020 Raporu. (16.08.2021).

[https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb\\_2020.pdf](https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2020.pdf)

Sınır Tanımayan Gazeteciler 2021 Dünya Basın Özgürlüğü Endeksi. (16.08.2021).

<https://rsf.org/en/ranking>