

HFS A

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

X. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu

7-9 Eylül 2022

İstanbul Üniversitesi Kongre-Kültür Merkezi

hfsa-sempozyum.com

HFSA

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

X. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu

İstanbul Barosu - HFSA Bildiri Özetleri

Yayına Hazırlayanlar

Miran Çetiner | Rıdvan Binici | Caner Birdal | Mehmet Emir Bayraktar



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul 2022

ISBN: 9786057848703

Yayıncı Sertifika No: 47929

**X. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu bildirileri “Çift Kör Hakem”
kontrolünden geçirilmiştir.**

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

E-posta: iletisim@hfsa-sempozyum.com

İstanbul Barosu Yayınları

**İstiklal Cad. Orhan A. Apaydın Sk. Baro Han Beyoğlu-İST Tel: (0212) 251 63 25 Belgeç (Fax):
(0212) 293 89 60 www.istanbulbarosu.org.tr • dergi@istanbulbarosu.org.tr**

Elektronik ortamda iletilen imla ve dizgi hataları yazarın sorumluluğundadır.

Bu kitap İstanbul Barosu ve HFSA kurulları kararı ile sadece elektronik ortamda basılmıştır.

İçindekiler

Antigone Üzerinden Doğal Hukuka Dair Bir Okuma Dr. Öğr. Üyesi Ali Acar	1
Covid-19 Pandemisi Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Siyasal Sistemlerde Otoriterleşmeye Etkisi: Kültür-Sanat Dünyası Özelinde Bir İnceleme Dr. Deniz Polat Akgün	2
Tehlikeli Söylemin Sosyal Medya Araçlarında Denetlenmesine İlişkin Etik Bir Değerlendirme Araş. Gör. Ahmet Emin Akın	3
Toplum, İktidar ve Politika Ekseninde Bir Meşruiyet Aracı Olarak Ritüel Dr. Öğr. Üyesi Şefik Taylan Akman	4
Silahlı Çatışmalar Durumunda Kadına Karşı Şiddet Araş. Gör. Dr. Verda Neslihan Akün	5
Hegel'in Toplum Sözleşmesi Teorileri Eleştirisi Dr. Öğr. Üyesi Ömer B. Albayrak	7
Malebranche'ın Düşüncesi ve Doğal Hukuk Araş. Gör. Abdülkadir Altındal	8
Kültürel Rölativizm Argümanlarının Cinsel Yönelim Farklılıklarının Tanınmasındaki Yeri Araş. Gör. Kardelen Altun	9
Feminist Hukuk Metodolojisi Tartışmaları ve Hukuk Damla Alver	11
Hukuk Felsefesinde Farklı Metot Anlayışları Dr. Öğr. Üyesi Engin Arıkan	12
Hukuki Realizmin Bir Versiyonu Olarak Rus Hukuki Realizmi Araş. Gör. Ezgi Arslan	14
Leviathan'ın Güncelliği: Devletlerin Covid-19 Pandemisi ile Mücadele Kapsamında Aldıkları Önlemler Dr. Öğr. Üyesi Gülay Arslan Öncü	15
Martinot Vakası: Naaş Bir Hukuk Süjesi midir, Hukuk Nesnesi mi? Dr. Barkın Asal	16
Yürütme Organının Asli Düzenleme Yetkisi Kullanması Demokratik Egemenlik Teorileriyle Bağdaşır, Ama Nasıl? Dr. Öğr. Üyesi Volkan Aslan	17
Stoacılara Göre Hukukun Sınırlandırması ve Özgürlükler Araş. Gör. Esad Muhlis Bahadır	18
Sağlık Hizmetlerinin Paylaşımında Ayrımcılık: İnsan Hayatının Bir Fiyatı Var mıdır? Prof. Dr. Z. Gönül Balkır	19

Hukukun Üç Boyutluluğu: Prof. Dr. Tarık Özbilgen'in Hukukun Varlık Bütünü Saptayabilme Çabası Araş. Gör. Mehmet Emir Bayraktar	20
Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Alevilikte Dedelik Kurumu Araş. Gör. Nurhayat Bekir	22
Hukuk Felsefesinin Hukuk Uygulamasına Katkısı: Amicus Curiae Usulü Araş. Gör. Başak Berkün	23
Alman Hukukunda "Hukukun Bilim Olma İddiasına Yönelik" Güncel Tartışmalar Araş. Gör. Metin Bingöl	24
Hukuki Çoğulculuk Bağlamında İngiltere ve Yunanistan'daki Müslümanların Durumlarına İlişkin Mukayeseli Bir İnceleme Araş. Gör. Yusuf Enis Bingöl	25
Normatif Düşüncenin Biyolojik Temelleri Araş. Gör. Rıdvan Binici	27
İskoç Aydınlanmasında Toplumsal Sözleşme Kuramı Üzerine Görüşler ve Eleştiriler Araş. Gör. Caner Birdal	28
Hukuk Normlarının Çatışması ve Derogation Kavramı Ersen Kaan Bulam	30
Çocuk Hakları Bağlamında Serbest Ebeveynlik (Free-Range Parenting) Yaklaşımı Dr. Dilara Ağaoğlu Canay	31
Thomas Hobbes Düşüncesinde İnsan Doğası ve Doğal Hak Doç. Dr. Şule Şahin Ceylan	32
Robert Alexy'nin Argümanları Çerçevesinde Hukuki Belirlilik ve Adalet İlkelerinin Dengelenmesi Araş. Gör. Şerife Sümeyra Çadık	33
Günümüz Adalet Saraylarına Frankfurt Okulu ile Bakış Araş. Gör. Elif Can Çalıcı	34
Neden Hukuk Teorisi?: Alman Hukuk Teorisinin Dünü ve Bugünü Dr. İur. Güneş Çap, LL.M	35
Bütün'ün Geri Dönüşü: Yapılar, Kurumlar, Sistemler Doç. Dr. Gökçe Çataloluk	36
Toplumun Şiddetten Korunması Prof. Dr. Selma Çetiner	37
Demokrasi ve Grinin Elli Tonu Araş. Gör. Miran Çetiner	38
Hannah Arendt'in Amerikan ve Fransız Anayasal Sürecine Dair Kıyası: Abd Anayasası'nı Özel Kılan Neydi? Araş. Gör. Mehmet Gürkan Çınar	40

Finnis'in, Kavramsal Hukuki Pozitivizmin Betimselliğine Yönelik Metodolojik İtirazı Arş. Gör. Yusuf Umur Çil	41
Francisco De Vitoria Düşüncesinde “İus” Kavramı Araş. Gör. Ecem Çoban Bilici	42
İdarenin Kanuniliği İlkesinden Hakkaniyet Temelli Denetime: Ombudsmanlık Kurumunun “Hukuk Devleti” Kavramına Etkisi Araş. Gör. Rıdvan Değirmenci	43
Ali Fuad Başgil’in İnsan Hakları Görüşü Araş. Gör. Hüseyin Dengiz	45
Anayasa Yargısı ve Hukuk Devleti: Ulusalüstü Örnek Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dr. Öğr. Üyesi Nezahat Demiray	46
Belirsizlik Kavramı ve Hukuktaki İzdüşümleri Dr. Dilara Buket Didin	47
Koruma Amacıyla Kişinin Özgürlüğünün Kısıtlanması Dr. Öğr. Üyesi Mazlum Doğan	48
İoanna Kuçuradi’nin İnsan Hakları Anlayışı Işığında Anayasa Hukukunda “Çalışma Hakkı” Kavramı Araş. Gör. Ali Erdem Doğanoglu	49
Yapay Zekânın Etik Süje Rolünün İncelenmesi: Yapay Zekâ Etiğine İnsan Temelli Yaklaşımın Bir Eleştirisi Av. Egemen Bahadır Dumludağ	51
Doğal Hukukçu Liberteryenizm Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer Dülger	52
Devletin Kökenine Dair Teorilerde Artı Ürünün Yeri Dr. Sedat Erçin	53
Kadının Biyolojik Hallerinin Akıl Hastalıkları İle İlişkilendirilmesi Dr. Gözde Erkin	54
Yaşayan Yasa Araş. Gör. Abdullah Eryiğit	55
İnsandaki Adalet Duygusunun Evrimsel Kökeni Dr. Mehmet Eren Gedikli	56
Joseph Raz’ın Otorite Anlayışının Önündeki Epistemolojik Güçlükler Dr. Öğr. Üyesi Yahya Berkol Gülgeç	57
Hukuk Kuralları ve Haydut Çetesi Kuralları Arasındaki Fark Müeyyidenin Niceliği mi? Kemal Gözler’in “Hukuka Giriş” Kitabındaki Argümanına Pozitivist Bir Eleştiri Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Günal	58
Thomas Hobbes’un Common Law Eleştirisi Üzerine Değerlendirmeler	60

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin Günal

Hukuk Bilimi: Hukuku Konu Alan Bilimsel Araştırma Disiplinlerinin Mahiyeti ve Mukayesesi 61
Doç. Dr. Sercan Gürler

Toplumsal Değişim ve Hukuk İlişkisine Özgün Bir Katkı: Karl Renner 64
Araş. Gör. Şeyma Sağdıç Güven

Akademi ve Akademisyenlikte Yeni Eğilimler: Bir Krizden Söz Edilebilir mi? 65
Prof. Dr. H. Birsen Hekimoğlu

Triyaj, Olağanüstü Hallerde Müdahale Önceliği, Kim Ölecek? Kim Kalacak? 66
Doç. Dr. Jur. Dr. Altan Heper

Adalet İntikam Almak Değildir 68
Prof. Dr. Yasemin Işıktaç

İnsan Haklarının Sınıflandırılması Sorunu Çerçevesinde İnsan Haklarına Dayanan Devlet 69
Dr. Zeynep İspir

Hukuk Felsefesi Ne İşe Yarar? 70
Dr. Öğr. Üyesi Vahdet İşsevenler

Tanzimat'tan Genç Cumhuriyete Modern Bir Tahayyül Olarak Çocuk Hakları 72
Dr. Öğr. Üyesi Akasya Kansu Karadağ

Hugo Grotius'un Doğal Hukuk Yaklaşımı 73
Araş. Gör. Ümran Karabulut

Bağlamın Değerlendirilmesi ve Hukuk Eğitimi 74
Dr. Araş. Gör. Olcay Karacan

Marksizm ne Hukuk İlişkisine Alternatif Bir Yaklaşım: Neue Marx Lektüre (Yeni Marx Okuması) Ve Toplumsal Tahakkümün Soyut Oluşumu 75
Dr. Öğr. Üyesi Ulaş Karadağ

Atina Demokrasisinin Kuruluşunda Solon ve Kleisthenes Reformlarının Rolü 76
Araş. Gör. Atıl Buğra Karadaş

Vakıf Üniversiteleri ve Akademik Emeğin Prekarizasyonu: Akademik Özgürlük Bakımından Bir Değerlendirme 77
Arş. Gör. Zeynep Karasulu

Güçlü Hukuki Belirsizlik Perspektifinde Hâkimin Hukuk Yaratması 79
Arş. Gör. Tuba Dilşat Karataş

Ceza Sömürgesi'nde Hapishanenin Doğuşu 80
Araş. Gör. Aydın Furkan Kaynak

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni Doğuran Toplumsal Nedenler 82
Dr. Öğr. Üyesi Ebru Kayabaş

Arkaik Dönem Roma Toplumunda Hukuki Statüsü Bakımından Kadın 83
Doç. Dr. Sevgi Kayak

Anayasa Kavramının Ortaya Çıkışında Doğal Hukukun Rolü Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir Keskin	84
Normatif Ayrımcılığın Temellendirimi Sorunsalı ve Eşitlik Kurumlarının Rolü Prof. Dr. Muharrem Kılıç	86
Hukuki Nihilizm Araş. Gör. Recep Orhun Kılıç	87
Eleştirel Erkeklik Çalışmaları Bakımından Babalık Kimliği Tartışması: Bağlamın Önemine Örnek Olarak Çocuğu Tedip Hakkı Dr. Muhammet Koçakgöl	88
Hukukun Sözlü Tarihi Araş. Gör. Halil Kökcü	89
Şekli Eşitliğin Ötesine Geçmek Dr. Öğr. Üyesi Gonca Kuru	90
Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Bir Hukuk Eğitimi Modeli Geliştirilmesi Çerçevesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizi Doç. Dr. Sevtap Metin	91
Tarık Özbilgen “Eleştirel”liği: Hukukun Sosyo-Moral Zeminde Yeniden İnşası Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk Ocakoğlu	92
Dijital Hümanizm Çağında Sosyal Medyada Suç İsnadı, Masumiyet Karinesi Erozyonu ve Dijital Görünmezlik Kapsamında Lekelenmeme Hakkı Av. Ceren Özbek	93
Yargı İlkeleri Kapsamında Bağlamsallık Doç. Dr. Nadire Özdemir	94
Durkheim ve Hayaletleri: Çağdaş Hukuk Sosyolojisinde Durkheimci Temalar ve Eleştirileri Araş. Gör. Selin Özdemir Karaoğlu	95
Hegel’in Hukuk Felsefesi Açısından Suç ve Ceza Kavramları Üzerine Bir İnceleme Araş. Gör. Deniz Özen	97
Orta Çağ’da Gelenek, Hukuk ve Otorite: Etkin ve Geçerli Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme Araş. Gör. Dr. Emre Partalçı	98
Mağduru Suçlamak Faili Aklamak: Mağdura Yönelik Yüklemeler Üzerine Bir Değerlendirme Dr. Osman Sümer	99
G. W. F. Hegel’in Tarih Felsefesinde Roma Hukukunun Rolü Üzerine Bir Değerlendirme Araş. Gör. Çağatay Şahin	100
Eğlence Kültürünün Değişimi: Kamusal Alanda Daralma ve Yeni Tabuların İnşası Dr. Fatma Süzgül Şahin Ünver	101
Hannah Arendt’in Hukuk Düşüncesinde Nomos’un Anlamı	102

Av. Kağan Şeker

Kimin Kanunu? - Şekli ve Maddi Kanun Ayırımının Kökenleri 103
Araş. Gör. Beren Şen Çetiner

Avukat Tabusu: Freud'un Tabu Aktarımı Teorisine Dayalı Bir İnceleme 104
Araş. Gör. Pıralı Çağrı Şensoy

Bernard Edelman'ın Hukuk Anlayışında Hukuk Öznesi 106
Araş. Gör. Emre Şimşek

Jacques Derrida ve Sivil İtaatsizlik: Hukuk, Adalet ve Dekonstrüksiyon 107
Araş. Gör. Duygu Tan

Ceza Yargılamasına Epistemoloji Penceresinden Bir Bakış: Maddi Gerçeğin Keşfi ve Geçmişin Yeniden İnşası 108
Dr. Öğr. Üyesi Özgür Taşdemir

Hukukun Yitik Hikmeti: Adalet Fenomenolojik Bir Yaklaşım 109
Prof. Dr. Ali Taşkın

Pozitif Hukukun 'Ama' ile İmtihani: Tarık Özbilgen Perspektifinden Etiyoloji-Aksiyoloji Gerilimi Üzerine Bir Tartışma 110
Serap Tepe

1917 Aile Kararnamesine Giden Sürecin Toplumsal Cinsiyet Kategorisi Bağlamında İncelenmesi: Kadınlar Dünyası Örneği 111
Araş. Gör. Melda Ezgi Toydemir

Yapay Zekâ Sistemlerinin Etik Denetimi 113
Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ

Axel Honneth & Nancy Fraser Polemiği: Tanınma Mücadelesi ve Yeniden Dağıtım İlişkisi 114
Gözde Türkeli

Eylem Halinde Hukuk ve Hukukun Değişimi Sorunu 116
Dr. Serdar Ünver

Ronald Dworkin ve Bruce Ackerman'ın Anayasal Yorum Teorileri Işığında Türkiye Anayasacılığında Laiklik İlkesinin Dönüşen Anlamına İlişkin Bir Değerlendirme 117
Av. Ertuğrul Kaan Yıldırım

Türkiye'de Yasama, Yürütme ve Yargı Fonksiyonlarında Neoliberal Dönüşümler Doğrultusunda Görelî Özerkliğin Durumu 118
Araş. Gör. Furkan Yılmaz

Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve İstanbul Sözleşmesi 119
Doç. Dr. Ülker Yükselbaba

Yargıç ve Empati 120
Hâkim Mehmet Akif Tutumlu

Suç Tanımlayan Normun Yorumu: Yama Teorisi 121
Av. Cengiz Otacı

Hakem Denetiminden Geçmiş Bildiriler

Antigone Üzerinden Doğal Hukuka Dair Bir Okuma

Dr. Öğr. Üyesi Ali ACAR

Herkes (büyülü) bir kavramın peşinde (koşuyor): adalet. Peki nedir adalet? Adil olduğunu düşündüğü şey için savaşılan Spartaküs'ün aradığı mı adalet? Yoksa Sokrates'e itibarlarının yıllar sonra iade edilmesi mi adalet? Sezar'ın hakkını Sezar'a vermek mi adalet? Adalet, ancak karşıtı adaletsizlikle birlikte düşünülürse mi anlaşılabilir? Kişinin ve toplumun refahını en üst düzeyde sağlayan şey midir adalet? Ya da Brecht'in dediği gibi "halkın ekmeği" midir adalet? Herkesi bağlayabilecek bir adalet anlayışı teoloji kaynaklı olabilir mi? Değilse eğer, adalet zorunlu olarak ussal/laik midir? Herkese emeğine ve ihtiyacına göre olanı verebilmek midir adalet? Yoksa hiç gelmeyecek olan mıdır adalet; gelmeyecek Godot'yu bekler gibi? Peki ya hukuk adaletin neresinde? Hukuk, adaleti sağlamada yeterli, gerekli ve uygun bir araç mıdır? Ya da şöyle sorsak: Hukuk, adalet için yegâne araç mı? Görüldüğü üzere adaletle ilişkin soruların sonu yok. Belki de bu nedenle, insanlığın ebedi sorusu (ve sorunu) olarak nitelendirilmiştir adalet.

1

Bu çalışmanın temel düşüncesi ve hareket noktası şu şekilde belirtilebilir: Adaletten koparılan hukuk bugün için trajik bir haldedir ve adalet peşinde koşan hukukçunun hali de (bir nevi) trajiktir. Adalet arayan hukukçu, yer değirmenlerine karşı savaşılan Don Kişot'tur bugün; çünkü Sanço Pança'nın pozitivizmi Don Kişot'un adalet istencine galip gelmiştir. Bu yönüyle, hukuka dair bazı yaklaşımların ve teorilerin bir açıdan, hukuktaki adaletsizliğe yönelik bir tepki olarak değerlendirilmeleri mümkündür; örneğin Marksizm, eleştirel hukuk çalışmaları, feminist hukuk teorileri, eleştirel ırk teorisi, yeşil/çevreci hukuk ekolü vb. Bu çalışmada hukukun sağlamaya çalıştığı iddia edilen adalet kavramının ondan koparılışının yol açtığı duruma yönelik, hukuk ve edebiyat çalışmaları odağında ve felsefenin yardımıyla kısa bir değerlendirme sunmaya çalışacağım. Daha açık bir ifadeyle, bu çalışmada adaletten bağı koparılan hukuka dair, felsefe, edebiyat ve hukuk kesişiminden Antik Yunan tragedyasının en önemli ve yetkin örneklerinden biri olarak değerlendirilen Sophokles'in Antigone'si merkezinde, kısa bir izdüşüm sunacağım.

Anahtar Kelimeler: Adalet, Antigone, Doğal Hukuk, Hukuk ve Edebiyat, Tragedya ve Hukuk

Covid-19 Pandemisi Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Siyasal Sistemlerde Otoriterleşmeye Etkisi: Kültür-Sanat Dünyası Üzerinde Bir İnceleme

Dr. Deniz POLAT AKGÜN

Covid-19 salgını hemen her alan gibi kültür-sanat dünyasını ve bu dünyanın emekçilerini de derinden etkiledi. Çok boyutlu yansımaları olan salgının etkilerinden korunmak ve yayılmasını önlemek amacıyla yalnızca sağlık ve eğitim gibi alanlarda değil, sanatsal faaliyetlerin neredeyse tamamını kapsayacak biçimde geniş kısıtlamalara gidildi. Bu çerçevede pek çok sanat mekânı ve faaliyeti salgının hem sosyal hem de ekonomik etkisini doğrudan yaşadı. Bu çalışmada, öncelikle salgınla mücadele sürecinde devletler düzeyinde alınan önlemlerin çoğulcu demokratik sistemlerin vazgeçilmez ögesi olan temel hak ve özgürlüklere etkisi üzerinde durularak, bu önlemlerin sanat özgürlüğü ve kültür sanat dünyasına özgü diğer haklara yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığı tartışılacaktır. İnceleme, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ihlallerin önlenmesi ve giderilmesi için en önemli araçlardan biri olan hukuk devleti ilkesi temelinde sürdürülecektir. Bu kapsamda, siyasal sistemlerinin gerçek doğasını ortaya çıkardığı düşünülen, belirsizliğin hâkim olduğu kriz dönemlerinin anayasal ve siyasal sistemde yaşanan otoriterleşmeye etkisi üzerinde durulacaktır. Sonuç olarak, bu etkinin kültür-sanat dünyasına dönük ve bugün de devam eden yansımaları dikkate alınarak, salgın temelli önlemlerin toptancı bir anlayışla uygulanmasından ziyade bu dünyaya özgü niteliklerin ve farklı koşulların göz önüne alınması ve bu alandaki politikaların sürekli gözden geçirilmesi gerektiği ileri sürülecek; çoğulcu demokratik hukuk devleti anlayışıyla ancak bu şekilde uyumlu olunabileceği savunulacaktır.

2

Anahtar Kelimeler: Temel Hak ve Özgürlükler, Hukuk Devleti, Sanat Özgürlüğü, Siyasal Sistem, Pandemi.

Tehlikeli Söylemin Sosyal Medya Araçlarında Denetlenmesine İlişkin Etik Bir Değerlendirme

Araş. Gör. Ahmet Emin AKIN

Sosyal medya araçları, son yıllarda özellikle sistematik yanlış bilgilendirme kampanyaları (misinformation campaigns) ve hızla yayılan sahte haberlerle (fake news) gündeme gelmektedir. Sayılan nedenler ve çeşitli birçok farklı yöntem aracılığıyla, sosyal medya araçlarında gerçekleşen iletişim demokratik kurumlar üzerinde etkili olduğu gibi mülkiyet hakkından yaşam hakkına kadar birçok temel hak ve özgürlük üzerinde de etkili olmaktadır. Böylece, sosyal medya araçlarında gerçekleşen iletişimin belirli değerlendirmelerden geçirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Söz konusu değerlendirmeler insanlar aracılığıyla yapılabildiği gibi makine öğrenmesi, derin öğrenme vb. yapay zekâ teknikleriyle de yapılabilmektedir. Böylece ifade özgürlüğünün denetlenmesi sorununa ek olarak, sosyal medya araçlarında gerçekleşen iletişimin otonom yöntemlerle denetimi de çeşitli etik ve hukuki sorunları beraberinde getirmektedir. Bu bildiride, öncelikle ifade özgürlüğüne ilişkin tartışmalara kısaca değinilecek ve ifade özgürlüğüne ilişkin çeşitli yaklaşımlar incelenecektir. İlaveten, sosyal medya araçlarında gerçekleşen iletişimin otonom yöntemlerle denetlenmesine ilişkin güncel sorunlar üzerinde durulacaktır. İncelenen yaklaşımlar ve etik sorunlar medyada belirginlik kazanan örnekler çerçevesinde tartışılacaktır. Örnekler aracılığıyla hem ifade özgürlüğünün karşılaştığı menfaatlerin örnek bir listesi sunulmaya çalışılacak hem de sosyal medya araçları aracılığıyla yapılan iletişimin toplumsal rolü vurgulanacaktır. Tartışmanın sonundaysa incelenen etik yaklaşımlardan da yararlanılarak sosyal medya araçları aracılığıyla gerçekleştirilen iletişimde ifade özgürlüğünün karşılaştığı güncel sorunlara ilişkin çeşitli öneriler sunulması hedeflenmektedir.

3

Anahtar Kelimeler: Sosyal Medya Araçları, İfade Özgürlüğü, Etik, Algoritma, Denetim.

Toplum, İktidar ve Politika Ekseninde Bir Meşruiyet Aracı Olarak Ritüel

Dr. Öğr. Üyesi Şefik Taylan AKMAN

Antropolojik açıdan ritüel kavramı, ilkel topluluklardaki gelenek, kültür ve inançlarının en önemli dışavurumu olarak hem sosyal ilişkilerin düzen içinde yürütülebilmesinde hem de bu toplulukların doğüstü güçlerle kurduklarına inandıkları ilişkinin görünür kılınabilmesinde kullanılan kural, söz, sembol, davranış ve törenleri ifade etmektedir. İnsanlık tarihinin eski dönemlerinden miras kalan ritüel uygulamaları, daha sonra, çok veya tek Tanrılı dinlerin ibadet biçimlerinde, monarşilerin taç giyme törenlerinde, erken veya geleneksel devletin tüm idari pratiklerinde kendilerine farklı şekil ve görünümde yer buldukları gibi modern dönemde de politikadan hukuka, toplumsal ilişkilerden iktidar mücadelelerine kadar yeni anlamlar kazanarak günümüze kadar varlıklarını sürdürmüşlerdir.

Bu çalışmada siyasal antropoloji ile hukuk antropolojisinin verilerinden yararlanılarak ritüel kavramı hem sosyolojik hem felsefi boyutunu içeren tartışmalar ekseninde modern toplum ve devlet açısından kurucu niteliğinin anlamı ve meşruiyet yaratıcı bir kaynak olarak nasıl işlevselleştiği hususlarına odaklanılarak ele alınacaktır. Bu doğrultuda ritüellerin politik alanda ortaya çıkan iktidar mücadelelerinin kurucu bileşeni olarak iktidarı elinde bulunduranlardan iktidara gelmek için mücadele eden muhalif gruplara uzanan bir yelpazede, bu güç odaklarının kendi söylem ve eylem biçimlerinin ifade edilip toplum nezdinde meşrulaştırılmasında nasıl farklı biçimlerde görünürlük kazandıkları sorgulanacaktır. Gerçekten toplumsal kabul ve onayın bir parçası olan ritüeller farklı sembol, söz, davranış ve kurallar birliğine atıfta bulunarak belirli bir doğrular paradigmasının biçimsel çerçevesini belirlemektedir. Bu açıdan hukuk da formalist karakteriyle olduğu kadar yargılama aşamasındaki şekli ve törensel prosedürleri itibarıyla da kendine özgü bir ritüeller toplamına karşılık gelmektedir. Çalışmada hukukun söz konusu niteliği de göz önünde bulundurularak ritüellerin siyasal yaşamdan iktidar mücadelelerine kadar üstlendiği toplum nezdindeki işlev ve etkileri, karşılık geldikleri simgesel anlam dünyasıyla birlikte yorumlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ritüel, Ritüel ve Meşruiyet, Ritüel ve Toplum, Siyasal Antropoloji, Hukuk Antropolojisi.

Silahlı Çatışmalar Durumunda Kadına Karşı Şiddet

Araş. Gör. Dr. Verda Neslihan AKÜN

Uluslararası insancıl hukukun temel ilkelerinden biri olan “ayırım gözetme” prensibi gerek uluslararası gerekse uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda, çatışanlar ile çatışma dışında kalanlar arasında fark gözetmeyi amaçlar. Öte yandan, aynı statüde bulunanlara yapılacak muamelede, aralarında “ayırım gözetmeme” ise uygulamada özellikle dikkat edilmesi gereken bir durumdur. Kural olarak, silahlı çatışmalar esnasında hasta, yaralı, kazazede silahlı kuvvet mensupları, savaş esirleri ile sivillerin cinsiyet, ırk, din, milliyet, siyasi görüş veya diğer herhangi bir temelle ayrımcılığa uğramaması gerekmektedir.

Uluslararası insancıl hukuk, silahlı çatışma durumlarında, yaşanacak acıları ve doğacak zararları en aza indirmeye çalışmakla beraber, cinsiyete dayalı ayrımcılığın önlenmesi ve hafifletilmesini de amaçlamaktadır. Bu bakımdan insancıl hukuk sözleşmeleri ve örf-âdet kuralları, silahlı çatışmalarda kadınların korunması bakımından hükümler de barındırmaktadır. Bu hususlar 1949 Cenevre Sözleşmeleri, ekleri 1977 Ek Protokolleri ve yerleşik örf-âdet kuralları ile düzenlemiştir. Özellikle sivillerin korunmasına dair 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin IV.'sü ile düzenlenmiştir. Cinsel şiddet eylemleri, kadınların silahlı çatışmalarda karşı karşıya kaldığı en acı durumlardan biridir. Silahlı çatışmalar esnasında, gayrı insani, insanlık onuruna yakışmayacak aşağılayıcı ve küçük düşürücü muameleler arasında kadınların cinsel şiddet eylemlerine maruz bırakılması bazen bir savaş siyaseti olarak kullanılmaktadır. Silahlı çatışmalarda kadınlara yönelik tecavüz, fuhşa zorlama, cinsel köleleştirme, cebren hamile bırakma ve kısırlaştırma gibi cinsel şiddet eylemlerinin kovuşturulması ancak 1990'lı yıllarda kurulan Eski Yugoslavya ve Ruanda için kurulan *ad hoc* mahkemelerin içtihadıyla önemli bir ivme kazanmıştır. Savaş suçları, insanlık aleyhine suçlar ve hatta soykırım suçu içinde değerlendirilip faillerine hüküm verilen bu eylemler, 1998 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kuruluşu ve bu nitelikte suç mağdurlarına sağlanan yeni imkânlar ile daha da geniş şekilde ele alınmaktadır.

Tebliğimiz kapsamında yukarıda saydığımız -bireysel cezaî sorumluluk temelinde kovuşturma ve yargılama yürüten- uluslararası mahkemelerin içtihatları ile bu suç fiilleri ve mağdurların korunması üzerinde durulacaktır. Son yıllarda, özellikle Suriye'deki uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda devlet dışı aktörlerin Yezidi kadınlara karşı şiddet eylemleri,

günümüzde Rusya-Ukrayna arasındaki uluslararası silahlı çatışmada bu eylemlerin yeniden gündeme gelmesi tebliğ konumuzun güncelliğine ve önemine işaret etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Silahlı Çatışma, Kadına Karşı Şiddet, İnsancıl Hukuk, Savaş Suçu, İnsanlığa Karşı Suç, Soykırım.

Hegel'in Toplum Sözleşmesi Teorileri Eleştirisi

Dr. Öğr. Üyesi Ömer B. ALBAYRAK

Hegel her ne kadar Prusya devletini yücelttiği iddiasıyla totaliterlikle, devlet savunuculuğuyla eleştirilmiş olsa da aynı Hegel egemen devletin kavramsal temellerini en ağır biçimde eleştiren filozof olarak karşımıza çıkar. Jena'da yayımladığı erken dönem metinlerinden olan *Doğal Hukukun Bilimsel Olarak Ele Alınış Biçimleri, Onun Pratik Felsefedeki Yeri ve Pozitif Hukuk Bilimleriyle İlişkisi Üstüne* başlıklı yapıtı, Avrupa düşüncesinde kendi dönemine kadar gelen tartışmaya son derece keskin eleştirilerle katılır. Hem pozitif hukuk sistemlerine zemin teşkil eden doğal hukuk teorileri, hem de bunlar üzerinde kurgulanan devlet ve rejim biçimleri, iki başlık altında incelenir. İlk, ampirik yaklaşım altında toplum sözleşmesi teorisyenleri, özellikle de Hobbes, Hegel'in tespit ettiği üç temel çelişkisiyle gösterilir. Bunun karşısında yer alan formalist yaklaşımsa Kant ile Fichte'nin düşüncelerinde cisimleşir. Kant'ın ahlak yasasını soyut, içeriksiz bir form olarak ele alması, bu yasanın evrenselleştiğinde kendisiyle çelişmesine yol açar Hegel'e göre. Fichte'nin durumundaysa bu bakış açısı, baskıcı devlette tamamına erer. Tüm bu teoriler ve yaklaşımlardaki ortak sorun, Hegel açısından toplumsal gerçekliğin somutluğu içinde ele alınmayıp, soyutlanmasıdır ve bunun sonucunda bu teoriler kendi kendileriyle çelişirler. Hegel'in bu teorilere ilişkin tutumunun belki de en özlü ifadesi şudur: “Yargı gücü olarak devlet, adına suç denen belirli malları başka belirli mallar karşılığında sattığı bir piyasa kurar ve kanun kitabı [bu piyasanın] fiyat listesi olur.”

Anahtar Kelimeler: Toplum Sözleşmesi, Doğa Durumu, Toplum Felsefesi, Siyaset Felsefesi, Hegel, Fichte.

Malebranche'ın Düşüncesi ve Doğal Hukuk

Araş. Gör. Abdülkadir ALTINDAL

Descartes'ın ve Augustinus'un düşüncelerini sentezleyen, Kartezyen felsefeyi gerçek Hristiyan felsefe olarak adlandıran Malebranche, rasyonel doğal hukuk tartışmalarının çok yoğun olduğu bir dönemde yaşamıştır. Oratorian mezhebine bağlı Katolik bir rahiptir ve düşüncesinin merkezinde "Tanrı" bulunur. Malebranche'a göre her şeyin asli nedeni Tanrıdır.

Çünkü gerçek bir neden olmak yaratıcı bir kudreti elinde bulundurmaktır. Böylesi bir kudret de sadece Tanrı'da mevcuttur. Olan biten her şeyin ardında Tanrı'nın etkisinin olduğunu, her şeyin Tanrı'da görüldüğünü ve her bilginin Tanrı tarafından bahşedildiğini söyleyen Malebranche'ın felsefesi ara-nedenselcilik (occasionalism) olarak adlandırılır. Ona göre Tanrı'nın sonsuz iradesi, yine Tanrı'nın sonsuz bilgeliği ile dengelenir ve yaratmanın her aşaması bir düzenliliğe tabi şekilde meydana gelir. Öyle ki düzenlilik, mükemmellik gibi kavramlara düşüncesinin her aşamasında rastlanabilir. Malebranche, iradeci yaklaşımlara benzerlikten kaçınma adına doğal (natural) ve sonsuz (eternal) olanı birbirinden ayırmıştır. Ona göre insan ruhu Tanrı'dan kopmuş parçalar gibidir. Dolayısı ile etik davranışların nihai ereği Tanrı'dır. Ahlaki yasalar ise Malebranche'a göre şeylerin aralarındaki mükemmeliyet ilişkileridir. Bu da mevcudat arasında doğal, ihtisamlı ve ebedi ilişkilerin var olduğu anlamına gelir. Sonuçta hukuk alanında Kartezyen düşüncüyü Platon'cu sonsuzluk idesi ile harmanlayan Malebranche'ın hukuk düşüncesini incelemek, doğal hukuk düşüncesine başka bir açıdan yaklaşmayı sağlamanın yanında, rasyonel doğal hukukun tarihi seyrini anlama açısından da oldukça önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Tanrı, Ara-Nedenselcilik, Rasyonel Doğal Hukuk, Kartezyen Düşünce, Sonsuzluk.

Kültürel Rölativizm Argümanlarının Cinsel Yönelim Farklılıklarının Tanınmasındaki Yeri

Araş. Gör. Kardelen ALTUN

Kültürel rölativizm teorisi, kültürün inançları şekillendirdiğini, değerler sistemini oluşturduğunu ve insan davranışlarını etkileyip biçimlendirdiğini savunur. Bu teoriye göre, evrensel doğrular ya da evrensel değerler olduğundan söz edilemez. Bu çalışmada hak ve özgürlüklerin evrensel mi yoksa kültürel olarak görelî mi olduğu tartışması çerçevesinde kültürel değerlerin cinsel yönelim farklılıklarının tanınmasındaki yeri ortaya koyulmaya çalışılacaktır. Rölativizm-evrensellik çatışmasına getirilen çözüm önerileri, evrensellik ile kültürel rölativizmin farklı ağırlıklarla bağdaştırıldığı yaklaşımları içermektedir.

Doktrinde bu tartışmanın iki ucunda yer alan ve iki yaklaşımdan ancak birinin benimsenebileceğini savunan yazarlar olduğu gibi, kültürel rölativizm ile evrensellik arasında bir tercih yapmak gerekmediğini savunan yazarlar da mevcuttur. İkinci görüş, evrensellik ile rölativizmi bağdaştırmak ve evrensel bir insan hakları anlayışının içinde rölativizme yer vermek gerektiğini ileri sürmektedir. Bu bağdaştırma çabası, evrensellik anlayışında katı-yumuşak, radikal-ılımlı gibi ayrımlara yer verilmesine sebep olmuştur. Bununla birlikte, insan haklarının evrenselliği varsayımının farklı anlayışlarında ortak bazı kabuller de yer almaktadır. İnsan onurunu zedeleyecek bazı davranışların kabul edilemez olduğu fikri, kültürel değerlerin hakların tanınması ve sınırlandırılmasındaki yerini, korunması gereken bir çekirdeğin dışına itmektedir.

Heteronormativite, heteroseksüelliğin tek normal cinsel yönelim olduğunu kabul eden yaklaşımı ifade eder. Bu anlayışta tüm toplumsal değerler ve yaşam biçimleri bu çerçeveden yorumlanır, heteroseksüel olmayan ilişkilene biçimleri dışlanır. Heteronormativitenin bazı kesimlerce, bir kültürel değer olarak ortaya koyulması, kültürel rölativizm-evrensellik tartışmasını gündeme getirmektedir. Bu kapsamda, cinsel yönelim farklılıklarının tanınmasında kültürel değerlerin etkisine ne ölçüde yer verileceğine ilişkin tartışmada esas olarak üç yol izlenebilir: (1) Kültürel rölativizm katı bir şekilde kabul edilir ve cinsel yönelim farklılıklarının kabul edilmediği bir insan hakları uygulaması benimsenebilir; (2) insan haklarının evrenselliği katı bir şekilde benimsenebilir ve cinsel yönelim farklılıklarının korunmasının evrensel bir değer olarak kabul edilip edilmediğinin tespitinin yapılması gerekir; (3) kültürel argümanlarla insan haklarının evrenselliği bağdaştırılıp ılımlı/yumuşak evrensellik anlayışı benimsenebilir. Bu durumda, kültürel değerlerin kabul edilebilmesi için, öncelikle

doktrinde ortaya konulmakta olan ortak çekirdekte yer alan değerlere müdahale etmiyor olması gerekmektedir. Bu değerler arasında yer alan ayrımcılık yasağı, nefret suçlarının meşrulaştırılmaması gibi değerler heteronormativiteyle doğrudan bağlantılıdır. Bu doğrultuda cinsel yönelim temelli ayrımcılık yasağı ve nefret suçlarına karşı alınacak diğer başka bazı önlemler, insan haklarının evrenselliği ve göreliliğinin bağdaştırılmasında korunan çekirdekdeki değerler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, bu hususları içerecek biçimde insan onuruna müdahale eden kültürel görelilik iddiaları, kabul edilemezdir. Bununla birlikte bazı kesimlerce, cinsel yönelim farklılıklarının tanındığı bazı hususların bu ortak alanda yer almayabileceği savunulmaktadır.

Sonuç olarak bu çalışmada, yukarıda çerçevesi çizilen değerlendirmeler ışığında kültürel rölativizmin cinsel yönelimlere ilişkin argümanları da ele alınarak, cinsel yönelim farklılıklarının tanınmasının kültürel değerler ve insan haklarının evrenselliği anlayışında nasıl bir yere oturduğu ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cinsel Yönelim, Kültürel Rölativizm, Kültürel Görelilik, Heteronormativizm, Ayrımcılık Yasağı.

Feminist Hukuk Metodolojisi Tartışmaları ve Hukuk

Damla ALVER

Feminist metodoloji, ilk olarak, toplumsal cinsiyetlendirilmiş yaşamları hesaba katmadan yürütülen araştırmalara eleştirel bir şekilde yaklaşmış ve araştırmaların feminist bir bakışla yapılmasının imkanını sorgulamıştır. Bu bağlamda, feminist araştırmalar, hukukla ilgili yapılan araştırmalarda da hukuktaki toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin görünür kılınması ve dönüştürülmesi açısından önem kazanır. İkinci olarak ise, hukuk metodolojisine feminist bir yaklaşımla farklı bir bakış sunmaya çalışır ve asıl olarak, hukuk uygulamasındaki değer yargılarını ve hukuk ve politika ilişkisini ortaya koymayı amaçlar.

Feminist hukuk metodolojisi, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin hukuktaki yansımalarının ve böylece de hukukun toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin sürdürülmesindeki rolünün farkına varmak, bu rolü açıklamak ve bu eşitsizlikten kaynaklanan adaletsizliklerin dönüştürülmesi için çaba sarf edilmesini amaçlar. Bu anlamda da mevcut hukuka ve hukuk uygulamalarına karşı eleştirel bir duruşa sahiptir.

Bu çalışmada feminist metodolojinin genel özellikleri, feminist etiğe uygun olma ile konumsallık, kadın deneyimlerine yer verme, keşişimsellik ve düşünömsellik olarak ortaya konulacaktır. Ayrıca Katherina Bartlett'in feminist hukuk metotları olarak ortaya koyduğu kadın soruları sorma, feminist pratik akıl yürütme ve bilinç yükseltme de incelenecektir. Feminist hukuk metodolojisi, hukukun toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak için dönüşebileceği kabul edildiğinde, toplumsal cinsiyet eşitsizliğine yol ačan veya eşitsizliklerin sürdürülmesine sebep olan mevcut normların, hukuki kurumların ve hukuk uygulamalarının bir eleştirisini sağlamada ve toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik normların oluşturulmasında önemlidir.

11

Anahtar Kelimeler: Feminist Araştırma, Feminist Hukuk Metodolojisi, Toplumsal Cinsiyet.

Hukuk Felsefesinde Farklı Metot Anlayışları

Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN

Hukuk felsefesinde birçok kuram hukuk kavramına ilişkin pek çok iddia ve bu iddiaları gerekçelendiren argüman geliştirmiştir. Hukuk kavramına nasıl yaklaşılması gerektiği ve bunun hangi ölçütlere göre inşa edilmesi gerektiği meselesi, farklı kuramların temelden ayrıştığı esas sorunsal olmuştur. Hukuki pozitivizm, hukuk kavramına ilişkin analitik felsefenin araçlarını kullanarak betimleyici bir metodu benimsemiştir. H. L. A. Hart, Hans Kelsen gibi temsilcilerin savunduğu anlayışta, hukukun ne olduğuna dair betimleyici önermeler ve tespitler ile hukukun ne olması gerektiğine dair değer yargıları ayrık tutulur. Doğal hukuk yaklaşımı ise hukuku ahlaktan kopuk bir şekilde ele almanın hukuk kavramını anlamak için yetersiz ve hatalı bir anlayış olduğu görüşündedir. Bu yaklaşımın bazı temsilcileri (en başta Ronald Dworkin) hukukun işleyişindeki ahlaki öğelere (ahlaki ilkeler ve yorumsal faaliyet gibi) işaret ederek hukuk ile ahlakın birlikte anlaşılması gerektiğini savunur ve ahlaki analizin hukuk kavramı bağlamındaki asli rolünü vurgular. John Finnis gibi doğal hukukçular ise hukukun asli anlamı ile marjinal anlamı arasında bir ayırmda bulunarak sosyal bilimlerdeki metotlara işaret ederek söz konusu toplumsal yapının (hukukun) asli anlamının kavranabilmesi için insanların o şeye hangi değerler ile yaklaştıklarının ortaya konulması gerektiğine vurgu yapar. Bunun için de kaçınılmaz olarak değer yargılarına başvurulmalıdır.

Diğer tarafta ise herhangi bir felsefi faaliyetin doğru olarak kabul edilmesi için her türlü iddianın bilimsel veriler ile tutarlı olması gerektiğine işaret eden doğalcı anlayış bulunmaktadır. Brian Leiter, bu anlayışın esasında geçmişte Amerikan hukuki realistleri tarafından benimsendiğini ve günümüzde de hukuk felsefesi akademisi tarafından daha fazla ciddiye alınması gerektiğini savunmaktadır. Kavramsal hukuk felsefesi bu zamana kadar kendi kavramsal metodolojileri ile doğruluk iddiasında bulunsa da kavramsal iddiaların ampirik verilere dayalı ve bunlarla uyumlu olması gerektiği anlayışı diğer bilimlerden artık kabul görmüştür. Öte yandan hukuk bilimi ve hukuka ilişkin doğruları tespit etme iddiasında olan hukuk kuramı, Leiter'e göre bu anlayışı henüz tam manasıyla geliştirememiş ve ampirik verilerden ve bu verileri bilmek için gerekli metodolojiden yoksun bir şekilde çalışmalarına devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Kavramı, Metodoloji, Hukuki Pozitivizm, Doğal Hukuk, Hukuki Realizm.

Hukuki Realizmin Bir Versiyonu Olarak Rus Hukuki Realizmi

Araş. Gör. Ezgi ARSLAN

Hukuki realizm akımı, ‘karşıt’ bir akım olarak 20. yüzyılda, ilk olarak Amerika’da ortaya çıkmıştır. Her ne kadar taraftarlarının da belirttiği üzere tutarlı ve yeknesak bir bütün olmasa da hukuki realizmin ortak bir özünden söz etmek mümkündür. Bu alışma kapsamında, ilk olarak bu ortak öz ortaya konmuştur.

Hukuki realizmin gerçeğe dair vurgusu, onu, diğer bilim alanlarıyla da ilgilenmeye yöneltmiştir. Bu alanlardan biri de psikolojidir. Rus hukuki realizm akımının nc ismi olarak kabul edilen Petrazycki’nin St. Petersburg İmparatorluk niversitesi’nde kurduğu psikolojik hukuk okulu da realizm akımının psikoloji bilimiyle olan ilişkisinin en görünür olduğu yerlerden biridir. Bu alışmada Rus hukuki realizmi olarak anacağımız, Fittipaldi’nin eleştirel realizm olarak adlandırdığı ve Lazerson, Lande gibi isimlerin dahil olduğu bu okul, dönemin Rus hukuk doktrininin kapsamını genişletmiş ve çeşitlendirmiştir. Bu okulun, hukuki realizm akımlarıyla benzerliği ve her ne kadar Petrazycki, kendi hukuk kuramı için hukuki realizm ifadesini kullanmamış olsa da psikolojik hukuk kuramı ile Hgerstrm, Pattaro gibi realistlerin görüşleri arasındaki benzerlik dikkat çekicidir. Bu bağlamda, hukuki fenomenleri sosyo-psişik olgular olarak nitelendiren ve öznenin zihni dışında herhangi bir alanda bu fenomenlerin varlığından söz edilemeyeceğini, yine bu sebeple, bu fenomenleri incelemenin tek mümkün yolunun i gözlem olduğunu savunan Petrazycki’nin kurucusu olduğu okulun, hukuki realizm akımları içerisindeki yeri incelenmeye değerdir.

Anahtar Kelimeler: Rus Hukuki Realizmi, Hukuki Realizm, Leon Petrazycki, Psikolojik Hukuk Teorisi, Eleştirel Realizm.

Leviathan'ın Güncelliği: Devletlerin Covid-19 Pandemisi ile Mücadele Kapsamında Aldıkları Önlemler

Dr. Öğr. Üyesi Gülay ARSLAN ÖNCÜ

Liberal devletin asıl paradigmasının güvenlik eksenli olduğu önermesinin test edilmesi bakımından Covid-19 pandemisi elverişli bir bağlam oluşturmaktadır. 17 Kasım 2019 tarihinde Çin'in Wuhan şehrinde ortaya çıkan ve SARS-CoV-2 olarak adlandırılan yeni bir koronavirüsün yol açtığı küresel salgın ile mücadele kapsamında devletler karantina, sokağa çıkma yasakları, seyahat kısıtlamaları, toplantı ve gösterilerin yasaklanması, maske takma zorunluluğu, aşı uygulaması ve yüz yüze eğitime ara verilmesi gibi tedbirlere başvurmuşlardır. Hatta bazı devletler söz konusu salgınla mücadele için istisnai yönetim usullerine geçiş yapmışlardır. İnsanlar yaşamlarının korunması için hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına ve hatta askıya alınmasına rıza göstermişlerdir. Covid-19 pandemisi krizi ve bu krizin devletler tarafından yönetilme şekli Thomas Hobbes'un Leviathan başlıklı eserindeki devlet anlayışının güncelliğini tartışmaya değer bir konu haline getirmektedir. Bu tebliğ çerçevesinde liberal devletlerin Covid-19 pandemisi ile mücadele yöntem ve araçlarının Hobbesçu devlet anlayışı ile paralellikler arz ettiği iddia edilmektedir. Bu iddiayı desteklemek için Hobbes'un Leviathan başlıklı eserindeki "doğa durumu" ile pandeminin günlük hayatta yol açtığı kaos arasında; Hobbes'un korkunun evrensel olduğu ve simetrik olarak dağıldığı varsayımı ile pandeminin yol açtığı panik ve korku arasında; Hobbes'un siyasi felsefesinin temel kavrayışı olan insanların korkuya açık oldukları derecede yönetilebilir oldukları anlayışı ve herkesin barışı tercih edeceği şeklindeki birinci doğa yasa ile Covid-19 kapsamında alınan tedbirlere bireylerin rıza göstermesi arasında köprüler kurmak mümkündür. Bu paralellikler çerçevesinde bir analiz liberal devletin özünün, devlet tarafından sağlanan güvenlik ve refahın özgürlükten daha değerli olduğu şeklindeki Hobbesçu önermeye yaklaştığı ileri sürülebilir.

15

Anahtar Kelimeler: Covid-19 Pandemisi, Hobbes, Leviathan, Güvenlik, Özgürlük.

Martinot Vakası: Naaş Bir Hukuk Süjesi midir, Hukuk Nesnesi mi?

Dr. Barkın ASAL

Önce büyük kuramlar krize girdi, daha sonra ise onların muhalifleri... Otorite yiterken XX. yüzyılın başından itibaren fiziki anlamda insan doğasının kendisi de bir başka kriz konusu haline geldi: Doğum nedir? Hayat ne zaman başlar? Cinsel kimlik nedir? Bir insanı genetik olarak kopyası olan bir başka insandan ayıran nedir? Genetiğiyle oynanan bir varlık insan olmayı sürdürür mü, yoksa onun için başka bir ifade kullanılması mümkün müdür?

İnsan hayatıyeti ve bunun inkârı olan idamesi, ister istemez bunların sentezi anlamına gelen ölümü de akla getirir. Hayatiyet ve idame hem mazrufunu hem zarfını değiştirirken ölümün bundan arı kalması mümkün değildir. Peki ölüm ortadan kaldırılabılır mi? XIX. yüzyılın başında 42 olan ortalama yaşam süresi bir yüzyıl sonra neredeyse iki katına çıkmışken, belki bugünkü cehaletimizle buna kolaylıkla hayır denebilir, ama bu yargının kesinliği muamma olacaktır. Ya da şöyle sorulabilir: İnsan bir tür olarak yaşam idamesinde ölümlü bedeninden sıyrılabilecek midir?

Bu tebliğde, değinilen sorunlar Martinot vakası üzerinden tartışılacaktır. 2000'lerin başında transhümanizmden etkilenmiş olan Dr. Martinot, ölümünden sonra özel bir teknikle vücudunun dondurularak insanlık için ölümün aşıldığı bir tarihte çözünmesini vasiyet etmişti. Önce Fransız İdare ve İstinaf Mahkemelerinin önüne giden ve en sonunda Danıştay'da görülen bu dava, naaşın hukuki durumunu aydınlatması bakımından önem taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. ve 9. maddelerinin değerlendirildiği bu vakada derinde, hukuk öznesinin iradesinin ölümü aşmasının, kamu gücü karşısında mümkün olup olmadığı konu edilmiştir.

Tebliğde, Martinot vakası örneği etrafında yapılan ve yukarıda değinilen tartışmalar çerçevesinde naaşın bir hukuk öznesi mi yoksa nesnesi olduğu sorusunun olası cevapları tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Biyoetik, Transhümanizm, Naaş, Hukuk Öznesi, Hukuk Nesnesi.

Yürütme Organının Asli Düzenleme Yetkisi Kullanması Demokratik Egemenlik Teorileriyle Bağdaşır, Ama Nasıl?

Dr. Öğr. Üyesi Volkan ASLAN

19. yüzyılda parlamentoların üstünlüğü ele geçirmesiyle beraber şekli yasa anlayışı hâkim bir anlayış olarak ortaya çıkmış, gittikçe karmaşıklaşan ekonomik ve sosyal hayatın gerekleri karşısında parlamentoların müdahalesi genişlemiştir. Bu süreçte maddi yasa anlayışının güçten düşen monarkların düzenleme alanını korumak bakımından işlevsel olabileceği düşünülmüştür. Ancak 19. yüzyılda görülen bu gelişme, 20. yüzyıldaki teknik ilerlemeler karşısında tam tersine dönmüş, yürütme organları düzenleme alanlarını yasama organları aleyhine genişletmişlerdir. Yine de liberal devletlerde yürütme organının düzenleme yetkisinin genişlemesi monarkların sahip olduğu geniş düzenleme yetkisinden farklı olmuştur. Zira devletin hangi organının asli düzenleme yetkisini kullanacağı, günümüzde doğrudan bir egemenlik sorunu değildir. Tanrı'nın yeryüzündeki gölgesi olan monarkların aksine, modern yürütme organının günümüzde halkın ya da ulusun egemenliğine rakip bir egemenlik iddiası bulunmamaktadır. Günümüzde önemli olan, egemenlik yetkilerini kullanacak organların kendilerine çizilen sınırlar içerisinde yetkilerini kullanmasının sağlanmasıdır. Tam da bu noktada, yürütme organının asli düzenleme yetkisi kullanmasının demokratik egemenlik teorileriyle bağdaşıp bağdaşmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Tebliğde olumlu cevap verilecek bu sorunun kapsamlı şekilde tartışılması suretiyle yürütmenin asli düzenleme yetkisi kullanmasının demokratik gerekleri ortaya konulacaktır. Bu çerçevede akıllara ilk gelen, düzenleme yetkisi kullanırken aleniyetin ve katılımın sağlanmasıdır. İkincisi ise yargı denetimine kapalı düzenleyici işlemlere hukuk sisteminde yer verilmemesidir. Söz konusu gereklerin yürütmenin düzenleme yetkisi kullanma ihtiyacı ile ne şekilde bağdaşacağı ise ayrıca değerlendirilecektir.

17

Anahtar Kelimeler: Asli Düzenleme Yetkisi, Cumhuriyetçilik, Demokrasi, Kararname, Egemenlik Teorileri.

Stoacılara Göre Hukukun Sınırlandırması ve Özgürlükler

Araş. Gör. Esad Muhlis BAHADIR

Antik Yunan'da Stoa okulunun özgürlük düşüncesinin determinist bir çerçevede gelişmesi, aynı zamanda insanların hareket, ifade ve düşünce özgürlüklerinin karşısına çıkan sınırların doğal geliştiği anlamına da gelebilmektedir. Bu düşüncenin özünde birçok noktada hareket ve ifade özgürlüğü, logosun kurduğu düzen içerisinde sınırlandırılmış, hata belirlenilmiş olsa da insanlar özgür olmaya devam ediyordur.

Stoa okulunun özgürlük düşüncesi gerek toplumlardan gerek insanlardan gerek ise yasalardan kaynaklanan sınırlamaların çoğunda varlığını koruyabilen bir yapıya sahiptir. İnsanların sınırlar ile karşılaştıkları doğrudur, bu doğanın bir gereğidir. Çünkü logosun evren planında insanların belirli eylemleri gerçekleştirmek istemeleri ortaya çıkacak ve bu isteklerin gerek fizik evreninin prensiplerinden dolayı gerek başka insanlar tarafından gerekse yasalar tarafından sınırları olacaktır.

Hukuk, tarihin en eski dönemlerinden beridir özgürlükleri sınırlamanın meyvesi olan öngörülebilirliği her yerde ve her zaman aynı seviyede olmasa dahi en azından gözlemlenebilir ölçüde vermiştir. Ne kadar katı ve ne kadar sınırlayıcı olursa olsun hukuk, birtakım insan eylemlerini nedensellik zincirine yaptığı güçlü eklenti olan yaptırım vasıtasıyla engellemiştir. Problemimiz ise kendini bu etkileşimde gösterir. Eylemlerin sınırlandırılması ile özgürlük bir arada bulunabilir mi?

Bildirimizin niteliği, serbestçe ve mümkün olduğunca sınırsız biçimde tanımlanan özgürlük tanımlamalarından olmayan stoacı özgürlük anlayışını esas alarak, arzu, irade ve özgürlük kavramlarının arasında stoacıların kurduğu denklemi ortaya koymaktır. Bu vesileyle aslında eylemlerin dışarı bir etkiyle sınırlandırılması gibi görünen yasaların aslında özgürleştirici bir etki ortaya koyabileceğini işaret etmeye çalışacağız. Bu çerçeve oluşturulduktan sonra, özgürlük konusunda sınırlandırıcı ama adil bir yaklaşımın, sınırsız gözüken bir özgürlük anlayışı karşısındaki tercih edilebilirliğine stoacı özgürlük çerçevesinde parmak basacağız. Nihayetinde eylemlerin sınırlandırılmasının aslında belirli noktalarda özgürlük için gerekliliği kendini gösterecektir.

Anahtar Kelimeler: Stoacılık, Hukuk, Özgürlük, Sınırlandırma, İrade Özgürlüğü.

Sağlık Hizmetlerinin Paylaşımında Ayrımcılık: İnsan Hayatının Bir Fiyatı Var Mıdır?

Prof. Dr. Z. Gönül BALKIR

Sağlık hakkı, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde açıkça bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Sağlık hizmetlerine ulaşma hakkı ve bu hakkın sınırlarının nasıl belirginleşebileceği sorusu, tıbbi ihtiyaçların sınırsız, kaynakların sınırlı olduğu göz önüne alındığında; sağlıkla ilgili hizmet ve kaynakların, ihtiyaçlara göre nasıl dağıtılıp paylaşılacağı sorunu, çok zor sorulardan biridir. Temel insan hakları ve değerlerinin en başında, yaşama ve sağlık hakkı gelmektedir. İnsan hayatına değer biçilemeyeceğine göre yaşamsal değerlere de paha biçilemez. Sağlık hizmetleri ve tıbbi bakım, eşitlikçi bir şekilde dağıtılmalıdır.

Kaynakların kıtlığı yüzünden tüm hayatların eşdeğerde olmadığını söyleyemeyiz. Zira bu durumda insan hayatının bir değeri olduğu ve insan hayatına bir değer biçildiği kabul edilmiş olur. Yaşam kurtaran tedavilerin pahalılığı yüzünden, yaşamların sonlandırılması için karar verilebiliyorsa insan hayatının bir değeri yok demektir. Bu konuda karar verenlerin, aynı zamanda insan hayatına değer biçmesi demektir. Herkesin yaşama olanağının olmadığı durumlarda; kimin hayatının koruma altına alınması gerekmektedir? Her şeyden önce sağlık politikalarındaki yatırımlara, sağlık hizmetlerinde yaşam kurtaracak teknolojilere ne kadar para gerektiğine ve ne kadar para ayrılabilmesine bakmak gerekir. Belki de asıl sorun, hükümetlerin, bu şekildeki ölümlerin önüne geçmek için, ne kadar parayı gözden çıkarabilecekleri noktasında yaşanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Hakkı, Ayrımcılık, İnsan Değeri, Tıbbi Bakım, Sağlık Hizmetleri.

Hukukun Üç Boyutluluğu: Prof. Dr. Tarık Özbilgen'in Hukukun Varlık Bütünü Saptayabilme Çabası

Araş. Gör. Mehmet Emir BAYRAKTAR

Türkiye’de Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl ve Prof. Dr. Vecdi Aral tarafından desteklenen “hukukun üç fonksiyonluluğu (trifonksiyonalitesi)” esasını temel alan yaklaşıma alternatif olarak “hukukun üç boyutluluğu (tridimansiyonalitesi)” esasına dayanan yaklaşımı tercih eden Prof. Dr. Tarık Özbilgen, bu tercihi ile fonksiyona dayalı yaklaşımı yanlışlamamakta lakin hukukun bir bütün olarak ele alınması noktasında yetersiz bulmaktadır. Özbilgen hukuka dair kapsayıcı bir tanımın onun üç boyutluluğunun öne çıkarılması ile mümkün olacağı, hukukun varlık bütünüünün ancak bu çok boyutluluğun dikkate alınması ile ortaya konulabileceği kanaatindedir. Bu yaklaşım hukuku bir bütün olarak ele almayı mümkün kılıp hukuka dair teori ve disiplinleri hukukun üç boyutu ile ilişkileri esasında ele almaya yönelik bir imkân sunmaktadır. Özbilgen’in bu hususu bir hukuk başlangıcı kitabında ele alması da yaklaşımın hukuku bir bütün olarak kavrayabilmeye odaklandığının bir göstergesi hükmündedir.

Özbilgen hukukun fonksiyonlar esasında kavranmasının mümkün olabileceğini fakat bu yol ile hukukun varlık bütünüünün sağlıklı bir şekilde ortaya konulamayacağı kanaatindedir. Etik, sosyal olgu ve normatiflik olarak ifade edilen hukukun üç fonksiyonu esas alındığında hukuka dair teori ve disiplinlerin bu fonksiyonlar ile ilişkisinin ortaya konulmasında karışıklıklar ortaya çıkmaktadır. Bir hukuk teorisi veya disiplini temelde tekil bir fonksiyonu yerine getirmeyi öne çıkarmış olsa da hukuk diğer fonksiyonlardan soyutlanmış değildir. Bu durum ise söz konusu fonksiyonlar ile disiplin ve teorilerin ilişkisinin gösterilmesinde zorluklar doğurmaktadır. Üç boyutlu yaklaşım esas alındığında ise her teori ilgili olduğu boyutu esas alarak hukuku bu boyuttan ele almaya çalışmakta, her disiplin ise bu boyutlardan birinin karşılığı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sayede hukuka ilişkin teorileri, hukuk disiplinlerini ve hukukun boyutlarını tutarlı bir bütün olarak ele almak ve göstermek mümkün olmaktadır. Hukuka dair bir inceleme ise, Özbilgen’in tanımından da anlaşılacağı üzere, bu üç boyutu da göz önünde bulundurmaktır zorundadır.

Söz konusu fonksiyonlar ile aynı doğrultuda olarak “norm”, “sosyal realite” ve “etik değer” olarak belirtilen üç boyut da hukuktan bahsedebilmemiz için vazgeçilmez olduğundan her biri hukukun birer elemanı konumundadır. Hukuka dair verilecek tanımının bu üç boyutu da kapsayacak genişlikte olması gerekmektedir. Bu doğrultuda Özbilgen hukukun tanımını

“Hukuk, sosyal yaşamımı ahlaksâl değerlere göre düzenlemeyi amaçlayan, maddesel yaptırımla donatıma elverişli davranış kuralları arasındaki ilişkiler kompleksidir.” şeklinde ifade etmektedir.

Tebliğ kapsamında Özbilgen’in ifade ettiği tanım çerçevesinde hukuka bakışı, bu tanımın daha yaygın olarak bilinen hukukun fonksiyonlarına dayalı tanımdan ne açıdan farklılaştığı, üç boyutlu yaklaşımın hukuk ğretiminde işlevi ve Özbilgen’in hukukuluğunda bu yaklaşımın nasıl bir yeri olduğu incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tarık Özbilgen, Hukukun Tridimansiyonalitesi, Hukukun Trifonksiyonalitesi, Hukuk Tanımı, Hukuk Başlangıcı.

Bir Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Alevilikte Dedelik Kurumu

Araş. Gör. Nurhayat BEKİR

Toplum içinde yaşayan kişiler aralarındaki uyuşmazlıkların çözümü için her zaman devlet yargısı yolunu tercih etmemekte; bazen de üyesi oldukları toplulukta saygın konumdaki bir kişiye başvurabilmektedirler. Devlet sisteminden bağımsız olan bu çözüm yöntemine geleneksel arabuluculuk denmektedir ve Türkiye’de örneklerini gözlemlemek mümkündür. Bunlardan biri, Alevilikteki Dede figürüdür.

Alevilik, tarihsel süreç içerisinde Türklerin en eski inançlarından olan ‘veli kültü’ ile İslamiyet öncesi dönemdeki yapılardan olan ‘Ozan Baksı’ ve Şamanizmden izler taşıyan, İslam inancıyla birlikte ehlibeyt sevgisiyle güncellenen senkretik bir inançtır. Alevilikte, inanç yapısının en üst kurumunu oluşturan dede, inançsal olmanın dışında çok yönlü, dini ve karizmatik bir otorite olarak öne çıkmaktadır. Dedelik kurumu Türk sosyal hayatında gerek maddi gerek manevi anlamda otorite sahibi olan kam, beylik gibi sistemlerin boşluğunu doldurmuş, İslamiyetle birlikte tasavvufi boyutta şekillenmiş bir yapıdır.

Liyakat, birikim ve tercihler etkin olmakla birlikte temel şart dedeliğin babadan oğula geçmesidir. Modern zamanlar öncesi yaşanan sosyal hayat ve siyasi sebepler dolayısıyla yazılı kültürün mevcut olmadığı süreçte Dedeler, Alevi topluluğundaki uyuşmazlıkları birikimleriyle çözüme kavuşturmuşlardır. Öte yandan Dede, inançla ilgili ibadet, evlilik ve cenaze vb. sosyal merasimleri yönetmekte, Alevilikten dışlanma gibi ağır bir yaptırım olan ‘düşkünlük’le ilgili kararları hükme bağlamaktadır. Bu bağlamda dedeler, eğitici rollerine ilaveten toplumsal düzenin sağlanmasında da etkin rol oynamışlardır. Dedelik kurumu kentleşmeyle birlikte her ne kadar şehir hayatında zayıflasa da kırsal kesimlerde etkin olarak hala sürmektedir.

Anahtar Kelimeler: Alevilik, Türkiye’de Alevilik, Dedelik Kurumu, Geleneksel Arabuluculuk, Uyuşmazlık Çözümü.

Hukuk Felsefesinin Hukuk Uygulamasına Katkısı: Amicus Curiae Usulü

Araş. Gör. Başak BERKÜN

Hukuk felsefesinin hukuk uygulamasından bağımsız ikincil bir konuma yerleştirilmesi her daim haklı olarak eleştirilmiştir. Zira hem filozoflar hem de halihazırda felsefe ve hukuk felsefesi alanında çalışan isimler hukukun yalnızca teorik boyutuna değil uygulanmasına da katkı sağlamışlardır. Bu katkı yöntemlerinden biri ise amicus curiae (friend of the court) usulüdür. Bu usul, davanın tarafı olmamakla birlikte hukuki uyuşmazlığın çözümüne katkıda bulunulmasını sağlar. Filozofların bu usul yoluyla hukuk uygulamasında aktif rol aldığını gösteren en bilinen örnek *Vacco v. Quill* ve *Washington v. Glucksberg* davalarında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'ne Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon ve Judith Jarvis Thomson'ın sundukları görüştür. Her ne kadar verilerin tespitinin ve toplanmasının zorluğu sebebiyle bu konudaki akademik çalışmalar oldukça sınırlı sayıda kalmışsa da felsefe ve hukuk felsefesi alanında çalışanlar bu usul yoluyla hukuk uygulamasına doğrudan katkı sunmaya devam etmektedir.

23

Bu bildirinin amacı hukuk felsefesinin hukuk uygulamasına doğrudan katkı sağladığı, felsefecilerin hukuk pratiğinde aktif rol aldıkları bir usulü ortaya koymaktır. Bu amaçla öncelikle amicus curiae (friend of the court) usulü, ardından bu usulün Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki uygulama esasları açıklanacak, ardından amicus curiae sıfatıyla mahkemelere görüş sunanların felsefe ve hukuk felsefesi alanında çalışan kişiler olduğu uygulama örneklerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Amicus Curiae, Hukuk, Hukuk Felsefesi, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Alman Hukukunda “Hukukun Bilim Olma İddiasına Yönelik” Güncel Tartışmalar

Araş. Gör. Metin BİNGÖL

Hukukun bilim olma niteliği gerek hukuk camiasından gerekse dışarıdan gelen eleştirilerle zaman zaman sorgulanmıştır. Özellikle Kirchmann tarafından yazılan “*Bir Bilim Olarak Hukukun Değersizliği*” ve bu esere cevap olarak neredeyse bir asır sonra Karl Larenz tarafından yazılan “*Bir Bilim Olarak Hukukun Vazgeçilmezliği Üzerine*” adlı eserlerin yanında, Jhering ve Kelsen tarafından hukuk biliminin tanımını yapma çabasındaki çalışmalar bu tartışmaların en bilinen örnekleri olarak sayılabilir. Günümüzde ise özellikle anayasa mahkemelerinin gelişimi yanında uluslar üstü mahkemelerin gelişimiyle birlikte ortaya çıkan çok katmanlı hukuk sistemleri, hukukun dogmatik yönlerini daha da sorgulanır hale getirmiştir. Bir yandan hukuk dogmatikğine bağlı, diğer yandan ise yeni gelişen koşullara uygun bir hukukun yaratılması elbette “hukuk bilimi” kavramının da yeniden ele alınmasını ve sorgulanmasını doğurmuştur.

Bildiride konuya ilişkin kesin bir görüşün savunulmasındansa AB süreciyle birlikte teorik tartışmaların hiç durulmadığı Alman hukuku örneğinde hukukun bilim olma iddiasına yönelik güncel tartışmalar: hukuka; çok uluslu, taşralı (Provinzialismus), disiplinlerarası ve dogmatik(sistem olarak hukuk) bakış açıları incelenecek ve hukuk pratiği ile teorisi arasındaki bağın nasıl kurulduğu/kurulmaya çalışıldığı izah edilmeye çalışılacaktır.

24

Anahtar Kelimeler: Hukuk Bilimi, Hukuk Teorisi, Dogmatik, Hukuk Sistemi, Pozitif Hukuk.

Hukuki Çoğulculuk Bağlamında İngiltere ve Yunanistan'daki Müslümanların Durumlarına İlişkin Mukayeseli Bir İnceleme

Araş. Gör. Yusuf Enis BİNGÖL

Son yıllarda, İslam hukukunun Avrupa hukuk nizamlarında tanınıp tanınmaması hususu kapsamlı bir tartışma konusu olmuştur. Bu minvalde bakıldığında Yunanistan, İslam hukukunun resmi olarak uygulandığı tek Avrupa devletidir. Bu durum hukuki çoğulculuğun bir örneği olmakla birlikte, Batı Trakya'nın Müslüman/Türk Azınlığı için din özgürlüğünün bir tezahürü olarak kabul edilir. İslam hukukunun "Batılı" bir hukuk nizamı içinde, göçmenlere değil, muayyen bir vatandaş grubuna uygulanmasına izin verilmiş ve Yunanistan'da 1881'den beri (Konstantinopolis Konvansiyonu) Müslüman Yunan vatandaşlarıyla ilgili olarak hukuki çoğulculuğun kısmen korunduğu tuhaf bir durumu ortaya çıkmıştır. Akabinde 1913 Atina Antlaşması, 1920 Sevr Antlaşması ve 1923 Lozan Antlaşması'nın yürürlük kazanması neticesinde Müslümanların Yunanistan'daki hukukları tanınmış ve statüleri vazih bir çerçeveye kavuşmuştur. Bu antlaşmalarla Yunanistan'daki Müslümanlar, velayet, vesayet, miras ve aile gibi şahsi ahvale ilişkin hususlarda kendi seçtikleri müftülere başvurma hakkı elde etmişlerdir. Yunanistan'da hukuki çoğulculuk bağlamında İslam hukukunun bazı hükümlerinin uygulanması hakkında, lehte ve aleyhte birtakım görüşler sıklıkla ifade edilmektedir.

25

İngiltere 50'li yıllardan beri yoğun oranda göç alan bir ülke olmak bakımından çok kültürlü bir yapı arz etmektedir. Bu göç hareketlerinden mühim bir kısmını da Müslüman toplulukların yaptığı göçler teşkil etmektedir. Zira hali hazırda Müslümanların İngiltere'deki nüfusunun 3 milyon civarında olduğu tahmin edilmektedir. Bu gelen gruplar geldikleri yere kendileriyle beraber kültürel bir değerler manzumesi de getirmiş ve bu değerler manzumesi içinde en çok öne çıkan unsur dini aidiyetler olmuştur. Söz konusu grupların 60'lı ve 70'li yıllardan itibaren kendi hukuklarının tanınması yönünde yaptıkları lobi faaliyetleri neticesinde de birtakım hukuki kazanımlar elde edilmiştir. Tanınma yolunda ilk kazanım 1982 yılında tesis edilen Şeriat Konseyleri olmuştur. 1996'da yürürlüğe giren Tahkim Kanunu ile de 2007 yılında Müslüman Tahkim Mahkemeleri ihdas edilmiştir. Burada sözü edilen İslami kurumlar istişari mahiyette bir alternatif ihtilaf çözme mekanizması olarak telakki edilmiştir. Bu kurumlarda nihah, evlenme, boşanma ve miras gibi şahsi ahvale ilişkin problemlere ve ihtilaflara müşterek hukuka alternatif olarak çözümler getirilmeye çalışılmıştır. Sözü edilen kurumların verdikleri kararlar mutlak anlamda bağlayıcı olmayıp aynı zamanda bu kararlar seküler İngiliz

hukukunun da denetimine tabi olmaktadır. Bu hukuk yaklaşımın tanınması ve meri hukuk sistemine alternatif teşkil edecek kararlar vermesi gibi hususlar lehte aleyhte birtakım görüşlere muhatap olmaktadır.

Yukarıda zikredilen iki örnek de hukuki çoğulculuk örnekleri olarak kabul edilmektedir. Ben de söz konu tebliğde her iki örneğin birbirine benzeyen ve farklılık arz eden taraflarını birtakım kanunlar, kurumlar ve somut vakalar üzerinden örnekler vermek suretiyle hukuki çoğulculuk ve hukuk politikası açısından ele almaya çalışacağım.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Çoğulculuk, İslam Hukuku, Dini Azınlıklar, Tanınma.

Normatif Düşüncenin Biyolojik Temelleri

Araş. Gör. Rıdvan BİNİCİ

Biyolojinin, nörolojinin, etolojinin ve primatolojinin insan davranışlarındaki normatif yöne odaklanmasıyla birlikte normatif düşüncenin doğal bir olgu olarak nasıl açığa çıktığını anlamlandırmak giderek daha olanaklı hale gelmektedir. Günümüzde bilimsel çalışmaları temel alarak normatif düşünceyi temellendirme çabaları yalnızca bilim alanında kalmamakta; etik, ahlak ve hukuk felsefeleri açısından da işbu bilimsel bilgilerle temellendirme imkanları genişlemektedir. Çalışmamızda normatif düşüncenin biyolojik evrim sürecinden bağımsız, insan aklının saf üretimi olduğu ve hayvanlarda normatif düşüncenin gelişmediği tezleri karşısında normatif düşüncenin ve davranışın kökenleri hakkında insanların, primatların, memelilerin, kuşların, sürüngenlerin biyolojisine ilişkin bilimsel çalışmalardan yararlanılacaktır. Normların temellerinin bilimsel bilgilerle açıklanabilir olup olmadığına ilişkin Daniel Denett, Sam Harris, Michael Tomasello gibi düşünürlerin yaklaşımlarına değinilecek; Patricia Churchland'in, Aristoteles ve Hume'un ahlakın nörobiyolojisini anlamlı bulacak ahlak filozofları olduklarına ilişkin argümanları da inceleyecektir. Patricia Churchland'in nörofelsefe adını verdiği nöroloji ve sinirbilim verileri temelindeki felsefi yaklaşımı izlenerek insan davranışının önemseme, iş birliği, bağlanma, geçinme gibi eğilimlerinin primatlarda ve memelilerde izi sürülerek bugün ahlak, etik ve hukuk alanlarında değerlendirilen normların bu eğilimlerle bağları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Oksitosin hormonu, vagus siniri, prefrontal korteks gibi biyolojik unsurların bu eğilimlerle ilişkisine değinilecektir. Frans de Waal'in primatlar üzerinde yıllar süren gözlemleriyle bulguladığı, genetik olarak homo sapiense en yakın primat türlerinden şempanzelerin hiyerarşik topluluk düzeni ve normatif olarak nitelenebilecek davranış düzenlilikleri incelenecek çalışmalara örnek verilebilir.

27

Anahtar Kelimeler: Nörofelsefe, Norm, Evrim, Ahlak, Doğalcılık.

İskoç Aydınlanmasında Toplumsal Sözleşme Kuramı Üzerine Görüşler ve Eleştiriler

Araş. Gör. Caner BİRDAL

Toplumsal sözleşme, bir toplumda yaşayan bireylerin toplumsal yaşamın devamı amacıyla bazı normlara uyma konusunda anlaşmaları, haklarının bir kısmını bir üst otoriteye devretmeye razı olmaları şeklinde bireyler arasında gerçekleştirilen bir sözleşmedir. Toplumsal sözleşme kuramı, devletin meşruiyetinin kaynağını açıklamaya, insanların çeşitli haklarından vazgeçerek bir üst otoriteye itaat etmelerinin ardında yatan saike ulaşmaya çalışır. Bu kuram esasen bir varsayımdan ibaret olup doğa durumu varsayımından hareket ederek başta bir devlete sahip olmayan insanların kendini koruma doğal hakkından feragat ederek kendilerini bir yaptırım gücüne bağlanmalarını anlatır. İskoç Aydınlanması ise 18. yüzyılda İskoçya’da gerçekleşen entelektüel ve bilimsel hayatı ifade eder. Bu incelemede İskoç Aydınlanma düşünürlerinin görüşlerinden hareketle toplumsal sözleşme kuramına yönelik görüşler ve eleştiriler irdelenecektir.

İskoç Aydınlanması düşünürleri, kendilerinden önceki toplumsal sözleşme kuramı düşünürlerini eleştirmiş; toplumsal sözleşme kuramı ile devletin doğuşunun ve meşruiyetinin anlaşılamayacağını ortaya koymuşlardır. Doğal hukuk düşüncesinden ayrılarak devletin doğusunu ve toplumu ampirik verilerle açıklamaya çalışan bu dönem düşünürleri için doğal olarak devletin doğuşu da tarihsel deneyim yoluyla elde edilebilecek bilimsel verilere dayanmalıdır. İncelememizde kendilerinden sonraki dönemleri de derinden etkilemiş bu dönemin üç önemli isminin görüşlerinden yararlanılacaktır. Bu isimler David Hume, Adam Smith ve Adam Ferguson’dır.

David Hume’a göre tüm yönetimler başlangıçta ya bir ayaklanma ya bir fetih ya da her ikisi üzerine kurulmuş olup bu toplumlarda insanların rızaları yahut gönüllü boyun eğmeleri gibi bir durum söz konusu olmamıştır. Tüm yönetimler güç ve şiddet vasıtasıyla doğduklarından bir anlaşma temeline dayanan toplumsal sözleşme düşüncesi anlamsızdır. Adam Smith de benzer şekilde sözde toplumsal sözleşme kurucularının sözleşmeyle hiçbir alakaları olmadığını, sözleşmenin varlığından haberdar olmadıklarını ileri sürer. Smith’e göre itaat yükümlülüğünü sağlayan şey toplumsal sözleşme varsayımı değil otorite ve yararlılık prensipleridir. Adam Ferguson’a göre ise toplumsal sözleşme bir kaynaktan doğan iddianın diğerinden geliyormuş gibi sürdürüldüğü teorik olarak yalnızca bir kurgudur. Ferguson, toplumsal sözleşmecilere şüpheyle yaklaşır; zira sözleşme varsayımı temelsizdir. Sözleşme bir soyutlama, bir

spekölasyonundur. Doğa durumuna dair ön kabuller yerinde değildir; zira doğal durum kuramcılarını tarihsel bir bakış açısından uzak hareket ederek insanoğlunun durumunu ve şartlarını göremezler.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal sözleşme, İskoç Aydınlanması, David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson.

Hukuk Normlarının Çatışması ve Derogation Kavramı

Ersen Kaan BULAM

Hukuk, bir normlar sistemi olarak tasavvur edildiğinde, bu sistemin birliği ve tutarlılığından da çoğu zaman bahsedilir. Bu bakımdan hukuk normlarının böyle bir sistem içinde kendi arasında çelişmelerinin, çatışmalarının ya da yarışmalarının mümkün olup olmayacağı da bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çatışmaların nasıl giderileceğine yönelik kabul gören; lex superior, lex posterior ve lex specialis şeklinde ifade edilen kuralların -Türkçe literatürde sıklıkla “yorum kuralları/ilkeleri” olarak anılmaktadır- hukuk sistemi için niteliğinin soruşturulması, hukuk teorisi açısından özel bir önem taşımaktadır. Bu Latince cümlelerin ortak noktası olarak vurgulanmasının gerekli olduğunu düşündüğümüz derogo, derogare fiilidir, zira bu cümlelerin hepsi “lex (...) derogat legi (...)” yapısındadır. Bu ilkelerin anlaşılması, derogo, derogare fiilinden derogatio olarak türetilen ve modern Avrupa dillerinde derogation olarak varlığını sürdüren kavramın tanımlanmasıyla mümkündür. Roma yasama terminolojisinde derogatio olarak rastlanan kavrama tarih boyunca yüklenen farklı anlamlardan bahsedilerek derogation kavramının tarihsel yolculuğunu göstermek kavramın anlaşılması açısından fayda sağlayacaktır. Modern hukuk teorisinde, özellikle de Adolf Merkel ve Hans Kelsen’in teorilerinde derogation’un yerini tartışmak, hukuk teorisinde geçerlilik (Geltung), etkililik (Wirksamkeit) uygulanabilirlik (Anwendbarkeit) tartışmalarına da kapı aralamaktadır. Bu çalışmada norm çatışmalarıyla ilişki kurularak derogation kavramının tanımlanması amaçlanmaktadır, böylece derogation kurallarının da hukuk teorisi açısından konumu berraklaşacaktır.

30

Anahtar Kelimeler: Norm Çatışması, Derogation, Kelsen, Geçerlilik, Etkililik, Uygulanabilirlik.

Çocuk Hakları Bağlamında Serbest Ebeveynlik (Free-Range Parenting) Yaklaşımı

Dr. Dilara AĞAOĞLU CANAY

Çocukluk, önce görmezden gelindiği ya da yok sayıldığı bir tarihsel dönemden geçmiş, Aydınlanma'yla birlikte fark edilmeye başlamıştır. Süreç içinde konu, yaş küçüklüğünün hukuken ehliyetsizlik ve korunmaya muhtaçlığa karşılık gelmesi, dolayısıyla çocuğun bir tür nesne olarak ele alınmasından çocuğun hak öznesi olmasına uzanan bir çocukluk rejimleri seyrinden geçmiştir.

Çocukluğa verilen çeşitli anlamlar, hukuk dünyasında çocuğun hukuki ve cezai sorumluluğu, çocuktan kimin sorumlu olduğu, çocuktan sorumlu olanın hukuki ve cezai sorumluluğu, çocuğa karşı kimin, neyden ne kadar sorumlu olduğu sorularının da cevabını belirler.

Serbest ebeveynlik, başta liberteryenlerin savunuculuğunu yaptığı, çocukların kamusal alanda yalnız başlarına bulunmasına izin veren, bunu çocukların özgürlüğü olarak değerlendiren ve bir çocuk yetiştirme biçimi olarak benimseyen ebeveynlerin pratiğidir. Çocuğun her davranışına müdahil olan, onun adına kararlar alan ve bütün hayatını planlayan helikopter ebeveynlik pratiğinin karşıtı olarak ortaya çıkmıştır. ABD, Kanada ve bazı Avrupa ülkelerinde bu ebeveynlik yaklaşımı mahkeme kararları ve hukuki düzenlemelere konu olmaya başlamıştır. Çocuk hakları paradigması içinde çocuğun bireyliği ve özneliği, ebeveyn hakları ve görevleri, kamu düzeni, sosyal devlet gibi pek çok değişkenin yeniden düşünülmesi gereken bir bağlam ortaya çıkmakta olup, bu çalışmada bu bağlamın betimlemesi yapılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Serbest Ebeveynlik, Çocuk Hakları, Aile, Ebeveyn Hakları, Çocuk Hukuku.

Thomas Hobbes Düşüncesinde İnsan Doğası ve Doğal Hak

Doç. Dr. Şule Şahin CEYLAN

Doğal hukuk veya doğal hak derken atıfta bulunduğumuz Latince kavramın *ius naturale* oluşu rastlantıdan fazlasıdır; kavram, tarihin bir safhasında hukukun yanı sıra hakları da karşılayacak surette, özel ve belirli bir manayı yüklenir. Bu sürecin ardında ise başka bir mesele yatar. Topluluğun üyesi, bütünün parçası olarak diğerleriyle beraber ve ancak böyle değer taşıyan insan, toplumsal kimliği bir yana, tek başına da bir anlam üstlenir; artık ona birey denir.

Bağımsız, tekil ve bütünlüklü varlık olarak her birey tekinin taşıdığı özellikler, diğerlerinde de mevcuttur. Hobbes'un yaklaşık eşitlik diyebileceğimiz bu denkliği destekleyen tanılarında biri, yaşamı sürdürme doğal gagesine sıkıca tutunan bireyin, öz çıkarlarına yöneldiğidir. Bu doğrultuda başkalarına zarar verdiği de olur ama asıl maksadı kendini korumaktır. Zira her birey hem tehlikeli hem faydalı; hem dost hem düşmandır. Bu bir karşılıklılık meselesidir.

Aynı kaynaktan türeyen, karşılıklı ilişkiyi ve bireylerin eşitliğini teyit eden bir başka husus ise hak sahipliğidir. Yaşamını korumak isteyen insan kendi gücünü dilediği gibi kullanma, muhakemesi ve aklı ile bu amaca yönelme ve amacına ulaşmak için uygun gördüğü her şeyi yapma özgürlüğünü kendinde tutar. Böylece hak, ödev, fayda, zarar tek bir merkezde, insan doğasından gelen yaşamı sürdürme ereğinde toplanır.

Anahtar Kelimeler: Doğal Hak, Doğal Hal, Yaşamı Sürdürme Ereği, Özgürlük, İnsan Doğası.

Robert Alexy'nin Argümanları Çerçevesinde Hukuki Belirlilik ve Adalet İlkelerinin Dengelenmesi

Araş. Gör. Şerife Sümeyra ÇADAK

Hukuk bir yönüyle olgulara diğer yönü ile ideale yönelmiş, ikili yapıya sahip bir kavramdır. Hukukun ikili yapısından yola çıkarak hukuktaki dağıtım ve denge sorunlarını ele almak hukuk ile ahlakı birlikte değerlendirmeyi gerektirir. Hukuki belirlilik ve adalet birer ilke olarak hukukun ikili yapısına anlam veren bir gerilim içindedir. Hukukun ikili yapısını şekillendiren bu gerilim çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Hukuki belirlilik ve adalet arasında denge kurulması konusunda öğretilerde farklı görüşler vardır. Hukuki belirlilik ilkesine sıkı sıkıya bağlılığı savunmak, temelde var olan ikili hukuk tanımını yok saymak ve bireyin ahlaki yönünü görmezden gelerek hukuki güvenliği araçtan amaca dönüştürmek anlamına gelir. Salt ahlak üzerinden hukukun şekillenmesi ise bireyin hukuk karşısındaki güvenliğine zarar verecektir. Hukuku ahlak ile ele almak hukukun amacının belirlenmesini gerekli kılan hukuki geçerlilik sorunlarında esas öneme sahiptir. Hukuki geçerlilik ilkesinin adalet ve hukuki belirlilik arasında nasıl bir denge kurularak belirlenebileceği çalışmanın temel sorusunu oluşturmaktadır. Çalışmadaki temel iddia, hukuki belirlilik ile ahlaki kabul edilebilirlik arasında optimum dengenin Radbruch formülünden yola çıkarak sağlanabileceğidir. Rasyonel olarak ahlaki kabul edilebilirliğin gerekçelendirilebilir oluşu bir diğer önemli tezdur.

Dolayısıyla çalışmada hukukun amacına uygun bir hukuki geçerlilik nasıl olmalıdır sorusu cevaplanacaktır. Alexy, Radbruch formülünü takip ederek ahlaki kusurların ancak ve ancak aşırı adaletsizlik eşiğini aşması halinde hukuki geçerliliği ortadan kaldırdığını iddia eder. Argümantasyon teorisine başvurup ahlakın rasyonel olarak gerekçelendirilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır. Bu bakımdan çalışmanın iddiasına uygun olarak Alexy'nin görüşlerinden yola çıkıp hukuki geçerliliğin öğretildeki farklı savunularını dikkate alan karşılaştırmalı tarihi yöntem izlenecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Belirlilik, Adaletsizlik, Argümantasyon, Geçerlilik, Dengeleme.

Günümüz Adalet Saraylarına Frankfurt Okulu ile Bakış

Araş. Gör. Elif Can ÇALICI

Kamu yapıları, temsil işlevleri gereği iktidarın ideolojisini yansıtan en önemli kentsel nesnelere aittir. Günümüz kamu yapılarının cephelerinde, işveren konumundaki kamu idarelerinin “Osmanlı-Selçuklu üslubu” olarak tanımlanan bir mimari tarza yönelik taleplerde bulunmalarıyla birlikte, çeşitli tarihsel dönemleri referans alan giydirme cepheler, devletçe bir kimlik oluşturma çabasının yansımaları olarak ortaya çıkmaktadır. Adalet sarayları ise bu çabanın sergilenmesi için önemli bir alandır. Fakat “hakiki Türk mimarisi”nin izlerini taşıyan devasa adalet sarayları inşa edilirken, Osmanlı veya Selçuklu motifli süslemeler ve görkemli girişlerin belirli bir düzen gözetmeksizin kullanılması, mimarlar tarafından sert bir biçimde eleştirilmektedir.

Çalışmamızda, adalet sarayları ile ideoloji arasındaki dolayımı, Eleştirel Teori çerçevesinde analiz ediyoruz. Bu doğrultuda ilk olarak, adliye binalarının adalet saraylarına dönüşürken geçmişe gönderme yapan mimari unsurlarıyla siyasi iktidarı meşrulaştırma işlevini ele alıyoruz. Ardından bu meşrulaştırma işleviyle ilgili olarak “geçmiş”, “tahakküm” ve “aldatma” kavramlarını, Frankfurt Okulu’nun ilk kuşak düşünürlerinden Walter Benjamin, Herbert Marcuse ve Leo Löwenthal’e başvurarak irdeliyoruz. Geçmişin hem özgürleşimci bir potansiyel taşıması hem de düzeni sürdürmeye yönelik bir ideoloji olarak işlevselleştirilmeye müsait olması bakımlarından Benjamin’e; tarihsel ve anıtsal öğelerin yüksek teknolojiye akıllı binalara giydirildiği bir bağlamda teknoloji ve tahakküm ilişkisini anlamlandırma konusunda Marcuse’ye; geçmişin ideolojik kavranışı ve tek boyutlu toplumda kültürün çelişkili varoluşunun yurttaşlar tarafından nasıl alımlandığı konusunda ise Löwenthal’e başvuruyoruz.

34

Anahtar Kelimeler: İdeoloji, Adalet Sarayları, Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Leo Löwenthal.

Neden Hukuk Teorisi?: Alman Hukuk Teorisinin Dünü ve Bugünü

Dr. iur. Güneş ÇAP, LL.M

Bir disiplin olarak hukuk teorisinin neyi konu edindiğine ilişkin bir sorgulama, öncelikli olarak hukuk teorisi düşüncesine dair tarihsel bir araştırmayı gerektirir. Hukuk teorisi ile ilgili bir tarihsellik araştırması, sadece hukuk teorisi faaliyetini değil, aynı zamanda hukuk teorisi disiplininin hukuk dogmatığı, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk metodolojisi gibi diğer hukuk disiplinleri ile olan ilişkilerini tarihselliği içinde kavrayabilmeyi de sağlar.

Alman hukuk felsefesi çevresinde hukuk teorisinin, Anglo-Amerikan hukuk teorisine kıyasla, görece daha geç bir zamanda, 19. yüzyılın sonlarında ortaya çıktığı görülür. Alman hukuk teorisinin tarihsel dönüşümü erken dönem, olgunlaşma dönemi ve birleşme dönemi olmak üzere üç aşamada gerçekleşir. Alman hukuk teorisi tarihini dönemlere ayırmak, bu dönemlerde hâkim olan hukuk teorisi düşüncesinin karakteristik özelliklerini ve günümüz Alman hukuk teorisi anlayışından farklılaşan yönlerini tespit edebilmeye yardımcı olacaktır. Bu bildiride, Alman hukuk teorisi disiplininin tarihçesine ve günümüzdeki anlamına değinilecektir.

35

Anahtar Kelimeler: Hukuk Teorisi, Hukuk Felsefesi, Hukukun Temel Alanları, Hukuk Bilimi, Hukuk Teorisi Rönesansı.

Bütün'ün Geri Dönüşü: Yapılar, Kurumlar, Sistemler

Doç. Dr. Gökçe ÇATALOLUK

Dünyanın sağlıkta simgelenen bir kriz karşısındaki tutumu, hepimize bütünsel olana dair 80'li yıllardan itibaren inşa edilmiş kurgusal korkunun nasıl yerle yeksan olduğunu gösterdi. Zira Covid-19 Pandemisi sırasında büyük anlatıların bittiği, kolektivitelerin baskıcı bulunduğu, yapı ve sistemlerin tekillikleri törpüledikleri için tehlikeli sayıldığı bir (gölge) anlatı, insan türünün birbiriyle ve ekolojik sistemle sonsuz ilişkiler içinde olduğu gerçeğini kuşatmaya yetmedi.

Bu tebliğde artık demode sayılan bazı rasyonel biçimleri yeniden tedavüle sokma zorunluluğu, özgül olarak kurumsalcı ve sistemci bakış açılarının birbirlerine benzer yönlerinden yola çıkarak ele alınacaktır. Hukuk, bu geniş bağlam içerisinde, bir ilişkisellik örneği ve iletişimsel bir bütün olarak yeniden tahlil edilecek; kriz öncesi bakıştaki yanlışlara hukukun sistemik/işlevsel ihtiyaçlarına değinerek işaret edilecektir. Bir örnek vermek gerekirse hukuk alanının gittikçe bireysel, kimliklendirilmiş ve ahlâki bir sorumluluk cephesi olarak tartışıldığı bu son dönemde, “suçu sisteme atarak bulanıklaştırmak” eleştirisi ne kadar haklıydıysa, tam karşı kutba savrularak yapısal, sistemik olanı görmezden gelerek tekilliklere ve bireylere lüzumsuz bir anlam yüklemenin de o kadar haksız olduğu savlanabilir.

36

Yapılar, kurumlar ve sistemleri bir arada ele alacak olsa da birbirinden ayırarak analiz edecek olan tebliğ,

1- Bütünü yeniden saptama ve anlamlandırmanın ilişkileri ve ilişkisellikleri görmekle mümkün olduğunu;

2- Bu çabanın bugünün enformasyon temelli epistemolojisi içinde asıl anlamını kavrayacağını ileri sürecektir.

Anahtar Kelimeler: Bütünsellik, Bağlantısallık, İlişkisellik, Hukuk Sistemi, Kriz.

Toplumun Şiddetten Korunması

Prof. Dr. Selma ÇETİNER

Şiddet, genelde doktrinde yöneldiği varlığa göre türlere ayrılmıştır. Eğer şiddet malvarlığımıza yönelmişse, ekonomik, manevi varlığımıza yönelmişse psikolojik, fiziksel varlığımıza yönelmişse, fiziksel şiddet olarak tanımlanır. Biz bu çalışmamızda fiziksel şiddeti ele alarak, toplumu bu şiddet türünden korumanın hukuki yollarını belirtmeye çalışacağız. Fiziksel şiddet; ister mala isterse insana karşı işlenen bir eylem olsun sonuçta suç teşkil eder. İşlenen her suç ise, toplumsal değerlerimizin çiğnenmesidir. Toplumsal değerlerimizi inciten bu fiiller yani suçlar hoş görülmezler ve hukuk karşısında bir yaptırımla karşı karşıya kalırlar. Ceza hukukunda yaptırımlar konusunda iki yöntem söz konusudur. Bunlar “Cezalandırma” ve “Rehabilitasyon” yöntemidir. Ülkemizde fiziksel şiddete daha çok cezalandırma yöntemi uygulanmaktadır. Başka deyişle bu kişiler daha çok toplumdan tecrit yöntemi olan hapis cezasıyla cezalandırılmaktadırlar. Suçlunun topluma yeniden kazandırılmasının söz konusu olduğu rehabilitasyon yöntemi ise, uzun emek isteyen ancak bir o kadar insani bir yöntemdir. Nitekim Kant’çı hukuk anlayışına göre hukukun amacı; insanın topluma uyarlanması, topluma zarar vermemesinin sağlanmasıdır. Uzmanlar şiddetin en temel nedenlerinin psikolojik ve biyolojik olduğunu belirtmektedirler. Dolayısıyla şiddet eylemini işleyen kişiler tedavi edilmedikçe, bir müddet toplumdan tecrit edilmekle toplum korunmuş olmamaktadır. Birçok ülkede toplum için tehlike teşkil eden bu kişilerin zorla tedavi, eğitim ve ıslahını öngören kanunlar söz konusudur. Bu çalışmada bu ülkelerdeki düzenlemelerle birlikte Türk Medeni Kanunu’nda yer alan “Koruma Amaçlı Özgürlüğün Kısıtlanması” hükümleri ve “Ruh Sağlığı Yasa Taslağı” ele alınarak, bireye karşı toplumun korunması savunulacaktır.

37

Anahtar Kelimeler: Fiziksel Şiddet, Toplumun Korunması, Rehabilitasyon Yöntemi, Koruma Amaçlı Özgürlüğün Kısıtlanması, Topluma Uyarlanma.

Demokrasi ve Grinin Elli Tonu

Araş. Gör. Miran ÇETİNER

Demokrasi kavramı, kendisiyle üretilen tamlamaların çokluğu dolayısıyla bir miktar muğlaklaşmış olsa da hemen herkes demokrasiyle yönetilmenin seçimlerin demokratik olmasından ibaret olmadığını söyleyebilir. Hatta bu eksik kavrayışı işaret etmek için geliştirilmiş -seçimsel demokrasi- tamlamalar da mevcuttur. Demokrasi bir yönetim şekli olarak dar ve eksik anlamıyla, halkın seçimle iktidara gelip-gitmesine işaret ederken, geniş ve ideal anlamıyla ise iktidara gelirken olduğu gibi iktidardayken de demokratik olabilmeye, demokrasiyle yönetebilmeye karşılık gelmektedir. Bu ideal anlamıyla demokrasiyle yönetilmekten ne anlaşılacağı çok tartışmalı olduğu, ayrıca uzun erimli bir odaklanmayı gerektireceği için bu tebliğde ikna edici bir tarif yer almayacaktır. Ancak bu hususta geliştirilmiş sayısız tamlamanın genelde iki eksen üzerinde incelenebileceği söylenebilir. Bunlardan birinci eksen, halkın iradesinin yansıtılmasını kuvvetlendirmeye odaklanan yaklaşımlar oluştururken, ikinci eksende, oluşan bu iradenin sınırlandırılmasına odaklanıldığı şeklinde bir ayırım yapılabilir.

Demokratik iradeyi oluşturur oluşurmaz sınırlandırmaya çalışmamızın bir sebebi vardır. Günümüzde demokratik yöntemin en önemli aracı olarak görülen seçim fenomeninin, ihtimalleri ve dolayısıyla temsilci çokluğunu azaltmaya iten, yaygın tabirle kutuplaştırıcı bir doğası vardır. Seçme işinin doğasının yanında bir de insan doğasının sınırlı rasyonelliği ve karar alma sürecinde harcanan eforu azaltma eğilimi içinde oluşunu yani kategorize ederek ve eleyerek düşünmek zorunda olduğunu kabul edersek, demokratik bir seçimle iktidar olmanın kolay, bu iktidarı demokratik şekilde sürdürmenin zor olduğu ortaya çıkacaktır. Zira, demokratik şekilde yönetmek, tıpkı düşünmekte olduğu gibi seçilmeyen diğer seçeneklerin de muteber olduğunu ve iktidar olma ihtimallerini akılda tutmayı gerektirir. Düşünceyi olgunlaştıran bu temkinlilik, diğer ihtimallerin de makul olduğunu unutmama zorluğu, siyasal yönetimi ilgilendiren demokrasi literatüründe çoğulculuk olarak karşımıza çıkar.

Alternatif görüşlerin varlıklarını sürdürebildiği çoğulcu bir barış ortamını sağlamayı içeren demokratik yönetim idealinin zorluğu, bu idealden vazgeçilip demokrasinin en dar anlamıyla seçimle yetinme eğilimini arttırmaktadır. Demokrasinin seçime indirgenmesi yüzeysel yaklaşımı dolayısıyla aşırı yük taşıması beklenen seçim, bir mücadeleye; taraflar ittifaklara, çoğunluk olmak bir zafere, bu zafer de sandığın muarızını kahretme kudretinde bir silaha dönüşmesine sebep olmaktadır. Aşırı silahlanmanın getirdiği denge ve ateşkes haline barış

denemeyeceği açıktır. Bu haldeki demokrasi, değer çokluğuna ve toplumsal barışa değil savaşı erteletmesiyle kazandırdığı sürede ancak safların sıklaştırılmasına hizmet edecektir.

Bu tebliğde demokrasinin, anayasal zorunluluklarla sağlanamayacak özel bir kültürel ortam içi olduğu ve bu ortamın tesis imkanının siyasal elit-kitle ilişkisinde değil, bir toplum oluşturacak çeşitlilikteki üyelerin, grinin farklı tonlarından yapacakları katkılara muhtaç bulunduğu fikri üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Grilik, Demokrasi Kültürü, Seimsel Demokrasi, Sandık Barışı, Müzakereci Demokrasi.

Hannah Arendt'in Amerikan ve Fransız Anayasal Sürecine Dair Kıyası: ABD Anayasası'nı Özel Kılan Neydi?

Araş. Gör. Mehmet Gürkan ÇINAR

H. Arendt Fransa ve Amerika'daki devrimci süreçleri ve bu süreçlerin ortaya çıkardığı siyasal deneyimleri "Devrim Üzerine" isimli kitabında incelemiştir. Arendt, Amerika'daki devrimci süreci özgürlüğü kuran bir anayasayla taçlanan, amacına ulaşmış başarılı bir devrim olarak nitelerken, Fransa'daki devrimci süreci özgürlüğü kurma sorununu dikkate almayarak özgürleşme sorununa takılı kalmış ve siyasal özgürlüğün olduğu bir cumhuriyeti kuramayan başarısız bir örnek olarak ele alır. Arendt iki coğrafyada yaşananların akıbetinin farklı oluşunda maddi ve tarihsel farkları göz önünde tutar. Fakat asıl vurgusu, Fransız devriminin aktörlerinin aksine Amerikan kurucu babalarının vakıf oldukları antikiteden, özellikle Roma'nın siyasal deneyiminden çıkan dersleredir. Arendt'e göre Amerika'daki anayasal süreçte Roma deneyiminden ilhamla iktidar ve otorite arasında ayırım yapılabilmişken Fransa'da halkın egemenliğini mutlaklaştırmak özgürlüğü kurmayı olanaksız kılmıştır. Bir bakıma zorunluluğun hükmündeki sosyal sorunun, özgürlüğün hükmündeki siyasal alanı işgal ettiği Fransa'da devrim siyasal özgürlük kurmayı Amerikan örneğinin aksine başaramadığı gibi bu bakış açısına sahip olamamıştır.

40

Esasen bir siyaset teorisi ortaya koyan Arendt'in görüşlerinin hukuk kuramı bakımından da bir dizi çıktısı söz konusudur. Siyaset ve şiddeti karşıt olgular olarak düşüncesinin merkezine yerleştirmesiyle ilişkili olarak hukukun kaynağı olarak iradeyi işaret eden yaklaşımlardan antik Yunan ve Roma'daki hukuk anlayışına başvurarak ayrıştır. Bu yaklaşıma paralel olarak egemenlik, kurucu iktidar, kuvvetler ayrılığı gibi anayasacılığın temel kavramlarını ele alırken de Amerikan örneğini tarihsel malzeme olarak kullanır. Bunu yaparken Arendt'in kuramsal çerçevesinin tarihsel malzemeyi seçmece ve yer yer isabetsiz olarak kullandığı söylenebilir. Fakat Arendt'in yaklaşımının siyasete ve hukuka bakış açımızı dönüştürme denemesi olduğu; kendi çağının trajedilerinden ayırık ele alınamayacak düşüncelerinin özgün ve önemli kısmının da bu girişimi olduğu ileri sürülebilir.

Anahtar Kelimeler: Hannah Arendt, Fransız Devrimi, Amerikan Devrimi, Anayasa, Kurucu İktidar, Egemenlik.

Finnis'in, Kavramsal Hukuki Pozitivizmin Betimselliğine Yönelik Metodolojik İtirazı

Arş. Gör. Yusuf Umur ÇİL

Hukuki pozitivizm hukuk kavramının analizi yoluyla kavramı olunan şeyin yani sosyal bir kurum olarak hukukun doğasını açığa çıkarmanın peşindedir. Farklı hukuki pozitivizmlerden söz etmek mümkün olsa da hukuki pozitivizm nesnesini tarif etmekle sınırlıdır. Bu tarif etme faaliyeti betimseldir. Hart pozitivizmi genel karmaşık bir fenomenin betimlenmesi olarak tarif etmektedir. Kavramın betimlenmesinin onun yaygın kullanımının araştırılması yoluyla mümkün olduğunu düşünmektedir. Bu sebeple pozitivizmi betimleyici sosyoloji olarak düşünmektedir. Hukuki pozitivizmin metodolojik yaklaşımı hukukun ahlaki açıdan tarafsız bir biçimde açıklanması yönündedir. Finnis'in doğal hukuk teorisi ise hukuki pozitivizmin betimsellik iddiasına getirdiği eleştiriyi yola çıkarmaktadır. Finnis'e göre bütün toplumlarca paylaşılan bir hukuk kavramı yoktur ve değerlendirme olmadan betimleme yapmak mümkün değildir. Seçme işlemi olmazsa elimizde sadece yığınla olgu kalacaktır. Bir fenomene ilişkin teori, fenomeni açıklamak için onun hangi yönlerinin önemli olduğunu değerlendirmekle işe başlar. Finnis'in sorusu hukukun önemli özelliklerinin nasıl belirleneceğidir. Çözümü merkezi örnek (central case) metodolojisidir. Bu metot hukukun merkezi ve periferik örneklerini ayırmaya dayanır. Hukukun olası veya gerçek kimi örnekleri açıklayıcılık bakımından ayrıcalıklıdır. Bir hukuk sistemi merkezi örneğin özelliklerini karşıladıkça hakiki manada hukuk olacaktır. Hukukun merkezi örneğinde geçerli normlar ahlaki yükümlülükler yaratacağından teorisyen ahlaki teorileştirmelere girmeden hukukun merkezi örneğini ortaya koyamayacaktır. Bu sebeple hukukun ne olması gerektiğini anlamadan hukukun ne olduğunu anlayamayız.

41

Anahtar Kelimeler: Pozitivizm, Hukukun Doğası, Merkezi Örnek, Metodoloji, Doğal Hukuk.

Francisco de Vitoria Düşüncesinde “ius” Kavramı

Araş. Gör. Ecem ÇOBAN BİLİCİ

16. yüzyıl ile 17. yüzyıl başlarında üretim yapmış, Salamanca Üniversitesi ile doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ilişkili olan İberyalı skolastik düşünürlerin oluşturduğu Salamanca Okulu (geç skolastik veya İspanyol skolastik dönemi olarak da bilinir), Yeni Dünya'nın keşfinden kaynaklanan değişimin ortasında yeni bir felsefi-teolojik akım başlatmış ve modern Batı düşüncesine katkı sağlamıştır. Okul'un kurucusu Francisco de Vitoria, klasik uluslararası hukukun kurucusu ve hatta bazı yazarlarca insan haklarının ilk kuramsallaştırmalarından birinin yaratıcısı olarak kabul edilmektedir. Ancak Vitoria'nın hak teorisi üzerinde uzlaşma bulunmamaktadır.

Modern hak kavramı ile karşılanamayacak olan; ancak Vitoria'nın hak teorisini bize açıklayacak olan ius kavramı üzerinde süregelen tartışmalar bulunmaktadır. Derslerinde dikte ettirdiği düşüncelerinden yola çıkarak, Vitoria'nın ius kavramını klasik Aristotelesçi-Aquinasçı anlayışla objektif anlamda kullandığını iddia edenler olduğu gibi bunun tam karşısında, klasik doğal hukuk anlayışından koparak kavramı bireysel bir zemine taşıdığını iddia edenler de bulunmaktadır. İlk iddia Vitoria düşüncesinin; doğal hukukun ve adaletin nesnesi olarak ius kavramına dayanan otantik bir Aristotelesçi-Aquinasçı teoriye dönüşü temsil ettiğini ima etmektedir. İkinci iddia ise ius'u, bireyin bir yetisi veya özgürlüğü; yani subjektif hak olarak kavrayarak Vitoria düşüncesinin, yaşadığı zamanın sınırlarını aşarak modern sayılabileceğini ima etmektedir. Yine de konu üzerindeki iddialar bunlarla sınırlı değildir.

Düşünürün politik öğretisinin genel hatları doktrinde kendine yer bulmaya başlamış olsa da hukuk felsefesine katkıları üzerine eğilen çalışmaların azlığı dikkat çekmektedir. Bu nedenle sunumda, Vitoria'nın üzerinde çok sesli tartışmaların bulunduğu ius kavramının açıklığa kavuşturulması ve kavramın içerdiği anlam üzerinden düşünürün alana özgün katkısının ortaya konulması hedeflenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Vitoria, Ius, Dominium, Objektif Hak, Subjektif Hak.

İdarenin Kanuniliği İlkesinden Hakkaniyet Temelli Denetime: Ombudsmanlık Kurumunun “Hukuk Devleti” Kavramına Etkisi

Araş. Gör. Rıdvan DEĞİRMENCİ

Hukuk devleti kavramı hukuk teorisinde yaşanan gelişmelerle birlikte dönüşüme uğramaktadır. İktidarın hukukla sınırlandırılması, asgari hukuk güvenliğinin sağlanması gibi temel ilkeleri barındıran kavram, insan hakları teorisi ile birlikte düşünülmelidir. Bağımsız ombudsmanlık kurumu yasama ve yargı erklerinin iktidarı denetlemek için kullandığı araçlardan farklı olarak idari iş ve işlemleri insan hakları cihetinden inceleyerek idarelere tavsiyelerde bulunmaktadır. Bu çalışmanın amacı ombudsmanlığın idari iş ve işlemlerle bireylerin temel hak ve hürriyetlerini korumak amacıyla yaptığı denetim faaliyetlerinin hukuk devleti kavramına etkisini incelemektir. Parlamento ve anayasacılık tarihi ile birlikte gelişen hukuk devleti kavramı insanlığın ortak tecrübesinden hareketle yeni ilkeleri kapsamına dahil ederek kendisini zamana uyarlamaktadır. On dokuzuncu yüzyılda parlamentarizm ile kendisini hemhal bulan kavram, yirminci yüzyılın trajik atmosferi ile anayasa yargısı, uluslararası insan hakları koruma belgeleri ve müesseseleri cihetinden kendisini kurumsallaştırmıştır. Tecessüm ettiği kurumlardaki farklılık kavramın özüne dair çerçeveyi genişletmiştir. Bununla birlikte hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesinde yasama ve yargı erkleri kadar yürütme erkinin sorumluluğunun önemi hatırdan çıkarılmamalıdır. Esasında kavramın yasama ve yargı erklerine yüklediği görev yürütme erki ile kullanılan iktidarın hukukla kavranmasıdır. Yine de temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, hukuka bağlı iş görmede yargı mercilerinin iktidara yol göstericiliği sınırlıdır. Zira evrensel bir hukuk ilkesi olarak mahkemeler idari eylem ve işlem niteliğinde karar veremezler, yerindelik denetimi yapamazlar. Normlar hiyerarşisi teorisinin bir gereği olarak bir norm iptal edilene veya geri alınana kadar hukuk alanında geçerliliğini ve etkililiğini korumaktadır. Hukuka aykırı bir normun yargı denetimi ile iptal edilene kadar geçerli olması hukuk devleti ideasının gerçekleştirilmesinde sorun yaratmaktadır. Yargı mercilerinin iş yükünün fazlalığı, usul prosedürlerinin yoğunluğu bireylerin hak kayıplarının telafisinde, idari mercilerin iş ve işlemlerinde hukuka bağlılıklarının korunmasında aksamalara sebebiyet vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi idarenin kuruluş, eylem ve işlemlerinin kanunlara uygun olması gerektiğini ifade eder. Diğer taraftan idare, kamu gücü ayrıcalığını kullanarak işlem ve eylemlerinde hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Bu anlamda somut olay nezdinde idarenin işlem ve eylemlerinin genel olarak hukuka uygun olması, özel olarak ise insan hakları ihlaline sebebiyet vermeyecek şekilde

hakkaniyete uygun biçimde icra edilmesi gerekliliği ortadadır. İdarelerin yargı kararlarının rehberliğinde işlem ve eylemlerini gerçekleştirmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olsa da idarelerin politikalarının insan hakları temelinde dönüşümü, hakkaniyet olarak adaleti arama yükümlülüğünü taşımaları beklenen ölçüde gerçekleşmemektedir. Ombudsmanlık kurumları idareye verdikleri tavsiye kararlarıyla onlara hukuka bağlı iş ve işlem görmede, insan hakları temelli politikaları izlemede yol göstermektedir. İdarenin faaliyet alanının her geçen gün genişlemesi, temel hak ve hürriyetlere müdahalesinin sürekli artması ombudsmanlık kurumunun bireylerin şikâyeti çerçevesinde idareye tavsiye kararı vermesinin önemini artırmış, Paris Prensipleri çerçevesinde, temel hak ve hürriyetlerin korunması için ombudsmanlık kurumlarının görev ve yetkisi ile taşınması gereken asgari nitelikler uluslararası kamuoyunca belirlenmiştir. Çalışmada öncelikle hukuk devleti ilkesinde meydana gelen anlam farklılığı incelenecek, ardından karşılaştırmalı hukukta ombudsmanlık kurumunun hakkaniyet temelli denetim ile idarelere tavsiye kararı vermesinin hukuk devleti ilkesinin idareler nezdinde gerçekleştirdiği dönüşüm tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Ombudsmanlık, İnsan Hakları, Paris Prensipleri, Hakkaniyet.

Ali Fuad Başgil'in İnsan Hakları Görüşü

Araş. Gör. Hüseyin DENGİZ

Bu çalışmada Ali Fuad Başgil'in *Cihan Sulhu ve İnsan Hakları* isimli kitabı incelenecektir. Gerek Başgil'in iki Dünya Savaşı iklimini de tecrübe etmiş bir hukuk bilgini olması gerekse çalışmaya konu kitabı İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ertesinde sıcağı sıcağına ele alması nedeniyle incelemeye değer olduğu kanaatindeyim.

Kitap farklı zamanlarda kaleme alınmış üç yazıdan oluşmaktadır. Birinci yazının başlığı "Dünya Barış Nizamının Hakiki Teminatı"dır ve Haziran 1945'te, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından ele alınmıştır. Başgil'e göre Rönesans'tan beri süregelen kuvvet temelli anlayış; yani, güvenliği sağlamak için ülkelerin güçlenmeye çalışması dünyaya barış getirmemiştir ve getirmeyecektir. Milletler Cemiyeti gibi denemeler de başarı sağlayamamıştır; çünkü sorunun kaynağı ülke sınırları dışında değil ülke içinde, hükümetlerdedir. Barışın ve huzurun en büyük düşmanı, insan haklarını ayaklar altına alan baskıcı hükümetlerdir.

Peki, insan hakları nedir? Başgil, "İnsan Hakları Fikri" başlıklı ikinci yazısında bu konuya eğilmektedir. Başgil'e göre her ne kadar insan hakları kavramı 17. ve 18. Yüzyıllarda ortaya çıkmış olsa da günümüz insan hakları, hükümetleri sınırlama amacı gütmesi ile yeni bir mahiyet taşımaktadır. Hükümetlerin medeni ve ahlaki değerleri, insan haklarına gösterdikleri saygı ile ölçülecektir.

"İnsan Hakları Müeyyidesi ve Korunma Çareleri" başlıklı üçüncü yazıda ise Başgil, insan haklarının bir idealden öteye geçmemesi tehlikesine karşı alınması gereken önlemlerden bahsetmektedir. Yazara göre insan haklarının korunması için en temel önlem, söz konusu haklara anayasada yer vermektir. Ancak insan haklarını çiğneyen bizzat devletin kendisi ise "zulme karşı direnme" ve "meşru müdafaa hakkı" gündeme gelecektir.

Anahtar Kelimeler: Ali Fuad Başgil, Devlet, Demokrasi, İkinci Dünya Savaşı, İnsan Hakları.

Anayasa Yargısı ve Hukuk Devleti: Ulusalüstü Örnek Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Dr. Öğr. Üyesi Nezahat DEMİRAY

Martin Shapiro 1989'daki makalesinde demokratikleşen ülkelerde yargının rolünün değiştiği, yani mahkemelerin siyasi aktörlere dönüşmekte olduğu gerçeğine dikkat çeker. Halbuki yargısallaşan sadece ulusal siyaset değildir, uluslararası siyaset de yargısallaşmaktadır. Bu durum özellikle II. Dünya Savaşı sonrası kurumsallaşan uluslararası örgütlerin çatısı altında kolayca gözlenmektedir. Önde gelen örnek Avrupa Konseyi (AK), liberal demokrasinin siyasi kulübüdür, kendisine hukuk devleti ilkesini rehber alır; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile koruma altına aldığı hak ve özgürlüklerin ihlalini ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi' nin (AİHM) bağlayıcı kararları denetler.

Çalışmamızda ilk bölümde, AK başta olmak üzere Avrupa alanındaki yargısallaşmış siyaseti; Tom Ginsburg' ün anayasa yargısının bir siyasi güvence olduğu görüşünü, ulusalüstü anayasa mahkemesi olarak görülen AİHM' ne uyarlayarak ve anayasaya uygunluk denetiminin tarihsel gelişiminden de yararlanarak açıklayacağız. Çünkü AİHM, Türkiye ve tüm üye devletler için ulusal hukuku dönüştürücü etki üretmektedir, bunun sebebi gibi sonucu da siyasidir. Ancak başta Waldron olmak üzere, anayasa yargısının özellikle yasama üzerindeki olumsuz etkisi olduğunu, yargının hakları yasamadan daha iyi koruyamayacağını savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu nedenle ikinci bölümde, ulusalüstü anayasa yargısını, bir siyasi güvence olduğunu akılda tutarak, hukuk devleti ilkesinin unsurları bağlamında tartışacağız. Burada Waldron' un hukuk devleti ve anayasa yargısı arasında bir karşıtlık görmediğini tespit eden Tamanaha' yı dikkate alacağız. Son olarak artık yargısallaşmış siyasetin hukuk yoluyla ürettiği bir demokrasi olarak, Avrupa hukuk devleti alanını, üyeleri ve Türkiye'deki kalıcı etkileri bakımından, bir sistem olarak ortaya koyacağız. Yani ulusalüstü anayasa yargısının, yerel yani ulusal anlamda hukuk devletinin bir unsuruna dönüştüğünü göstereceğiz.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Devleti, Ulusalüstü İnsan Hakları, Anayasaya Uygunluk Denetimi, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

Belirsizlik Kavramı ve Hukuktaki İzdüşümleri

Dr. Dilara Buket DİDİN

Yaklaşık iki senedir bütün dünyayı kasıp kavuran Covid-19 Pandemisi sürecinde, doğa bilimlerinin her sorunu çözebileceği inancı sarsıntıya uğramıştır. Bu inanç yerini belirsizliğin ıstırabına bırakmıştır. Bugünlerde doğa bilimlerindeki belirsizlik, herkesin gündemindedir. Bu belirsizliğe hukuk vasıtasıyla alınan önlemlerle çözüm bulunmaya çalışılırken, hukukun kendisi de çözüm bulmaya çalıştığı belirsizlik çukuruna düşmüştür. Şu anda ayyuka çıkan bu durum, aslında XIX. yüzyılda, Öklid geometrisinin sonuçlarının mutlak olduğu varsayımının çöküşüyle ilk emarelerini vermiş ve bugüne kadar daha da fazla alanda görünür olmuştur. Bu alanlardan belki de en çarpıcısı fiziktir. XX. yüzyılda, Newton'dan beri kabul gören mekanik fiziği sorgulatan kuantum fiziği ortaya çıkmıştır. Kuantum fiziğiyle deterministik bir bakış açısı yerini sonuçların olasılıklarına bırakmıştır. Böylece belirlilik, doğa bilimlerinde dahi silikleşmiştir.

Doğa bilimlerinde görünürlük kazanan belirsizlik, başta felsefe gibi birçok disiplinin yanında hukukta da karşımıza çıkmaktadır. Hukukta belirliliği sağlamayı hedefleyen hukuki pozitivist düşünceye ilk itiraz, kuantum fiziğindeki gelişmelerle eş zamanlı olarak Amerikan Hukuki Realizm Akımı'ndan gelmiştir. Hukuki belirsizlik konusunun güncelliğini korumasını ve konunun yeniden ele alınmasını sağlayan ise Eleştirel Hukuk Çalışmaları olmuştur.

Biz bu bildiride “belirsizlik”in doğa bilimlerinde ortaya çıkışını ve bunun felsefi sonuçlarını inceledikten sonra, “hukuki belirsizlik” kavramını Amerikan Hukuki Realizm Akımı ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları kapsamında ele almayı hedeflemekteyiz.

Anahtar Kelimeler: Doğa Bilimleri, Belirsizlik, Hukuki Belirsizlik, Amerikan Hukuki Realizm Akımı, Eleştirel Hukuk Çalışmaları.

Koruma Amacıyla Kişinin Özgürlüğünün Kısıtlanması

Dr. Öğr. Üyesi Mazlum DOĞAN

Modern devlet teorilerinde kişinin korunması ve toplumun korunması arasındaki ilişki önemli bir yer işgal etmektedir. Bu teoriler, genelde insan haklarının, özelde ise kişilik haklarının korunması ile kamu düzeninin korunması düşüncesi arasındaki gerilimden doğmaktadırlar. İlgili teorilerin sıklet noktasını beden ve kimlik kavramları üzerinden kişi hak ve özgürlükleri ile devletin şiddet tekeli oluşturur. Bu bağlamda, bireyin ve toplumun korunması amacıyla bu şiddet tekelinin siyasi, felsefi ve hukuki sınırları önemli tartışma konuları arasında yer almaktadırlar.

Türk Medeni Kanunu'nun 432. ve 437. maddeleri arasında düzenlenen “*Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması*” ve ilgili mevzuat yasa koyucunun yukarıdaki hususlara bakışının cisimleştiği hükümler içermektedir. Ancak, özgürlük ve sınırlandırma arasındaki gerilimde hem bireyi kendinden hem de toplumu bireyden koruyan bir bakış açısıyla ihdas edilmiş olan bu düzenlemelerin söz konusu amacı gerçekleştirmek bakımından yeterliliği ve kapsamı hakkında soru işaretleri bulunmaktadır. Özellikle şiddetin önlenmesi adına sadece bireyden hareket eden ve bireyden hareket ederken de şiddeti doğuran mekanizmalar üzerine bütüncül bir yaklaşım getiremeyen yaklaşım biçimleri çözüm üretmekten uzak kalabilmektedirler.

Dolayısıyla bu çalışmada öncelikle kişilik haklarının korunması ve kamu düzeninin sağlanması adına devlet, birey ve toplum arasındaki ilişkilerin sınırları hakkında literatürde yapılan tartışmalara özellikle iktidar, özne ve biyopolitika ekseninde yer verilecektir. Sonrasında ise Türk Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin ve bu düzenlemelerde yer alan tedbirlerin yetkinliği bu tartışmalardan çıkarılan sonuçlar ekseninde değerlendirilerek hatalı veya eksik görülen hususlar bakımından çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bireyin Korunması, Toplumun Korunması, Şiddetin Önlenmesi, Özgürlüğün Kısıtlanması, Kişilik Hakları.

İoanna Kuçuradi'nin İnsan Hakları Anlayışı Işığında Anayasa Hukukunda “Çalışma Hakkı” Kavramı

Araş. Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU

Bugün insan haklarına ilişkin birçok uluslararası belge ile sözleşmede ve çağdaş anayasalarda doğrudan çalışma alanıyla ilgili çeşitli hukuk kurallarına yer verilmiştir. Bu kapsamda, temel hak ve özgürlükler düzeyinde çalışma ilişkilerini ilgilendiren hukuk kaynaklarında çalışma hakkına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin 1982 Anayasasının 48. maddesinde çalışma özgürlüğünden söz edilirken, 49. maddesinde çalışma hakkına yer verilmiş, 50. madde ve devamındaki hükümlerinde ise yine çalışmaya ilişkin çok çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Bunun gibi, uzunca bir süredir söz konusu hukuk kaynaklarında doğrudan “çalışma hakkı” ifadesine ve çalışma hakkının tanınmasına ilişkin açık düzenlemelere yer verilmesine karşın çeşitli nedenlerle, kavramsal boyutu itibariyle çalışma hakkının ne olduğunun açıklığa kavuşturulması, halen bu konudaki literatürün başlıca sorunları arasındadır.

Çalışma hakkının kavramsal içeriğinin belirlenebilmesi için aşılması gereken iki temel eşiğe işaret edilebilir. Birincisi, çalışma hakkı, aynı bağlamda hem hukuk kaynaklarında hem de akademik çalışmalarda karşılaşılan bir diğer temel kavram olan çalışma özgürlüğünden ayırt edilmelidir. İkincisi, çalışma hakkı ile sözü edilen hukuk kaynaklarında yer verilen çalışma alanıyla ilgili çok çeşitli kurum, kavram ve kurallar arasındaki ilişki saptanmalıdır. Bunların yapılabilmesi ise çalışma hakkı, çalışma özgürlüğü ve insan haklarına ilişkin hukuk kaynaklarında yer alan çalışmaya ilişkin diğer kurum, kavram ve kuralların birlikte değerlendirilebileceği bir ortak düzlem aramayı gerekli kılmaktadır. Çalışma alanına ilişkin hukuki düzenlemeler farklı yer, zaman ve bağlamlarda beliren çeşitli siyasal yaklaşımların çatışma, mücadele ve uzlaşmalarından doğmuştur ve bu düzenlemelerin bütününe birlikte bakıldığında, belirli ve ortak bir zemine sahip olmaktan uzak, düzensiz ve dağınık bir alan gözlemlenmektedir. Bu nedenlerle, pozitif hukuk kaynaklarından bu tür ortak bir düzlemin çıkarılması mümkün görünmemektedir. Bu halde, ifade edilen türden bir ortak düzlem, pozitif hukukun dışında, ancak temel hak ve özgürlükler, anayasa ve insan hakları hukukunun doğrudan ve yakından ilişkili olduğu, daha genel ve geniş kapsamlı anlamıyla insan hakları alanında aranabilir.

İoanna Kuçuradi, insan hakları alanında temel ve yaşamsal gördüğü kavramsal belirsizlikleri gidermek ve böylece insan haklarının açıkça kavranıp etkili biçimde korunmasına katkıda bulunabilmek amacıyla, belirli felsefi antropolojik kabullerle temellendirilmiş bir insan hakları yaklaşımı ortaya koymuştur. Kuçuradi'nin ortaya koyduğu insan hakları anlayışı, aynı zamanda temel hak ve özgürlükler alanında söz konusu olan çeşitli kavramsal karışıklıkları gidermeye yardım edebilecek sınıflandırmalar da içermektedir. Bu kapsamda, Kuçuradi'nin ortaya koyduğu insan hakları kavramı, temel haklar ve kişi hakları ile kişi haklarının çeşitli türleri arasında yaptığı ayrımlar ve doğrudan doğruya korunan haklar ve dolaylı olarak korunan haklar ayrımı, yukarıda ifade edilen çalışma alanına ilişkin kavramların ve bunlar içinde de özellikle kavramsal boyutu itibariyle çalışma hakkının içeriğinin belirli hale getirilmesi için işlevsel bir zemin sunabilir. Bu çerçevede bildiride, İoanna Kuçuradi tarafından ortaya konan insan hakları yaklaşımı ve sınıflandırmaların çalışma hakkı kavramının içeriğinin belirlenmesinde elverişli bir araç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılacaktır. Böylece 1982 Anayasasında da doğrudan yer alan çalışma hakkının kavramsal olarak neye karşılık geldiği, çalışma alanına ilişkin anayasal düzenleme ve kuralların birbiriyle ilişkisi belirli ve ortak bir düzlemde saptanmaya çalışılarak anayasa hukuku alanını doğrudan ilgilendiren bir katkı aranacaktır.

50

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Çalışma Hakkı, Çalışma Özgürlüğü, Sosyal Haklar, Temel Hak ve Özgürlükler.

Yapay Zekânın Etik Süje Rolünün İncelenmesi: Yapay Zekâ Etiğine İnsan Temelli Yaklaşımın Bir Eleştirisi

Av. Egemen Bahadır DUMLUDAĞ

Yapay zekâ alanındaki teknolojik ilerlemeler hukukun ortaya çıkmakta olan bu yeni alanda düzenlemeler getirmesi konusunda gereklilikler doğururken bu düzenlemeler yapılırken etik de bir kaynak olarak karışımıza çıkacaktır. Yapay zekâ etiğine insan temelli yaklaşım literatürde yapay zekâ etiği üzerine etik düşüncenin merkezinde insan refahı ve sorumluluğuna vurgu yapan ve henüz yapay zekanın etik olarak sorumlu olamayacağı düşüncesini temel alan bir yaklaşımdır. İşbu çalışma kapsamında: (1) Bu yaklaşıma karşı hem yapay zekanın ve insanın etik düşünce şeklindeki benzerlikler ve yaklaşım içerisindeki bazı tutarsızlıkları ortaya koyarak bir eleştiri getirmeye çalışılacak; (2) bu yaklaşımın öne çıkmasında Kristeva'nın "abjection" kavramının rolü tartışılacak; (3) yapay zekânın bir etik süje olarak değerlendirilmesinin hukuki sorumluluk düzenlemelerine muhtemel etkileri tartışılacak ve (4) yapay zekâ kullanan araçların ne zaman araç ne zaman etik süje yahut hukuki sorumlu olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bir ayırım ortaya konmaya çalışılacaktır. Literatürde yapay zekânın etik süje olarak yahut hukuki sorumluluk bakımından ele alındığı eserler mevcut olsa da yapay zekâ kullanan araçların her davranışlarının karar alma içermediği ve buna ilişkin ayırımın onların etik süje ve hukuki sorumlu olarak değerlendirilmesi için önemli olduğu göz önüne alınarak bu çalışmada ağırlıklı olarak (4) numaralı amaca ilişkin tartışmaların literatüre kazandırılması hedeflenmektedir.

51

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Etik, Etik Süje, Deflasyonist Teori, Hukuki Sorumluluk, Abjection.

Doğal Hukukçu Liberteryenizm

Dr. Öğr. Üyesi Muzaffer DÜLGER

Liberteryen felsefe, genel olarak liberal düşüncenin radikal bir versiyonu olarak bilinir. Onun bilindik radikal söylemi, liberal düşüncenin güvenlik sağlama ve yargılama işleviyle sınırlı bir biçimde tanımlayıp meşruiyet yüklediği devlet mekanizmasının yetki alanını, bu sınırların da ötesine geçecek biçimde daraltmaya çalışmasından öte gelir. İktisadi, siyasi, sosyal ve hukuki pek çok açılımı bünyesinde barındıran liberteryen felsefe, tarih boyunca doğal hukuk düşüncesinden de ciddi manada beslenmiştir. Doğal hukukçu liberteryenizmi çağdaş liberteryenlerden Murray N. Rothbard'tan, liberteryenizmin öncü düşünürleri arasında addedilen bir 19.yy. düşünürü Lysander Spooner'ın eserlerine kadar görüp okuyabilmek mümkündür. Doğal hukukçu liberteryen felsefenin Lockeçu doğal haklar anlayışını ve doğal hukukun rasyonalist yorumlarını önemli ölçüde sahiplendiği görülmektedir. Fakat liberteryenler bu çizgiyi takip ederken, bu takibin neticelerini radikal seviyede ahlakî-bireyci bir içeriğe büründürmüşlerdir. Bu içerikte, devlet organizasyonuna dair ciddi manada sınırlandırmacı ve hatta devleti gereksizleştirici bireyci-anarşist düşünsel ögeler de göze çarpmaktadır. Ayrıca modern devlet ve hukuk düşüncesinin 'kamu'nun yararını, güvenliğini ve esenliğini gözetme perspektifi üzerinden inşa ettiği bireysel hak ve özgürlükleri sınırlandırma yollarının da liberteryenlerce eleştirilip ortadan kaldırılmaya çalışıldığı göze çarpmaktadır. Bu eleştiriler, olabildiğince genişletilmeye çalışılan bireysel özgürlük ve özel mülkiyet hakkı savunularının yanı sıra kamu otoritesinin yetki alanını kısıtlar biçimde belli alanlarda dekriminalizasyon önerileri eşliğinde somutluk kazanmıştır. Çalışmada, bu eleştirel liberteryen söylemler ardında, doğal hukuk düşüncesinin ne derece etkili olduğu hususu tartışılacak ve doğal hukukçu liberteryenizmin bu düşünsel çıktılarının bir kritiği yapılmaya çalışılacaktır.

52

Anahtar Kavramlar: Liberteryenizm, Doğal Hukuk, Anarko-Bireycilik, Kapitalizm, Lysander Spooner, Murray N. Rothbard.

Devletin Kökenine Dair Teorilerde Artı Ürünün Yeri

Dr. Sedat ERÇİN

Günümüzde neredeyse hayatın her alanına müdahale edip düzenleyen ancak insanlık tarihi içindeki yeri görece çok kısa olan devletin ortaya çıkışına dair çeşitli yazarlarca farklı teoriler ortaya atılmıştır. Örneğin bu teorilerden biri, merkezine göçebe-yerleşik halklar çatışmasını alırken diğer bir teori sulamaya ilişkin tekniklerin geliştirilmesini devletin ortaya çıkışının kökenine koyar.

Devletin kökenine dair teorilerin birbirinden çok farklı nedenlere dayanmasına rağmen hepsinin ortak yönlerinden biri, devletli toplumun esas niteliklerinden biri olan yönetici-yönetilen ayrımını destekleyebilecek bir artı ürün üretiminin elde edilmesidir. Zira üretim faaliyetlerine kısmi katılan veya hiç katılmayan yönetici tabakanın geçimi ve devlet aygıtının idame ettirilebilmesi bu artı ürüne bağlıdır. Yönetilen tabakanın yönetici tabakaya yönelik en önemli yükümlülüklerinden biri olan vergi yükümlülüğü de temelde elde edilen bu artı ürün ile yerine getirilir.

Toplumun bu iki tabakası arasındaki hakimiyet-tâbiyet ilişkisinin hukuk kurallarının ve yargısal mekanizmaların oluşumu üzerindeki etkisinin yanı sıra hukukun bu ilişkinin kapsamını ve sınırlarını belirlemede oynadığı rol de bu bağlamda dikkate değerdir.

Bu nedenle devletin ortaya çıkışına dair teorilerde artı ürünün oynadığı rolün ortaya konulması, artı ürün üretiminin devletten önce mümkün olup olmadığı, devlet yapılanmasına yol açmadan da artı ürünün üretilip üretilmeyeceği, hukuk ile artı ürün ilişkisi gibi sorular tebliğin temel konularını oluşturur.

Devletin kökenine dair belli başlı teorilerden kısaca söz edildikten sonra artı ürünün bu teoriler içindeki yeri, devletin ortaya çıkışı ile artı ürün ilişkisinin niteliği ve artı ürünün zorunlu olarak devlet oluşumuna yol açıp açmayacağına ilişkin değerlendirme tebliğin çerçevesini oluşturur.

Anahtar Kelimeler: Devlet Teorisi, Devletin Kökeni, Artı Ürün, Erken Devlet, Tabakalanma.

Kadının Biyolojik Hallerinin Akıl Hastalıkları ile İlişkilendirilmesi

Dr. Gözde ERKİN

Kadının biyolojik hallerinin hukuk açısından değerlendirilmesi meselesi büyük önem arz eden hukuki sorunları oluşturmaktadır. Özellikle akıl hastalıkları ile mücadelede alınması gereken tedbirlerde ve mücadele edilirken salt kadın olmaktan kaynaklı bu hallerin kadınların suç işlemlerinde ne şekilde etkili olacağı ceza sorumluluğu açısından tartışma konusu olmaya yeni yeni başlamıştır. Tıp literatüründe PMS olarak adlandırılan fakat halk arasında adet öncesi sendrom olarak bilinen haller, adet görmeyle birlikte fiziksel değişikliklerle birlikte ruhsal bozuklukları da meydana getirmektedir. PMS tanısı konulmuş olan kişi için TCK'nın hangi maddesinin uygulanacağı çalışmamızda incelenecektir. Akıl hastalığı şeklinde mi yoksa geçici neden şeklinde mi ele alınacağını tartışılacaktır. Ayrıca gebelik ve lohusalık dönemi ile birlikte başlayan ve ilerleyen süreçlerde daha da artan ruhsal ve davranışsal bozukluklar, psikotik semptomların da akıl hastalıkları ile bağlantısı, benzerliği yahut diğer ilgisi incelenmeye çalışılacaktır. Ayrıca gebelik ve lohusalıkta da ceza sorumluluğuna değinilecektir. Çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk kararlarına da yer verilecek olup, kültürden kültüre farklılık gösteren kadına bakış açısı ile sosyolojik olarak kadın halleri ele alınmaya çalışılacak olup, hukuk sosyolojisi ile temellendirme yapılacaktır.

54

Çalışmamızda, salt kadınları ilgilendiren yukarıda bahsedilmiş olan sendrom ve gebelik-lohusalık gibi hallerinin akıl hastalıklarındaki ve kültürden kültüre değişen etkilerini hukuk sosyolojisi ile ele alarak, akıl hastalıklarındaki ceza sorumluluğuna ne şekilde etki ettiğini ortaya koyabilmek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Akıl Hastalığı, Gebelik, Lohusalık, Premenstrüel Sendrom, Ceza Sorumluluğu.

Yaşayan Yasa

Araş. Gör. Abdullah ERYİĞİT

Prensler mutlak iktidar sahibi ilan edilmeden hemen önce Salisburyli John prenslere şöyle buyurmuştu: “Yasanın okunmadığı gün, onun yaşamının bir günü değil, ama onun ölüm günüdür.” Prens yaşamının her günü onu okumalıdır. Bu çalışma ise Salisburyli'nin sözleriyle sezdiğimiz bir meseleye, okunmadığı gün ölen yasanın, yaşamına odaklanır. Her ne kadar yaşayan yasa kavramı özellikle hukuk sosyologlarına aşina gelse de kavramın soyağacı ziyadesiyle köklü ve bu alandaki kullanımdan ilk bakışta farklı görünür. Kadim Yunan'da nomos empsychos, Roma'da lex animata olarak karşılık bulan yaşayan yasa ifadesi genellikle egemeni tamamlayıcı ve tanımlayıcı sıfatlardan ve niteliklerden biri şeklinde karşımıza çıkar. Basitçe bir kişinin bedeninde yasanın tecessüm etmesini, kişinin yaşamıyla yasanın yaşamının aynılığını ifade eder. Dinin, siyasetin ve ahlakın ayrılmadığı, birbirleriyle yan yana yürüdüğü günlerde kavram, dinsel sınırlar dahilinde de tanınır. Musa'yı ve İsa'yı bu sıfatı haiz kişiler olarak görmek şaşırtıcı değildir. Dolayısıyla bu çalışma yaşayan yasanın soykütüksel bir incelemesini yapmaya gayret eder. Bunu yaparken kendine bir başka iddiayı da ödünç alır. Yaşayan yasa düşüncesinin varlık koşulu egemenin varlığından koparılamaz. O halde eğer Schmitt, egemenliğe dair teolojik formüllerin modern dönemde büyük bir illüzyon gösterisiyle basitçe sekülerleştiğini söylerken haklıysa benzer bir okuma yaşayan yasa için de meşrudur. Nitekim yaşayan yasanın modern dönem ve E. Ehrlich ile bağlantısı da daha önce bahsedilen ilk bakıştaki farklılığın arkasına bakmakla kendini aşikâr kılacaktır.

55

Anahtar Kelimeler: Egemen, Lex Animata, Nomos Empsychos, Soykütük, Yaşayan Yasa.

İnsandaki Adalet Duygusunun Evrimsel Kökeni

Dr. Mehmet Eren GEDİKLİ

İnsan sosyo-biyolojik bir varlıktır ve sosyo-biyolojisinin bir gereği olarak birçok farklı davranış ve duygu biçimleri edinmiştir. Ancak toplumsal yaşamın sürdürülebilirliği söz konusu olduğunda belli başlı temel davranış biçimleri ve duygular diğerlerine nazaran daha belirleyici ve temeldir. Bu davranış ya da duyguların başında adalet(sizlik) duygusu gelir. Adalet ya da adaletsizlik duygusu -ister duygu boyutunda kalarak eyleme dökülmemiş olsun isterse dökülmüş olsun- insanın toplumsal yaşamda en yoğun yaşadığı duygulardan biridir. İnsan, belki de hiçbir “derin” düşünsel “zahmete” katlanmadan içgüdülerinden (doğasında yer etmiş temel duygulardan) hareketle yaşadığı ya da tanık olduğu bir olaydaki adaleti; mutluluk, sevinç duyguları ile karşılarken aksi olduğunda ise üzüntü, hınç hatta intikam, kin duyguları ile bezenir. İnsanın doğasındaki bu fenomenin açıklanması için birçok farklı kuram ortaya atılmıştır. Ancak bilhassa C. Darwin’in (1809-1882) evrim kuramını sistemleştirmesi ve birçok farklı biyolojik olguyu açıklamak için kullanmasına kadar, adalet duygusunun doğa tarihi içinde açıklanabileceği ihtimali göz önünde tutulmamıştır. Adalet duygusuna yönelik klasik kuramların aksine adaletin evrim kuramı içindeki açıklaması metafiziksel nedenlere ya da insanın rasyonel bir varlık olmasına dayanmaz. Aksine, evrimsel adalet kuramında, adalet duygusu insanın sosyo-biyolojik tarihinde ortaya çıkmıştır ve içgüdülere dayanır – ki bu adalet duygusunun, gelişmiş bir akıl yetisine ihtiyaç olmaksızın ortaya çıktığı anlamına gelir. Biz de bu bildiride adalet duygusunun metafiziksel ve rasyonel temellere dayalı açıklamalarına alternatif oluşturabilecek evrimsel (sosyo-biyolojik) açıklamalarını betimlemeye ve olası eleştirilere karşı savunmaya çalışacağız.

56

Anahtar Kelimeler: Adalet, Evrim, İçgüdü, Akıl, Sosyo-Biyoloji.

Joseph Raz'ın Otorite Anlayışının Önündeki Epistemolojik Güçlükler

Dr. Öğr. Üyesi Yahya Berkol GÜLGEÇ*

Joseph Raz'ın otorite anlayışı ve otorite temelli dışlayıcı eylem sebepleri şu iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Öncelikle, otoritenin bağlılık tezinin gereği olarak muhataplarına ilişkin eylem sebeplerini dikkate alarak direktif çıkarması gerekir. Bu gereklilik bağımlılık tezi (*dependence thesis*) tarafından ifade edilir. İkinci olarak normal gerekçelendirme tezinin gereği yerine getirilmelidir. Yani, kendi değerlendirmelerine göre hareket etmektense otoritenin direktiflerini takip eden muhatapların sahip oldukları eylem sebeplerine daha iyi uyacak olması gerekir. Bu şart ise normal gerekçelendirme tezini (*normal justification thesis*) yansıtır. Bu iki şartın gerçekleşmesi durumunda üstünlük tezi doğrultusunda otoritenin direktifi muhatapın normal şartlarda dikkate alması gereken bazı eylem sebeplerin dışlayacak, otoritenin kararı muhatap açısından daha belirleyici olacaktır.

Dışlayıcı normatif gücü otoritatif direktiflerin toplumsal iş birliği ve koordinasyonu sağlamasına yardımcı olacaktır. Bununla birlikte, muhatapların bir direktifin o konuda kendilerinden daha uzman olan kişiler tarafından çıkarılıp çıkarılmadığını nasıl bilebileceği konusunda şüpheler bulunmaktadır. Muhataplar çoğu durumda *de facto* otoritenin *de jure* otorite olduğuna, bir başka deyişle fiilî otoritenin belli bir konuda kendisinden daha uzman ve yetkin olduğuna inanmak için yeterli delile sahip değildir. Her ne kadar bir kişi veya organın uzmanlık seviyesini belirlemek için onun kararlarının ardında yatan sebeplerin tekrar değerlendirilmesi gerekmeseyse de uzmanlık konusuna şekli bir yaklaşım Raz'ın teorisinin epistemolojik bir oligarşi kurmasına yol açabilir. Çalışmada “tekrar ağırlıklandırma” sebeplerinden mülhem bir yaklaşımın bu epistemolojik oligarşi sorununun aşılmasına yardımcı olup olamayacağı araştırılacaktır. Bu kapsamda, otoritenin meşruiyetine inanmak yönünde yeterli sebebi bulunmayan muhatapların otoritatif direktifleri sahip oldukları birincil eylem sebeplerinin ağırlığını belli oranda artıran veya azaltan ikincil sebepler olarak görmesi gerektiği iddia edilecektir.

57

Anahtar Kelimeler: Otorite, Dışlayıcı Sebep, Yeniden Ağırlıklandırma Sebepleri, Epistemolojik Oligarşi, Normal Gerekçelendirme Tezi.

Hukuk Kuralları ve Haydut Çetesi Kuralları Arasındaki Fark Müeyyidenin Niceliği mi? Kemal Gözler'in "Hukuka Giriş" Kitabındaki Argümanına Pozitivist Bir Eleştiri

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin GÜNAL

Hukuk fakültesine yeni başlayan öğrenciler için hukuki muhakemeyi ve kavramları pedagojiye uygun olarak öğrenmek büyük önem arz etmektedir. Kemal Gözler'in Haziran 2021 tarihinde 18. Basımını gerçekleştiren "*Hukuka Giriş*" adlı eseri bu işlevi büyük oranda hakkıyla yerine getiren ve kendim de dahil hukuk fakültesi hocaları tarafından tercih edilen bir eserdir. Fakat kitabın üçüncü bölümünde ele alındığı şekliyle Kemal Gözler'in hukuk kuralları ve haydut çetesi kuralları arasındaki ayrımı sadece kaba güçten hareketle tanımlaması öğrencilerin yanında çoğu hoca için de şok etkisi yapmaktadır. Gözler, bu ayrımın doğal hukukçuların yaptığı gibi "adalet" perspektifinden yapılabileceğini fakat Kelsenci anlamda değerlerin göreceliliğine atıf yaparak, böyle bir ayrımın geçerli olmadığını belirtip kendi argümanını güçlendirir.

Bu bildiride, kanun devleti-hukuk devleti gibi yapay doğal hukukçu ayrımlara başvurmadan yani Gözler'in doğal hukukçu meşruiyet itirazlarına katılarak fakat Gözler'in yaptığı hukuki pozitivist tanımlamadan farklı bir tanımın izi sürülecektir. Her ne kadar Gözler, "hukuk felsefesinin olan değil, olması gereken ile uğraştığını" belirtse de hukuk felsefesi alanında hukuki pozitivism geleneği içerisinde yer alan düşünürlerin bir kısmı, hukukun müeyyide ve kaba güçle ilişkisini etkin bir biçimde tartışmış ve büyük oranda bu sorunu oldukça güçlü argümanlarla çözüme kavuşturmuşlardır. Bunların başında, John Austin, Oliver Wendell Holmes ve Hans Kelsen'in hukuk ve müeyyide arasında zorunlu olarak kabul ettikleri ilişki biçimini ele alarak, hukuk kurallarına uyma yükümlülüğü ile uymaya mecbur kalmak arasındaki ayırmadan hareketle, hukukun normatifliğinin müeyyide/kaba güç gibi dışsal bir etkenden hareketle açıklanamayacağını belirten H. L. A. Hart bulunmaktadır. Hart'a göre müeyyidenin hukuku anlamak açısından belirli bir önemi olsa da hukukun merkezi kavramlarından biri değildir. Hart'ın "*The Concept of Law*" kitabında yaptığı eleştiri bu noktadan sonra hukuk bilimi alanında neredeyse ortodoks anlayış haline gelmiş ve ondan sonra gelen yine Hart gibi pozitivist düşünürlerce daha da ayrıntılı hale getirilmiştir. Örneğin Joseph Raz, hukukun otorite ve koordinasyon işlevine atıf yaparak, müeyyidenin hukukun olmazsa olmaz zorunlu unsurlarından biri olmadığını savunmuştur. Dolayısıyla Kemal Gözler'in

hukukun otonomisi içerisinde kalarak yapmış olduğu hukuk kuralları tarifi kitapta anlatıldığı gibi bu perspektiften yapılabilecek tek tarif değildir.

Anahtar Kelimeler: Müeyyide, Kemal Gözler, H. L. A. Hart, Hukuki Pozitivizm, Meşruiyet.

Thomas Hobbes'un Common Law Eleştirisi Üzerine Değerlendirmeler

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin GÜNAL

Thomas Hobbes'un doğal hukuk ve hukuki pozitivizm tartışmasında tarihsel ve kuramsal olarak müstesna bir yeri vardır. Hobbes'a göre hukuk egemenin buyruğudur ve bu tanımlama Hobbes'un erken pozitivistlerden biri olarak nitelenmesini sağlar. Hobbes, kendisiyle ilgili ortodoks anlayışa göre doğal hukuku sadece pozitif hukuku temellendirmek için kullanmış ve bir kere yetki egemende toplandıktan sonra artık doğal hukukçu anlamda üstün bir hukuki anlayışa veda etmiştir. Hobbes'un hukukun kaynaklarıyla ilgili görüşü bu anlamda kendi zamanındaki Tudor ve erken Stuart dönemi common law hukukçularından da oldukça farklıdır. Bu dönemin common law hukukçularına göre hukuk, hukuk bilginleri ve yargıçları tarafından yapay bir muhakemenin sonucu olarak görülür ve bu anlayış onlara göre doğal hukukun kendini ifadesinin bir sonucudur. Hobbes için ise yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk egemenin buyruğu olduğundan, hukukun ayrıca yargıçlar tarafından anlaşılan ve yorumlanan yapay bir yanının olduğu kabul edilmez, bu anlamda hukuk, hukukçulara özgü bir yapaylığa ve özerkliğe sahip değildir, herkesin doğal muhakemesiyle bilinebilir.

Bu bildiride Hobbes'un common law'la ilgili yukarıda bahsedilen eleştirileri ele alınacak ve bu tartışmanın hukuk felsefesi alanında günümüze kadar ulaşan yansımaları betimlenecektir. Ayrıca Hobbes'un hem dünyadaki hem ülkemizdeki Hobbes çalışanları tarafından ihmal edilen ve diyalog şeklinde yazılmış olan “*A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*” isimli çalışmasının bu bildiride hem içerik hem de konuyu çalışanlara tanıtım açısından özel bir yeri olacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Thomas Hobbes, Common Law, Leviathan, Edward Coke, Yasama, Buyruk.

Hukuk Bilimi: Hukuku Konu Alan Bilimsel Araştırma Disiplinlerinin Mahiyeti ve Mukayesesi

Doç. Dr. Sercan GÜRLER

Hukukun bilimselliği meselesi, XIX. yüzyılın ikinci yarısı ile XX. yüzyılın ilk yarısına nispetle bugün daha az tartışılrsa da hukuka dair sahip olduğumuz bilginin mahiyeti ve elde edilme yolları önemini hâlâ korumaktadır. Gün geçmiyor ki “Hukuk ve ...” başlıklı yeni bir araştırma sahası ortaya çıkmassın. Konu, amaç ve yöntem bakımından birbirinden çok farklı disiplinlerin uhdesinde yürütülen bu bilimsel araştırmalar, hukuk hakkında devasa boyutta bir bilgi birikimine yol açmış durumda. Hakikatin parçalı hâle geldiği ve bilginin muazzam ölçüde çeşitlendiği bir dünyada bu nicel genişleme son derece olağan ve kaçınılmaz. Fakat burada gözden kaçan bir husus var; o da söz konusu araştırma disiplinlerinin ortaya koyduğu bilgi birikiminin hukuka dair idrak seviyemizi ne kadar yükselttiği. Zira her bir araştırma disiplininin hukukla alâkalı ortaya koyduğu bilgiler diğerinkiyle çatışabilmekte, hatta onu nakzedebilmekte. Böylece hukuk hakkında bütüncül bir fikir elde etme imkânı giderek azalmakta. Gelinen bu noktada, hukuki düşüncenin önünde hâletmesi gereken hayati bir mesele durmakta: hukuka dair yeni bir bilgi ve bilim teorisi ve bu bilgi ve bilim teorisine uygun bir yöntem anlayışı inşa etmek.

Bu tür bir inşa faaliyeti için öncelikle daha genel bir bilgi ve bilim sorgulamasına girişilmeli, ardından hukuka dair mümkün en geniş kapsamlı bilgiyi verecek bilim türü/türleri tespit edilmeli ve bu bilim türü/türleri için en uygun yöntem/yöntemler bulunmalı. Ancak bundan sonra, hâlihazırda birbirinden kopuk şekilde çalışan muhtelif araştırma disiplinleri, her biri hukuku farklı bir perspektiften bize izah etmeyi amaçlayan, bu amacını gerçekleştirirken de birbiriyle çatışan değil de birbirini tamamlayan, birbiriyle tutarlı teorik girişimler olarak yeniden düzenlenebilir. Böylece hukuka dair daha sistematik ve bütünlüklü bir bakış elde edilebilecek, ortaya konan bilginin daha kuşatıcı ve dolayısıyla daha yetkin ve güvenilir olması sağlanacaktır.

Hukuku konu alan bilimsel araştırma disiplinlerini, ürettikleri bilgi türü ve bu bilgiye varmak için kullandıkları yöntem bakımından kabaca üç gruba ayırabiliriz. Belirli bir yer ve zamanda geçerli ve yürürlükteki pozitif hukuk kurallarını konu alan, bu kuralların kendi arasındaki ilişkileri mantık ilkeleri çerçevesinde inceleyen ve hukuku uygulayacak makam ve mercilere yol gösteren birinci grubu, “Hukuk Dogmatığı” veya “Dogmatik Hukuk Bilimi” (Scientia Iuris) olarak isimlendirebiliriz. Hukuk fakültelerinin müfredatının neredeyse tamamını oluşturan bu

disiplin, günümüzde sadece tek bir ülkenin pozitif hukukuyla sınırlı kalmamalı, mevcut bütün pozitif hukuklara hâkim temel ilke ve esaslar hakkında düşünmeyi de içerecek şekilde genel bir nitelik taşımalıdır. Bu hâliyle “Pozitif Hukukun Genel Teorisi” olarak da isimlendirilebilecek bu disiplin, siber uzay, yapay zekâ, iklim ve çevre sorunları gibi çağdaş insanın karşılaştığı yeni durumların zorunlu kıldığı karma hukuk dallarının hangi ilke ve esaslar çerçevesinde düzenleneceği ve nasıl kodifiye edileceği gibi meselelerle de uğraşmalıdır. Küreselleşen dünyayı göz önünde bulundurduğumuzda bu minvalde Mukayeseli Hukuk’un da gözden geçirilmesi ve yeni bir anlayışla ele alınması gerekmektedir. Sadece hukuk koyma değil hukuku uygulama, diğer bir ifadeyle yargılama faaliyetini de kendisine konu alan bu disiplin, örneğin “hukuki argümantasyon” gibi farklı akıl yürütme teknikleri ile alternatif mantık anlayışlarını içeren hukuk metodolojisi çalışmalarına daha fazla yer vermelidir. İkinci grubu ise her geçen gün daha da önemli ve etkili hâle gelen “Hukuk ve Sosyal Bilimler” başlığı altında toplanabilecek çalışmalar oluşturmaktadır. Hukukun, kültürel bir hadise olduğu gerçeğinden hareket eden bu araştırma türü, Hukuk Sosyolojisi, Hukuk Antropolojisi ve Hukuk Tarihi gibi klasik disiplinlerin yanı sıra İdeoloji ve Söylem Çalışmaları, Popüler Kültür Çalışmaları, Irk ve Cinsiyet Çalışmaları, Edebiyat Teorisi, Dil ve Kültür Çalışmaları gibi güncel araştırma sahalarıyla da yakın ilişki içerisinde olmalıdır. Bu iki grubun yanı sıra nihayet üçüncü bir grup olarak da karşımıza felsefi yaklaşımlar çıkmaktadır. Bir taraftan diğer bütün hukuki araştırma sahalarının kavram dağarcığı, yöntem anlayışları ve düşünme şekillerinden oluşan çalışma ilke ve esaslarını tutarlılık ve doğruluk gibi ölçütler ışığında sıkı bir akli denetime tâbi tutan, diğer taraftan hukukun doğasına dair felsefi bir soruşturma faaliyeti yürüten ve kısaca “Hukuk Felsefesi” olarak bilinen bu disiplin, ele aldığı meseleleri, başta insan onuru olmak üzere insanın değerine yönelik bir eleştiri süzgecinden de geçirmek durumundadır. Dolayısıyla “Hukuk Felsefesi”ni, diğer ikisinin yanında üçüncü bir grup olarak tasnif edebileceğimiz gibi son tahlilde diğerlerinin mahiyetini ve kıymetini takdir eden, bu yönüyle de diğerleri karşısında nispi bir üstünlüğe sahip, kılavuz niteliğinde bir disiplin olarak da düşünebiliriz.

Hukuka dair bu tür bir bilgi ve bilim teorisine ve bu teoriden hareketle geliştirilecek bir yöntem anlayışına dayalı bir bilimsel araştırma fikri, hukuk fakültelerinin lisansüstü müfredatında yer alan mevcut “Bilimsel Araştırma Teknikleri” başlıklı derslerin çok daha manâlı ve işlevsel hâle gelmesini, diğer sosyal bilimler bölümlerindeki benzer başlıktaki derslerden ne şekilde farklılaştığını görebilmeyi de mümkün kılabilir.

Anahtar Kelimeler: Hukukun Bilimselliği, Hukuki Araştırma Fikri, Hukuki Araştırma Sahaları, Hukukun Bilgisi, Hukuk Bilimi, Hukukun Bilgi ve Bilim Teorisi, Bilimsel Araştırma Teknikleri Dersi.

Toplumsal Değişim ve Hukuk İlişisine Özgün Bir Katkı: Karl Renner

Araş. Gör. Şeyma SAĞDIÇ GÜVEN

Toplum ve hukuk ilişkisine dair çalışmalarda, bu ilişkinin yönünün ve niteliğinin belirlenmesi ihtiyacı devam etmektedir. Söz konusu ihtiyaca yönelik çalışmalar, hukukun toplumsal işlevleri ve hukuk kurumlarının değişimini analiz etmekte ve kabaca ikiye ayrılmaktadır. Pozitivist yaklaşımlar, hukuku toplumsal değişimin önemli bir aracı görürken Marksist yaklaşımlar, bu tek yönlü ilişkiyi kapsamlı bir eleştiriye tabii tutar. Ancak Marksist yaklaşımlar da hukuk fetişizmine düşmemek adına eleştiriye açık alanlar bırakmaktadır. Her iki yaklaşıma da yakınlık gösteren ve bu açıdan özgün bir katkı sağlayan Karl Renner'a değinmek verimli bir tartışma fırsatı sunar. Avusturya Marksizmi'nin kurucuları arasında yer alan ve özellikle ulusal sorun üzerinden Lenin'den ayrışarak Sovyet Marksizmi'nin dışında kalan Renner'ın politik yaşamı, hukuksal değişim olgusuna yaklaşımını etkilemiştir. Dünyada imparatorlukların yerini ulus devletlerin almaya başladığı bu dönemde, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu çözülüp yerini Avusturya Cumhuriyeti almış ve hukuksal kuruluşunda Renner rol oynamıştır. Böylece “değişen ekonomik koşullar karşısında değişmeden devam eden bir hukuk” varsayımı bu politik iklimde ortaya çıkmıştır. Yeni pozitivist öğretinin etkisini içinde barındıran bu varsayım, Marksist hukukçular tarafından eleştirilmiştir. Bu çalışmada Renner'ın hukuk ve toplumsal değişime dair fikirleri, bu fikirlerin oluşumundaki politik tutum ve bu tutumun yol açtığı tartışmalar ele alınacaktır. Ancak çalışma hukuksal değişim meselesinin sınırları içindedir. Bu nedenle temel nokta, hukukun değişimi ve “hukuksal kalıntı” tartışmasında Renner'ın sunabileceği imkanların araştırılmasıdır. Renner'ın yeni pozitivist kurama yaklaşan görüşleri onu politik bakımdan “reformist” çizgiye çekmekte ama aynı zamanda hukuksal analizde “biçim” ve “değişen işleve” bakabilmeyi sağlamaktadır. Böylece bugüne kadar geri planda kalmış bu yaklaşımın, hukuk ve toplumsal değişim ilişkisini anlamada nasıl katkı sunduğu eleştirel perspektifle analiz edilmektedir.

64

Anahtar Kelimeler: Hukuksal Değişim, Hukuk ve Toplum, Karl Renner, Hukuksal Kalıntı, İşlev Değişimi.

Akademi ve Akademisyenlikte Yeni Eğilimler: Bir Krizden Söz Edilebilir mi?

Prof. Dr. H. Birsen HEKİMOĞLU

Son yıllarda akademi dünyasında bir “kriz durumu”ndan sıkça söz edilir oldu. Özellikle 1980’lerde başlayan ve giderek yükselen bu yakınma, sadece akademik kurumlarda akademisyenler arasında dile getirilen bir mesele olmaktan öte, üzerinde ciddi bir literatürün oluşmasına da neden olan çok sayıda kantitatif ve kalitatif çalışma yapılan bir araştırma alanına dönüştü. Birden fazla bileşeni olan akademi dünyasında yaşanan bu değişim sürecinin çok sayıda boyutu bulunmaktadır: elbette ilk akla gelenler eğitim-öğretim kurumları olarak üniversitelerin örgütsel, finansal, idari bakımlardan değişimi; bu kurumlarda hem eğitim faaliyetinde bulunan hem de bilimsel araştırma ve yayın yapan akademisyenlik ‘iş’i’nin (ya da ‘mesleği’nin) değişimi; eğitim-öğretim müfredatının değişimi; ders verme yöntemlerinin değişimi; öğrenci profilinin değişimi... Bu boyutların tamamını tek bir konuşmada ele almak elbette mümkün değil, bu nedenle konuşmamı iki husus ile sınırlandıracağım. Bunlardan ilki, diğer meslekler gibi dış dünyadaki değişimlerden etkilenen ve aynı zamanda onu etkileyen akademisyenlik ‘mesleği’nin nasıl bir değişim geçirdiğini tespit etmek.

65

Değineceğim ikinci husus ise, akademisyenlik mesleğinin icra edildiği kurumlar olarak üniversitelerin değişimi. Tabii meselenin öğrencisinden müfredatına, örgütlenme biçiminden ders verme yöntemine, finansından toplumsal misyonuna çok sayıda boyutu bulunmakta. Ancak burada özellikle üniversitelerin kendisine biçtiği ‘var olma sebebi’ndeki kayma ve bu kaymanın yarattığı örgütsel, idari ve finansal değişimine odaklanacağım. Ve nihayet hem akademisyenlik mesleğinde hem de üniversitelerdeki bu değişimin bir ‘kriz’ olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunu tartışmaya açacağım.

Anahtar Kelimeler: Akademi, Akademisyenlik, Üniversiteler, Kriz, Yükseköğretim.

Triyaj, Olağanüstü Hallerde Müdahale Önceliği, Kim Ölecek? Kim Kalacak?

Doç. Dr. jur. Dr. Altan HEPER

Temel eşitlik ilkesi herkesin eşit olduğunu öngörür. Olağanüstü bir halde, örneğin olası bir İstanbul deprem felaketinde, yüzlerce ağır yaralının hastanelerin acil servislerine taşındığını düşünelim. Acil servislerin personel, cihaz ve yer bakımından sınırlı kapasitesi yüzünden hangi ağır yaralıyı, acil servise alacağımız, hangisini almayı reddedeceğimiz sorunu uzun yıllardır tıp etikçilerini, hukukçuları, özellikle ceza hukuku ve tıp hukukçularını meşgul eden bir meseledir. Triyaj, tarihi itibarıyla askeri tıpta doğdu. Savaşta ağır yaralanan askerler, subaylar arasında müdahale önceliğiyle ilgili talimatlar çerçevesinde ortaya çıkan bir kavramdır (Triage). Bir triyaj problemin ortaya çıkması büyük sayıda yaralının , çok büyük kazalarda, örneğin bir nükleer santralin arızalanması, doğal felaketlerde, tehlikeli pandemilerde ve savaş halinde mümkündür. Bu durum her zaman etik ve hukuki dilemmalara, çatışmalara, zor kararlara yol açmıştır. Öncelikle ilgili bu tür kararların verilmesindeki zorluk, birinin yaşamını kurtarmak için karar verilmesi halinde, büyük bir ihtimalle diğerlerinin ölümünü göze almayı gerektirmektedir. Kime müdahale edileceği sorunu aslında etik ve hukuki açıdan yükümlülükler çatışması olarak da üzerinde çok eskiden beri tartışılan, uğraşılan bir konudur.

Batı Avrupa ilkeleri içinde tıp eğitiminde hâkim anlayış çok sayıda yaralı arasından yaşama şansı en fazla olan sayıca en fazla insanın en az zararla hayatta kalması için seçim yapılmasıdır. Burada münferit kişilerin menfaatleri arka planda kalmaktadır. Mağdurlar (yaralılar) bir kolektif oluşturmaktadır, triyajda bu kolektif için en iyi sonuç elde edilmeye çalışılmaktadır. En fazla insanın en fazla mutluluğu olarak ifade edebileceğimiz klasik faydacı anlayışın ilkeleriyle triyaj eğitim ilkeleri arasında bir benzerlik görülebilir.

Acaba triyaj konusunda öncelik açısından yasal düzenlemelerle kimin önceliğe sahip olacağı konusunda kriterler, örneğin yaş, kronik hastalık, engelli olma vb. kriterler getirilebilir mi? Anayasal eşitlik ilkesi yasa koyucunun triyaj konusunda düzenleme yapmasını engeller mi? İnsan yaşamına karşı insan yaşamı arasında bir tartma, değerlendirme olanaklı mıdır? Yoksa her insan onur sahibi yegâne bir varlıktır, aralarında bir tercih yapılamaz mı diyeceğiz?

Tebliğde yasal düzenleme lehinde ve aleyhinde görüşler tıp etiği, ceza hukuku felsefesi açısından triyaj sorunu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Triyaj, Anayasal Eşitlik İlkesi, Yükümlülükler Çatışması, Klasik Faydacı Anlayış, Ceza Hukuku Felsefesi.

Adalet İntikam Almak Değildir

Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ

Bu çalışma, adaletin ne olduğuna dair yapılmış olan açıklamaların bir ters okuma ile adaletin ne olmadığına odaklanarak yapılan yeni bir perspektif sunumudur.

Adaletin neliğine ilişkin, doğal hukuk, hukuksal pozitivizm ekseninde klasik tartışma biçimlerinin dışında herhangi bir sınır çizilmeksizin ele alınarak yasada yazan adalet daha doğrusu “olan-olması gereken olarak adalet”in irdelenmesi, farklı bir bakış açısıyla okumasıdır.

Klasik anlatılarda örneğin Antigone'nin adalet arayışı bu nedenle tam da farklı bir okuma için kullanışlı görülmektedir. Detaylarını makalede tartışıyorum. Diğer yandan yasaların “daha yüksek iyi” ile sürekli ilişkide bulunması, yasalara yansıyan temel hak ve özgürlüklerin mutlaklığı, insanlık onuru vb. gibi üst kavramların pozitifleşmesi ve bu derinliğin değeri “*lumen naturale*” olarak hukuku aydınlatır.

Adaletin değerini bir de hukukun gerçekleştirdiği şeylerin sadece adaletle sınırlı olmadığı ile de dengeleyebiliriz. Hukuka bu bağlamda özel olan eşitlik, barış ve özgürlük ile de çok yakından ilgilidir. Barış, eşitlik ve özgürlük toplumsal yaşam organizasyonu olarak hukuk tarafından ve hukuk aracılığıyla gerçekleştirilmiş olması adaleti çerçevelemektedir.

Bir düzen olarak hukuk, yaptırımlarla düzen dışı davranışları belli bir biçimde olmaya zorlar. Bu, düzenin tabiatında vardır, bozulmuş olan bir düzenin yeniden tarif edildiği biçimde tecellisinin sağlanabilmesi halinde ancak bir düzenle karşı karşıya olduğumuzu gösterir. Bu saptama bize hukuki yaptırımının amacı üzerinden giderek de adaletin anlam ve değerine ulaşma imkânı sunabilir. Burada yaptırımın en güçlü yönleriyle ortaya çıktığı ceza hukuku felsefesi alanına bakmak gerekecektir. Ceza hukukunda cezanın amacı suçun kefareti veya önleme ya da karma teorilerinin söylediği gibi anlaşılabilir. Aslında bu amacın konumlanacağı yer de adaletin anlamıyla bağlantılıdır.

Son olarak çalışmada bir organizasyon şeması olmak açısından hukukun bütünlükçü kavranışı örneğin Luhmann'cı sistem kuramında olduğu gibi tüm toplumsal sistemin taşıyıcısı olarak hukuku neliği bize adaleti bir intikam olmaktan çıkarıp hukukun otoritesini kabul noktasında gönüllülükle taçlandırılabilir.

Anahtar Kelimeler: Adalet, Hınc, Sistem Kuramı, Güven, Yaptırım.

İnsan Haklarının Sınıflandırılması Sorunu Çerçevesinde İnsan Haklarına Dayanan Devlet

Dr. Zeynep İspir

Temel hakların tespiti ve sınıflandırılması konusunda klasikleşen belli başlı birkaç yaklaşımdan söz edildiğini söylemek mümkündür. Hakların kuşaklara göre ayrılması ve statü haklar çerçevesinde yapılan ayrımlar bu yaklaşımların başlıcalarıdır. Güncel problemler karşısında “insan hakkı” olarak kabul gören hakların sayısında bir çoğalma olduğu ve burada sadece ikisine değinilen mevcut sınıflama biçimlerinin de buna göre yeniden şekillendirildiği görülmektedir. İnsan hakları hukuku literatüründe, birinci, ikinci ve üçüncü kuşak hakların yanı sıra dördüncü kuşak haklara yer verilmesi; insan hakkı olarak sayılan haklara yenilerinin eklenmesiyle birlikte ilgili haklara ilişkin hukuki koruma taleplerinin çeşitlenmesi bu durumun tipik örneklerini oluşturur.

Bu çalışma, neye “temel hak” ya da yaygın kullanımla “insan hakkı” denilebileceğini tespit etmekte nasıl bir ölçüye başvurulması gerektiği sorusunu merkezine almaktadır. Temel hakların belirlenmesi ve sınıflandırılması sorununun tartışmaya açılmasının nedeni, söz konusu hakların korunması ve geliştirilmesi için, kişilerin ve kişilerin oluşturduğu bir kurum olarak devlet kurumunun üstlendiği sorumluluğun tespiti bakımından bu tartışmanın gerekli görülmesidir. Güncel ihtiyaçlar çerçevesinde ve insan haklarındaki çeşitlenme olgusu karşısında, “yeni temel haklar” ihdas edip hak sayısını çoğaltmak yerine, öncelikle, ortaya çıkan ve hakkında hukuki koruma talebi doğan sorunun –varsa– mevcut temel haklarla ilişkisini kurup bu ilişkiyi güçlendirmenin daha yerinde olduğu savı da bu çalışma içerisinde tartışmaya açılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Temel Hak, İnsan Hakları, İnsan Haklarının Sınıflandırılması, İnsan Haklarına Dayanan Devlet.

Hukuk Felsefesi Ne İşe Yarar?

Dr. Öğr. Üyesi Vahdet İŞSEVENLER

Hukuk felsefesini ve işlevini tespit etmeye kalktığımızda birkaç güçlükle yüzleşiriz. İlki genel epistemoloji sorunudur. Bir nesnenin nasıl bilineceği o nesnenin niteliğine bağlıdır; Aristoteles'ten beri nesneyi bilmenin uygun yöntemin tespitinde nesnenin doğasını dikkate alma gereği belirtilir. Bu bağlamda hukukun bilgisine nasıl ulaşılabileceğine dair bir soruşturmadaki temel güçlük yöntemin farklı hukuk tanımlarına göre değişmesidir. Diğer bir ifadeyle hukukun bilgisine nasıl ulaşılabileceği hukukun mahiyetine dair kabullerce belirlenir. Hukukun nasıl bir nesne olduğu ortaya konulmalıdır ki, onun felsefi bilginin mi, sosyolojik bilginin mi yoksa dogmatik disiplinlerin mi konusu olabileceği söylenebilir, hukuka dair felsefi kavrayışın da hukuk fakültesindeki yeri tespit edilebilir. Örneğin bir yurttaş, hukukla tarafı olduğu uyuşmazlığa çözüm getiren hâkimin hükmünde karşılaşır. Hukuk, hâkimin hükmü ise hukuku bilmek mahkeme kararlarını bilmektir. Hukuk biliminin nesnesi mahkeme kararları ve hakimlerin kararlarına etki eden psikolojik, sosyolojik, politik etmenlerdir. Fakat bilinmeye çalışılan şey bir karar olacağından en fazla bir tahminden bahsedilebileceği dolayısıyla aslında hukuka yönelik bir bilimin olamayacağı iddia edilebilir. Buna karşılık hukuk hakimlerin kararında ortaya çıkıyorsa, hakimler hukukun ne olduğunu bilmiyorlarsa hükmü neye göre kururlar? Denilebilir ki, hakimler, başta kanunlar olmak üzere hukukun biçimsel kaynaklarıyla bağlıdır, hukuku bilmek bu kaynakları araştırmaktır. Hukuk kanunların bilgisidir. Fakat aynı itiraz burada da ileri sürülebilir. Belirli bir durumda nasıl davranılması gerektiğine yönelik kararı veren merci değişmiştir, bu sefer yasama mercer altına alınmıştır, nesne hala karar niteliği arz etmektedir, dolayısıyla bilimin konusu yapılamaz. Hukuk bilimi ya metin yorumuyla kendini sınırlayacaktır ya da hâkimin olduğu gibi bu sefer de yasamayı tahmin etmeye yönelen bir sosyal bilim görünümü arz edecektir. Yorumla sınırlanırsa burada bilgi niteliği şüpheli kalacak, bilimsel eserler yasamanın ufak bir tasarrufuyla, bir kanun değişikliği ile boşa çıkacaktır. Diyelim ki hukuk bilimi, kanunların içeriğinden çok buradaki kavramlarla, bu kavramların, oluşturulmuş kurumların birbiriyle ilişkisiyle ilgilenir, işlevi hukuku sistematik hale getirmektir. Bu minvalde hukuk biliminin konusu yargı kararlarından yasalara oradan da kavramlara doğru her aşamada bir değişiklik göstermekte ve buna bağlı olarak da hukuku bilmenin uygun yöntemi değişmektedir. Öte yandan bu aşamada hukukun ameli niteliğinden kaynaklı ikinci bir güçlük de karşımıza çıkmaktadır. Burada bir parantez açıp uygulamanın bu teorik faaliyetle çelişen işlerle amel ettiğinde teorinin, betimsel değil

buyurgan bir görünüm arz edeceğini belirtmek gerekir. Örneğin, yasamanın bu sistematığı baltalayıcı tasarrufları yahut hakimlerin biçimsel kaynaklarla olan bağlarını gevşetip hukuk yaratma eğilimi göstermeleri düşünülebilir. Teori bu aşamada uygulayıcıların yanlış yaptığı söyleyecek olursa olanı betimleme işlevinin ötesine geçip olması gerekenden bahseder bir konuma yerleşmiş olacaktır. Olandan değil olması gerekenden bahseden bir hukuk bilimi! Parantezi kapayıp yukarıdaki akıl yürütmeyi sürdüreceğiz olduğumuzda hâkime olduğu gibi yaşamaya da hukukun ne olduğuna karar verirken bir ölçütle bağlı olup olmadığını sorabiliriz. Bir ölçüt olduğu kabul edildiğinde hukuk biliminin konusu o ölçüt olacaktır. Reddedildiğinde ise yukarıdaki basamağa yani kendini kanunların anlamıyla sınırlayan bu nispette bilimselliği tartışmalı hukuk bilimi noktasına dönecektir.

Sorulara nihai cevabın verildiği, bir ülke genelinde o cevabın doğru kabul edilip ona göre hukukun uygulandığını görmek mümkün değildir. Hukuk uygulamasının böyle bir lüksü yoktur. Yine de belirli zamanlarda belirli cevapların meşruiyetinin artığına, uygulamaya yön verdiğine, bilgi temelli uygulamaya imkân sağladığına şahit oluruz. Başarılı yasalara, mahkeme kararlarına bunlardan önce başarılı bir hukuk eğitime ön açan hukuk teorilerinden bahsedebiliriz. Bu doğrultuda Türkiye'ye baktığımızda, düşünce tarihine geçmiş ekollerden herhangi birisinin baskınlığından ya da Türkçe üretilmiş bir hukuk teorisinin evrensel karşılık bulduğundan bahsedemsek de hukuk felsefesi ve sosyolojisi çevresinde anılan soruların çokça tartışıldığını gözlemleyebilmekteyiz. Hukuk dogmatikliğine nispetle az sayıda olan hukuk düşüncesi derslerinin sayısının ve onlara yönelik ilginin arttığını ifade edebiliriz. Tebliğ bu doğrultuda birikimimizi mezkûr sorular eşliğinde değerlendirerek, farklı kavrayışların farklılaşan işlevleriyle farklı ihtiyaçları karşıladığını göstermek nihayetinde çevreye bir ajanda önermek amacındadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Bilimi, Hukuk Felsefesi, Hukuk Eğitimi, Hukuk Fakültesi, Hukuki Muhakeme.

Tanzimat'tan Genç Cumhuriyete Modern Bir Tahayyül Olarak Çocuk Hakları

Dr. Öğr. Üyesi Akasya KANSU KARADAĞ

Modern bir kurgu olan çocukluk fikrinin, 19. yüzyılın özellikle ikinci yarısından sonra tartışılmaya başladığı görülmektedir. Buna rağmen, çocuk haklarının hem kuramsal olarak hem de uygulamada ancak 20. yüzyılda görünür olduğundan bahsedilebilir. Çocuk haklarının 20. yüzyıl gibi son derece geç bir tarihte yürürlüğe girmesi karşısında çocukları insan yavrusu değil de küçük adam olarak tanımlayan Osmanlı Devleti'nin çocuğu tanıması hayli zaman almıştır. Osmanlı Devleti'nin modernleşme hareketleri kapsamında ve özellikle II. Abdülhamid dönemiyle birlikte ve Tanzimat Fermanı sonrası çocuklara yönelik yenileşme hareketlerinin başladığı görülmektedir. Bu dönemde, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki örneklere benzer bir biçimde kimsesiz ve yetim çocuklara yatılı hizmetler veren Darül Hayr-i Ali, Darüleytam ve Darülaceze gibi kurumların ortaya çıktığı görülmektedir. Osmanlı'nın son dönemindeki modernleşme çalışmaları kapsamında eğitime önem verilmiştir. Ancak bu yenilikler İstanbul genelindeki ve sadece belli bir sınıfa mensup ailenin çocukları için yararlı olmuştur. Eğitim hakkına erişmedeki sıkıntılar Anadolu'da devam etmektedir. Bu nedenle de, Osmanlı tebaasına dâhil olan çocukların büyük çoğunluğunun eğitim hakkına eriştiğinden bahsedilemez.

72

Bu çalışma, Osmanlı Devleti'nin Tanzimat Dönemi ve sonrasında erken cumhuriyet döneminde çocuk hakları bakımından yapılan yenilikleri incelemeyi amaçlamaktadır. İkinci olarak söz konusu çalışma, çocuk hakları konusunda erken cumhuriyet döneminin örnek aldığı Kıta Avrupası hukuk sisteminde çocuğun hakları ve yükümlülüklerini de inceleyerek karşılaştırmalı bir analiz yapmayı öngörmektedir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Hakları, Eğitim Hakkına Erişim, Tanzimat Dönemi Hukuki Uygulamalar, Osmanlı Devleti'nde Çocuk Hakları, Modern Devlet ve Çocuk Hakları.

Hugo Grotius'un Doğal Hukuk Yaklaşımı

Araş. Gör. Ümran KARABULUT

Hugo Grotius'un doğal hukuk yaklaşımının ayırt edici ve önemli yönü, Grotius üzerine yapılmış çalışmalarda ifade edildiği gibi doğal hukuku seküler bir perspektiften ele almasıdır. Grotius'un doğal hukuk yaklaşımının ne ölçüde seküler olduğu, düşünürün doğal hukuka ve genel olarak da hukuk düşüncesine dair fikirlerine en geniş biçimde yer verdiği eserleri olan *Savaş ve Barış Hukuku (De Jure Belli Ac Pacis)* ve *Denizlerin Serbestisi (Mare Liberum)* isimli eserleri ekseninde ele alınacaktır. Grotius, doğal hukuku tanımlarken akli temel referans kaynağı olarak ele alır ve doğal hukuku doğru aklın birtakım ilkeleri olarak ifade eder. Grotius'un, aynı zamanda doğal hukuk düşüncesinde Orta Çağ ile Yeni Çağ arasındaki kopuşta bir dönüşümü temsil ettiğini iddia edebiliriz. Orta Çağ doğal hukuk düşüncesinin karakteristik özelliği, İlk Çağ ile kıyaslandığında doğal hukukun temellerinin ya da çıkış noktasının (*arkhesinin*) insan akli yerine ilahi bir iradeye dayandırılmasıdır. Grotius, doğal hukuk görüşünü ifade ederken İlk Çağ Düşünürlerine ve Roma Hukukuna atıflar yapar. Düşünürün bu yaklaşımı da, Orta Çağ hukuk sistemine yönelik bir alternatif geliştirme gayreti olarak okunabilir. Grotius seküler bir hukuk yaklaşımıyla ne denli özdeşleştirilse de hukukçu kimliğinin yanında aynı zamanda bir din adamı olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çalışmada, Grotius'un doğal hukuk görüşünün din, sekülerizm ve rasyonalite kavramları ile olan ilişkisini irdelenerek; onun doğal hukuk düşüncesinde oluşturduğu dönüşüm anlaşılmasına çalışılacaktır.

73

Anahtar Kelimeler: Hugo Grotius, Doğal Hukuk Düşüncesinin Tarihsel Dönüşümü, Doğal Hukukun Rasyonelleşmesi, Doğal Hukukun Sekülerleşmesi, Protestan Doğal Hukuk Düşüncesi.

Bağlamın Değerlendirilmesi ve Hukuk Eğitimi

Dr. Araş. Gör. Olcay KARACAN

Hukuki muhakeme sadece hukuk normlarının muhakemesiyle sınırlı değildir. İçinde bulunulan bağlamın değerlendirilmesi de hukuki muhakemenin olmazsa olmazıdır. Ancak bağlamın değerlendirilmesi hukukçuların değer yargılarını, kişisel tutumlarını, ön yargıları işin içine katarak hatta normları bir yana bırakarak hukuki muhakeme de bulunmaları anlamına gelmez. Ancak bağlamın değerlendirmesinin hukukçuların keyfi davranması anlamına gelmediğini hukukçular kendiliklerinden öğrenemezler. Hukukçuların bağlamın diğer bir ifadeyle her tek durumun tarafların haklarının en iyi koruyacak biçimde keyfiliğe kaçmadan değerlendirebilmeleri için onların bağlamın hukuki muhakemede nasıl kullanılacağı hususunu içerecek biçimde yetiştirilmeleri gerekmektedir. Bu doğrultuda grup çalışmaları, hukuk klinikleri, yeniden karar yazma gibi alternatif eğitim yöntemleri bağlamın nasıl ele alınacağı hususunda çok önemli olsa da hukuk felsefesi, hukuk etiği, toplumsal cinsiyet ve hukuk hatta hukuk edebiyat derslerinin içeriği de bağlama nasıl bakılacağı hususunu içerecek biçimde oluşturulmalıdır.

74

Anahtar Kelimeler: Bağlam, Hukuki Muhakeme, Hukuk Eğitimi, Değerlendirme, Hukuk Klinikleri.

Marksizm ve Hukuk İlişkisine Alternatif Bir Yaklaşım: Neue Marx Lektüre (Yeni Marx Okuması) ve Toplumsal Tahakkümün Soyut Oluşumu

Dr. Öğr. Üyesi Ulaş KARADAĞ

Marksizm'in kurucuları Karl Marx ve Friedrich Engels'in, bir hukuk teorisi geliştirmedikleri iyi bilinen bir husustur. Bununla birlikte, Marksist literatür içinde hukuka dair birçok belirleyici önerme ve argümanın ileri sürüldüğü söylenebilir. Genel bir ifadeyle, Marksizm'e göre hukuk, mülkiyet ilişkileriyle sınıflar arasındaki mücadelenin düzenlenmesi ve yönlendirilmesi bakımından önemlidir. Bu iki boyut da hukukun, sermayenin *toplumsal tahakkümünün* yayılması ve pekiştirilmesinde rol oynadığına işaret eder. Hukuk ve ideoloji ilişkisi de aynı nedenle, Marksistlerin üzerinde sıklıkla durdukları bir konu olmuştur.

İdeolojik açıdan hukukun, kapitalist üretim ilişkilerinin “gerçek yüzü”nün gizlenmesine dönük üstyapısal bir işlevi olduğu kabul edilir. Oysa ideolojinin esas etkisi, içinde yaşadığımız gerçekliğin yapılaşmasında aranmalıdır. Bu açıdan modern hukuk, yalnızca sermayenin toplumsal tahakkümünün oluşumunda üstyapısal ve araçsal bir eklenti olarak işlev görmez; aksine, bu tahakkümün soyut oluşumunda asli bir unsur olarak mevcuttur. *Neue Marx-Lektüre* (NML), Marx'ın, sermayenin toplumsal tahakkümünün değer biçimi, meta biçimi gibi soyutlamaların tahakkümü olduğuna işaret ettiğini vurgulamaktadır. Bu açıdan, NML'ye göre Marx'ın teorisi yalnızca bir sömürü teorisi değildir; aynı zamanda bir “gayrişahsi toplumsal tahakküm” teorisidir. Bu çalışmada, NML'de benimsenen yaklaşım doğrultusunda, modern hukukun gayrişahsi karakterinin sermayenin gerçekliğinin yapılaşmasını nasıl etkilediği tartışılacaktır. Bu bakımdan, hukukun Marksist eleştirisinin yanı sıra ideolojik boyutunun analizine de odaklanan çalışmalara bir katkı sunulması amaçlanmaktadır.

75

Anahtar Kelimeler: Marksizm, Hukuk, İdeoloji, Neue Marx-Lektüre, Soyutlama.

Atina Demokrasisinin Kuruluşunda Solon ve Kleisthenes Reformlarının Rolü

Araş. Gör. Atıl Buğra KARADAŞ

Klasik Çağ Atina'sı demokratik yönetim şekliyle, yüzyıllardır üzerinde düşünülen ve tartışılan bir konu olmuştur. Atina demokrasisinin tartışmalı niteliği, yalnızca siyasal değeri üzerinde uzlaşamamasından kaynaklanmamaktadır. M. Ö. 6'ncı yüzyılda kurulan Atina demokrasisine ilişkin kaynaklar; yetersizlik, tenakuz, ikincillik ve gerçeklikle uyumundan şüphelenilmesiyle maluldür. Buna karşın mevcut kaynakların titizlikle incelenmesi ve yeni teorik yaklaşımların geliştirilmesi, alan yazını canlı tutmaktadır. Atina demokrasisinin kuruluşunu konu alan işbu vaka incelemesi, Eskiçağ tarihi ve hukuk sosyolojisi literatürlerinin incelenmesine dayanmaktadır.

Çalışmada, değişen şartlara göre hukukun yeniden kurgulanması, hukukun toplumsal fonksiyonları bağlamında ele alınmaktadır. Buna göre, Atina'da hukukun girişilen reformlar yoluyla toplumsal gerçeklikle uyumu sağlanmaya çalışılmış ve böylece toplumsal barış, düzen ve güvenliği sürdürmek amaçlanmıştır. Söz konusu hukuksal reformlar tarihsel bağlamları içinde ele alınmaktadır. Arkaik Çağ'dan ekonomik eşitsizliğe ve soya dayanan derin toplumsal ayrılıklarla ve siyasal gerilimlerle çıkan Atina'nın bu çağdaki hukuku da geleneksel ve aristokratik bir nitelikteydi. İşbu şerait karşısında Atina, başta Solon ve Kleisthenes olmak üzere yasa koyucu figürlerin yaptığı reformlar sayesinde bir iç savaşa düşmekten kurtulmuş ve yeni bir hukuk düzeni inşa etmiştir. Bu reformlar; siyasal gücü yeniden dağıtmış, hukuk kurallarını yazılı ve bilinebilir hale getirmiş, yargılama usullerini değiştirmiş ve ekonomik eşitsizliklerden doğan toplumsal yarılmalara çözüm aramıştır. Böylece ortaya çıkan hukuksal yapı; ekonominin parasallaştığı, toprağa dayalı aristokrasinin güç kaybettiği, orta sınıfın ekonomik ve siyasal olarak güç kazandığı yeni bağlamla uyumlu hale gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Atina Demokrasisi, Hukukun Toplumsal İşlevi, Solon, Kleisthenes, Yasa Koyucu.

Vakıf Üniversiteleri ve Akademik Emeğin Prekarizasyonu: Akademik Özgürlük Bakımından Bir Değerlendirme

Arş. Gör. Zeynep KARASULU

1980'lerin başlarından itibaren piyasa ilişkileri toplumun her alanına yayılmış ve akademik bilginin üretimi de bu yayılmanın dışında kalamamıştır. Bu çerçevede üniversitelerin de piyasa kurallarına göre işler hale gelmesi akademik bilgi ve onu üreten akademik emeğin de kaçınılmaz olarak metalaşmasına yol açmıştır. İşte bugün literatürde emeğin konumuyla ilişkili olarak ifade edilen “prekarizasyon”, bir diğer deyişle güvencesizleşme de, sözünü ettiğimiz bu metalaşma sürecinin sonuçlarından biridir.

Prekary kavramı ilk kez 1980'li yıllarda geçici ve mevsimlik işçileri ifade etmek üzere Fransız sosyologlar tarafından kullanılmıştır. Wacquant, Castel, Bourdieu ve Standing'te genel anlamda emeğin güvencesizleşmesi olarak ele alınan prekarizasyon; emeğin, acımasız piyasa koşullarında yeni bir iş bulamayacağı ve her an sistemin dışına itileceği korkusuyla vasıflarının önemsizleştirilmesi ve her türlü çalışma koşullarını kabul etmeye zorlanarak sindirilmesi sürecini ifade etmektedir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz, 1980'lerdeki neoliberal dönüşümle birlikte, üniversitenin piyasa kurallarına göre işler hale gelmesiyle, akademik emek de güvencesizleşmiştir. Piyasa kurallarına göre işleyen bir üniversite modeline geçişin en önemli göstergelerinden biri olan vakıf üniversitelerinde çalışan akademisyenler, kâr elde etmek amacıyla yönelik olarak az sayıda çalışanla eğitim öğretimi devam ettirme politikasıyla, yoğun ders yükü altında ezilmekte ve bilimsel araştırmalarını da bu süreden arta kalan zamanda yapmaya zorlanmaktadır. Bununla birlikte sürekli yayın yapma baskısı altındaki akademisyenler, yayın şartlarını yerine getirirler de, belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılmaları nedeniyle sürekli bir işsizlik korkusuyla karşı karşıya kalmaktadırlar. Sürekli işsizlik tehdidiyle karşı karşıya olan akademisyenler, devlet üniversitelerinde çalışan emsallerine göre düşük ücretler, üniversite yönetimlerinin olumsuz tavırları, yoğun ders yükü, uzmanlık alanı dışında ders verme gibi olumsuz çalışma koşullarını kabul etmeye mecbur bırakılmaktadır.

İş güvencesi, erken tarihten itibaren, akademik özgürlüğün ayrılmaz bir parçası olarak düşünülmektedir. Nitekim, akademik özgürlüğe ilişkin derli toplu ilk belge olarak kabul edilen, AAUP (Amerikan Üniversite Profesörleri Derneği) tarafından hazırlanan 1915 tarihli

“Akademik Özgürlük ve Akademik İş Güvencesine ilişkin İlkeler Bildirgesi” ABD üniversitelerinde yaşanan keyfi işten çıkarmalara karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.

Akademik özgürlük çerçevesinde iş güvencesi, akademisyenlerin keyfi nedenlerle işten çıkarılmamaları ve buna karşı çeşitli usuli güvencelere sahip olmaları anlamına gelmektedir. Güvencesiz bir çalışma ortamında bilginin özgürce üretilip aktarılması mümkün değildir. Bununla birlikte vakıf üniversitelerinde, akademisyenlere bilimsel kriterlerden çok ticari kaygılarla yaklaşılması, akademisyenleri, çalışmalarını yürütürken iktisadi güç odaklarının baskılarına açık hale getirmekte, bu durum söz konusu güvencesizliği akademik özgürlük bakımından değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Bu çalışmada, güvenceli çalışmanın akademik özgürlüğün ayrılmaz bir parçası olduğu kabulüyle, akademisyenliğin sıradan maaşlı bir çalışandan farklı olduğu, akademisyenlerin bilimsel faaliyetlerini özgürce yürütmeleri, bilgiyi özgürce üretmeleri ve ürettikleri bilgiyi öğrencilerine ve topluma özgürce aktarabilmeleri için güvenceli bir çalışma ortamına sahip olması gerektiği tezleri, akademik emeğin prekarizasyonu süreciyle birlikte düşünülerek, ulusal ve ulus-üstü yargı organlarının kararları çerçevesinde akademik özgürlük bakımından değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Akademik Özgürlük, Üniversite, İş Güvencesi, Prekarizasyon, Emek.

Güçlü Hukuki Belirsizlik Perspektifinde Hâkimin Hukuk Yaratması

Arş. Gör. Tuba Dilşat KARATAŞ

Bir hâkimin, hukuki ihtilafları çözerken yürüttüğü faaliyetleri üç ana başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar; hukuk kurallarını yorumlaması, takdir yetkisi, üçüncüsü ise hâkimin hukuk yaratmasıdır. Yasama organının temel hedefi, yaptıkları kanunların hem günümüzdeki hem de gelecek dönemdeki sorunlara çözüm sağlamasıdır. Ancak toplumsal yaşamın değişkenliği ve teknolojik gelişmeler gibi nedenlerle yapılan kanunların her türlü meseleye çözüm üretebilmesi mümkün değildir. Kanunların bir hukuki meseleye uygulanacak hükmü barındırmaması halinde kanun boşluğundan bahsedilir ve bu durumda hâkimin hukuk yaratması gündeme gelmektedir.

Hâkimin hukuk yaratma yetkisine sahip olup olamayacağı konusunda teoride görüş birliği bulunmamaktadır. Konuya ilişkin iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki hâkimin hukuk yaratma yetkisine sahip olamayacağını ileri sürmektedir. İkincisi ise hâkimin hukuk yaratabileceğini kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlar esas itibarıyla hâkimin hukuk yaratmasının gerekçesini hukuki belirsizlik kavramı ile açıklamaktadır. Söz konusu gerekçelendirme noktasında ikili bir ayrıma gidilmektedir: Bunlar zayıf belirsizlik ve güçlü belirsizlik tezleridir.

Güçlü hukuki belirsizlik tezi; esas itibarıyla dilde ve hukuk kurallarında belirsizlik olduğu savına dayanmakta ve dilin bünyesinde barındırdığı belirsizlik nedeniyle hukuk kurallarının yargılama sürecinde rasyonelliği sağlamak açısından tek başına yeterli olamayacağını ileri sürmektedir. Keza hukuk kurallarının dildeki belirsizlik nedeniyle yargılama sürecinde açıklama ve yorumlama safhalarında belirsizliğe neden olduğunu kabul etmektedir. Güçlü hukuki belirsizliğe örnek akımlardan biri olan Amerikan Hukuki Realizmi, belirsizliğin giderilmesinde hâkimlere hukuk yaratma yetkisini en güçlü şekilde tanıyan yaklaşımlardan biri olarak etkinliğini hissettirmektedir. Bu çalışmada hâkimin hukuk yaratması, genel olarak güçlü belirsizlik tezi ve buna gerekçe olarak Amerikan Hukuki Realizmi ele alınacak ve hâkimin hukuk yaratmasına ilişkin Amerikan Hukuki Realizmi önerilerinin hukuki belirsizlik alanını daha da genişlemesine neden olacağı ve kuvvetler ayrılığı ilkesine doğrudan müdahale anlamına geleceği savı öne sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin Yargısal Faaliyetleri, Hâkimin Hukuk Yaratması, Hukuki Belirsizlik, Güçlü Belirsizlik, Amerikan Hukuki Realizmi.

Ceza Sömürgesi'nde Hapishanenin Doğuşu

Araş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

Ceza hukuku tarihinin belirli bir noktasında Avrupa'da, o dönemki gelişmelere tamamen aykırı bir yaptırım türü, yeni bir ceza kurumuyla doğdu: Hapis cezası ve hapishane kurumu. Daha önceki dönemlerde asli ceza vasfını kazanmamış olan bu yaptırım türü, dönemin özgün şartlarının yardımıyla önce Avrupa'da, ardından bütün dünyada dönüşüm gerçekleştirerek ceza kanunlarındaki temel yaptırım türü olmayı başardı. Farklı ülkelerde farklı biçimlerde gerçekleşen bu dönüşüm, temelde ceza yasasının teorik olarak yeniden hazırlanmasıyla başarılmıştır. Foucault öncelikle bu yeniden hazırlanmanın tarihsel gelişimini takip ederek başat yaptırım haline gelen hapis cezasının nasıl bu konuma vardığını araştırmış, neticede yeni ekonomik modelin getirdiği zihniyet değişiminin hapis cezası ve hapishane kurumunu doğurduğu sonucuna varmıştır.

Eserlerinde hukuka, özellikle de ceza hukukuna yer veren Kafka, “Ceza Sömürgesi” isimli öyküsünde on iki saat kesintisiz çalışabilen bir işkence aletinin kullanıldığı bir sömürge adasını konu edinmiştir. İlkel toplumlardaki uygulamaya benzer bir şekilde, ihlal edilen kuralı, suçlunun vücuduna kazımak için icat edilmiş olan bu aletin hükümlerliliği, öykünün geçtiği dönemde artık sona ermek üzeredir. Adaya gelen gözlemciyle birlikte bu değişimi ve değişime direnen infaz görevlisinin itirazlarını okuruz. Söz konusu eser, Foucault'nun çalışmalarıyla değerlendirmeye müsait olup ayrıca ceza hukuku felsefesi üzerine söyledikleriyle güncelliğini her zaman koruyacak bir eserdir. Bu çalışmada, M. Foucault'nun hapis cezasının gelişimi hakkındaki açıklamaları, Kafka'nın yazmış olduğu öykü bağlamında değerlendirilecektir.

Hapis cezası, on dokuzuncu yüzyıl başında Avrupa ülkelerinin ceza sistemleri için öngörülen ceza reformunda yer verilen bir yaptırım türü değildir. Buna rağmen çok kısa bir süre içinde, öngörülen yaptırımların yerine geçerek başat bir yaptırım türü haline gelmiştir. Bedensel cezaların mutlak üstünlüğü on sekizinci yüzyılın sonuna kadar devam etse de on sekizinci yüzyılın sonu ve on dokuzuncu yüzyılın başında gerçekleştirilen hukuk ve ceza sistemi reformuyla yeni bir anlayış doğmuştur. M. Foucault, bunun altında yatan nedenin zihniyet değişimi olduğunu savunur. Ona göre on dokuzuncu yüzyıl ile bütün ceza usulü bir denetim sistemi haline gelmiştir.

Avrupa'nın değişmekte olduğu bir dönemde yaşayan Kafka, “Ceza Sömürgesi” isimli öyküsünde bu değişikliği, yaptırımların değişmekte olduğu bir adayı resmederek anlatmıştır.

Adaya gelen yeni komutanın yansıttığı zihniyet değişikliği, eski komutanın -bir yandan da eski Avrupa'nın- zihniyetiyle çatışmaktadır. Çalışmada bu çatışma üzerinde durulacaktır. Çalışma, zihniyet değişikliğinin hukuk kurallarına yansıdığı ölçüde edebiyata da yansıdığını, hukuk-hayat-edebiyat arasındaki bağlantının önemli olduğunu iddia etmektedir. Foucault'un ceza sistemindeki değişikliği formüle etmesinden önce edebiyat alanında Kafka'nın zihniyet değişikliğini konu alması, bunu öyküleştirmesi hukukun edebiyat eserlerinden, yazıldıkları dönemin zihniyetine dair fikir edinmede faydalanmasının önemini ortaya koymaktadır. Çalışmada bu bağlantı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: M. Foucault, Hapis Cezası, F. Kafka, Ceza Sömürgesi, Yeni Yaptırım Türü.

1917 Tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'ni Doğuran Toplumsal Nedenler

Dr. Öğr. Üyesi Ebru KAYABAŞ

Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile birlikte Osmanlı Devleti'nde diğer birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da ihtiyaç duyulan modernleştirme çalışmaları gerçekleştirilirken, devletin son yıllarında hem hukuk hem de aile hukuku açısından en önemli gelişmelerden birisi olan Hukûk-ı Âile Kararnâmesi 8 Muharrem 1336/25 Ekim 1917 tarihinde yürürlüğe girdi.

Tüm Osmanlı Devleti vatandaşlarını kapsayacak ve zamanla ortaya çıkan problemleri en aza indirip hukuk birliğini sağlayacak bir aile kanununa duyulan ihtiyaç açıkken, çözüm için uzun yıllar beklendikten sonra en karışık ve sorunlu günlerinde devleti böylesine iddialı ve önemli bir Kararnâme'nin kabulüne zorlayan nedenler çok çeşitlidir. Bunlar türlü alt başlıklara da sahip olmakla birlikte hukuki, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel nedenler ana başlıkları altında toplanabilir. Ancak bu beş ana başlığın dışında zaman içinde kadının statüsünde meydana gelen değişiklik ihtiyacı ve güçlenen kadın hareketi de Kararnâme'yi hazırlayan süreçte etkili olmuştur. Bu dönemde siyasal mekanizma yürürlükte olan yapıdan uzaklaşıp değişirken, siyasi yapıyı belirleyen etkenlerin başında gelen hukuk düzeni de kanunlaştırma çalışmalarıyla değişime uğramıştır. Yeni kanun gereksinimlerini zorlayan etkenler sadece siyaset ve yönetim alanlarında reformlar yapma sorunu değil, Batı ile artan ilişkileri de çağın gereklerine bağlama sorunuydu. Dönemin Batıcı, İslamcı ve Türkçü aydınları aile hukuku alanının kanunlaştırılması gerektiği ve bunun acil bir ihtiyaç olduğu yönünde hemfikirdiler ancak diğer neredeyse her konuda çatışmaktaydılar.

Netice olarak Kararnâme'nin kabulü ile amaçlanan değişiklikler bir ölçüde gerçekleşmiş oldu. Böylece cemaat mahkemelerinin yargı yetkisi kaldırılarak tüm davaların şer'îye mahkemelerinde görülmesi sağlanmıştır. Ayrıca evlenme ve boşanmada devletin kontrolü kuvvetlendirilmiş, çok eşli evlilik sınırlandırılmış, evlilik için asgari yaş haddi getirilmiş ve İslam hükümleri çerçevesinde dört Sünni ekolün düzenlemeleri taranarak çağa en uygun olan hükümleri Kararnâme'ye eklenmiş, böylece uygulamada çıkan sorunların çözümü yoluna gidilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Aile, Kadın, Aile Hukuku, Osmanlı Devleti.

Arkaik Dönem Roma Toplumunda Hukuki Statüsü Bakımından Kadın

Doç. Dr. Sevgi KAYAK

Kadının en eski dönemlerden bir kendisine yönelen ayrımcılık ve şiddet eylemlerine karşı var olma mücadelesinin en eski dönemlerden beri devam ettiğine önemli bir örnek de Roma toplumdur. Tüm ilk çağ toplumlarında olduğu gibi Roma toplumunda da kadın, sosyo-politik ve hukuki platformda daima ikinci sınıf vatandaştır. Bu durum hem özel hukuk alanında hem de kamu hukuku alanında böyledir. Roma hukukunda kadın hukuksal anlamda kişi olarak kabul edilmekle birlikte hukuki işlem ehliyeti yoktur, kadın kaç yaşında olursa olsun hukuki işlemlerini ancak kendisine vasi olarak tayin edilen babası veya kocası vasıtasıyla yapabilir. Kadının boşanma hakkı uzunca bir dönem kabul edilmemiştir. Aile reisi olamaz, evlat edinemez, vasilik yapamaz. Kamusal hayata katılamaz, seçme ve seçilme hakkı yoktur. Kadın için suç ve ceza arasında çoğu kez orantılılık ve eşitlik ilkeleri gözetilmez, işlediği bazı suçlar cinsiyetinden dolayı daha ağır cezalandırılabilir; mesela erkeğin zinası malvarlığının müsadereci ile cezalandırılırken kadının zinasının cezası ölüm ya da manastıra kapatılmadır.

Roma toplumunda kadın, bu hukuki statüden elbette memnun değildir ve bazen hak mücadelesine girişmiştir. Ancak bu mücadeleler kadın haklarını yerleştirmeye yönelik bir çabadan ya da feminist bir yaklaşımdan ileri gelmez; bu mücadeleler ya toplumsal bir statünün devamı ya da aleyhte bir kanuna tepki olarak doğar. Eski toplumlarda ve elbette kadının hukuki ve sosyal statüsünün toplumsal cinsiyet eşitsizliği odaklı olduğu artık bilinen bir vakıadır. Asıl mesele bu eşitsizliğin nereden kaynaklandığıdır. Roma toplumunda kadının erkek ile eşit bir varlık görülmemesinin nedeni dini inanç adı altında geliştirilen *mos moiorum* (gelenekler/örf ve adetler) düzeninde kadının erkek varlığı için “araç” bir varlık olarak görülmesidir. Şu hâlde tarihsel veriler bize göstermektedir ki kadının en büyük düşmanı dini inanç adı altında geliştirilen ve şekillenen geleneksel yapı ve bu geleneksel yapıyı destekleyen erkekler ile ne yazık ki kadınlardır.

Anahtar Kelimeler: Roma Toplumunu, Kadın, Erkek, Toplumsal Cinsiyet, Mos Moiorum.

Anayasa Kavramının Ortaya Çıkışında Doğal Hukukun Rolü

Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Bekir KESKİN

Antik dönemden beri Latince ve mirasçısı dillerde yer alan *constitution(n)* sözcüğü Türkçeye dönemsel bir ayrıma tabi tutulmaksızın olarak genellikle “anayasa” olarak çevrilse de bu esasında *her zaman* tümüyle doğru bir çeviri değildir. Zira, iktidarın sınırlandırılması, yönetim erklerinin ayrıştırılması ve sahip olduğu iddia edilen hak ve özgürlüklerin tanınması ve güvencelemesi mücadelesi muhtemelen insanın politik tarihi kadar eski olsa da bu ereklein üstün bir yazılı hukuk normuyla sağlanması moderniteye özgüdür.

Böylelikle bağlamsal niteliği haiz olan anayasa kavramının ortaya çıkışında orta çağdan modern çağa geçiş koşulları belirleyici olmuştur. Orta çağın paylaşımlı iktidar yapısından erken modern çağın modern devleti, yani ortaya çıktığı haliyle mutlak iktidar, diğer bir deyişle merkezileşmiş modern devlet dayanağını yine modern tezahürüyle doğal hukuk düşüncesinde bulur.

Protestan reformasyonunun tetiklediği dini bölünme (*schism*) ve ardından gelen dini iç savaşlar iktidarın meşrulaştırılmasında yerleşik dini dayanakları sarsmış ve yeni gelişmekte olan merkezî iktidar formu bu yeni ve dinen parçalanmış veya sekteye uğramış düzlemde kendisine başka bir meşruiyet dayanağı bulma arayışına girmişti.

İşte doğal hukuk, modern formuyla yeni iktidar yapılanmasının, yani modern devletin meşruiyetini sağlama aracı olmuştur. Ancak anlaşılabilirliği üzere bu dönemde ortaya çıktığı haliyle modern devlet, yani mutlak monarşi, kendini sınırlayan bir dışsal otorite tanımıyordu; diğer bir deyişle anayasa benzeri bir yapı bu kerede kendine yer bulabilmiş değildi. Bununla birlikte, modernitenin yeknesak ve seküler hukuku öne çıkarması, bu mutlak devletin sınırlandırılabilmesinin de ön koşulunu sağlamış oluyordu.

Nitekim, aslen önce eski orta çağ düzeninin kaybedenlerinin yükselttiği itirazlar yerini ekonomik ve toplumsal olarak palazlanarak sınıfsal bir güç olarak ortaya çıkan eğitimli-mülk sahibi burjuvazinin meydan okumasına bıraktığında, devlet iktidarını sınırlandırmak için öne sürülen iddialar yine kaynağını doğal hukukta bulmuştur. Orta çağın katmanlı toplumsal düzeninin aksine, tüm insanların eşit olduğu kabulü, hakların nesnel bir ilişkiler durumundan ziyade öznel bir kişisel mülkiyet olarak ele alınması gibi kabuller üzerinden yükselen modern doğal hukuk önce modern devleti meşrulaştıran sonra da onu sınırlayan toplumsal sözleşme

kuramlarının özellikle bu ikinci evresinde “rıza” kavramını öne çıkararak meşru, diğer bir deyişle anayasal iktidarın çerçevesini oluşturmuştur. Bu mücadelenin bayraktarı görevini üstlenen burjuvazi ise bu doğal hukuk ilkelerini pozitif düzleme taşımış ve tarihsel olayların geliştiği şekliyle anayasa kavramı ortaya çıkmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, Doğal Hukuk, Modern Devlet, Toplumsal Sözleşme, İktidar.

Normatif Ayrımcılığın Temellendirimi Sorunsalı ve Eşitlik Kurumlarının Rolü

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

“Ayrımcılık” kavramının çok anlamlı ve/ya çok biçimli doğası, farklı bağlamlarda ayrımcılık ifadelerinin ortak bir etik soruna yol açması noktasında bir belirsizlik yaratmaktadır. Modern demokratik ülkeler, uluslararası insan hakları yükümlülükleri çerçevesinde kimi zaman anayasal kimi zaman da yasal düzlemde ulusal ayrımcılıkla mücadele stratejileri geliştirmektedir. Bu kapsamda son yıllarda farklı ayrımcılık temellerinin normatif çerçevede düzenlenmesinin giderek yaygınlık kazandığı görülmektedir. Nitekim ayrımcılık temellerinin belirlenmesi noktasında klasikleşen sınıflamanın ötesinde “daha kapsayıcı” ve “bütüncül bir ayrımcılık kuramı” oluşturulması gereksinimi ortaya çıkmaktadır. Normatif çerçevede belirlenmiş ayrımcılık temellerinin ‘ebeveynlik, fiziksel görünüm, ağırlık ve genetik’ gibi kişisel özellikleri de içerecek biçimde kapsayıcı ayrımcılık temelleri oluşturulması önerilmektedir.

Bir bütün olarak hukukun normatif temelleri belirlenirken aynı zamanda yasal müdahalenin kapsamı, hak ve yükümlülük sahiplerinin belirlenmesi ve yasal dayanaklarla ilgili daha somut sorunların dikkate alınması icap etmektedir. Normatif olarak ilgili müdahale alanlarının ve uygun aktörlerin belirlenmesi ayrımcılık temellerinin yasal düzeyde düzenlenmesini olanaklı hale getirecektir. Bazı eşitlik kurumlarının yalnızca ilgili kanunlarında açıkça belirlenen ayrımcılık temelleriyle sınırlı kurumsal yetkileri bulunmaktadır. Bu kısıtlayıcı durum, eşitlik kurumlarının ayrımcılık temellerinin revize edilip kapsayıcı ayrımcılık temeli politikası oluşturma noktasında itici bir güç olma gereksinimini ortaya çıkarmaktadır.

Bu çalışma, öncelikle felsefi açıdan ayrımcılık temellerine yönelik güncel tartışmaları konu edinecektir. Ayrımcılığın normatif temellendirilmesi sorununa eşitlik kurumları faaliyetleri çerçevesinde katkı sunacaktır. Ayrıca ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik kurumu olarak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu’nun ayrımcılık temellerine yönelik perspektifine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları, Eşitlik, Ayrımcılık, Ayrımcılık Temelleri, Eşitlik Kurumları.

Hukuki Nihilizm

Araş. Gör. Recep Orhun KILIÇ

Nihilizm kavramını anlamaya dair yapılacak her girişim, onun düşünürler tarafından çok farklı şekillerde kullanılan göreceli bir yapıya sahip olduğunun fark edilmesiyle sonuçlanacaktır. İnceleme konusu hukuk gibi pratik bir alan olduğunda nihilizm ifadesi lafzi anlamının ima ettiğinden farklı bir konumu nitelendirmektedir. Zira hukuki nihilist olarak nitelendirilen kuramcılar hukukun varlığını yadsımadıkları gibi hukukun olmadığı bir toplumsal düzeni de arzulamamaktadır.

İrrasyonalizm olarak da bilinen hukuki nihilizm ifadesi Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketinin en radikal kanadını oluşturan kuramcılara yöneltilen bir etiket olup genellikle bu kuramcıların görüşlerine eleştirel yaklaşan yazarlar tarafından kullanılmaktadır. Bu bildiride öncelikle genel olarak felsefi tartışmalarda kullanıldığı şekliyle nihilizm kavramının hukuk kuramındaki nihilizmle olan ilişkisi ortaya konulduktan sonra hukuki nihilizm ifadesinin kullanımının terk edilerek bunun yerine irrasyonalizm deyişinin kullanılmasının daha doğru olacağı savunulacaktır.

İrrasyonalizm ahlaki ve hukuki problemlerde kullanılabilecek rasyonel bir metodun olmadığını ya da bilinemeyeceğini ve aynı zamanda böyle bir metoda ihtiyacımız da olmadığını savunan felsefi konumdur. İrrasyonalistler hukukun esasen politik ve ahlaki nitelikte olduğunu, bu nedenle formalist bir anlayışla kavranamayacağını ve hukuki sorunların varoluşsal nitelikte olması sebebiyle zaten bunun istenmeyen bir durum olduğunu savunurlar. Dile ve akla yönelik felsefi şüpheciliği hukuk alanına taşıyan irrasyonalist yaklaşımın savunucularının amaçladığı politik değişiklikleri gerçekleştirme noktasında yetersiz kaldığı iddiası bildiride savunulacak olan diğer tezi oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuki Nihilizm, İrrasyonalizm, Nihilizm ve Hukuk, Hukuki Belirsizlik, Formalizm.

Eleştirel Erkeklik Çalışmaları Bakımından Babalık Kimliği Tartışması: Bağlamın Önemine Örnek Olarak Çocuğu Tedip Hakkı

Dr. Muhammet KOÇAKGÖL

Bağlam, soyut hak tartışmasından çok, içinde bulunulan koşulları ve ilişkileri gözeterek biçimde akıl yürütmekle ilgilidir. Özellikle hukukun genelliğinden kaynaklı problemler söz konusu olduğunda, bağlam çerçevesinde hareket etmek önemli hale gelmektedir. Örneğin ataerkil hukuk dilinin kadınlık deneyimlerine imkân vermemesi dikkat edilmesi gereken bir husustur. Benzer şekilde ataerkil yapının babalık rolüne ilişkin kabulleri kimi zaman tedip hakkının yanlış kullanılması örneğiyle ilişkili biçimde ele alınabilir. Baba-çocuk ilişkisini kendi bağlamı içerisinde anlamak bu yüzden önemlidir. Bu ilişkiyi doğru anlamamanın bir yolu olarak eleştirel erkeklik çalışmaları yol gösterici olabilir, çünkü eleştirel erkeklik çalışmaları bakımından babalık kimliği şiddete tolerans göstermeyle ilgili değerlendirilmektedir. Örneğin güçlü olmak, hiyerarşiye dayalı ilişkileri ön planda tutmak, bağımsız olmak vs. gibi davranış özelliklerinin yanı sıra sorunları çözerken şiddete başvurmak erkeklikle ilişkilendirilebilmektedir. Eleştirel erkeklik çalışmaları da zaten bir yönüyle hegemonik erkeklik anlayışını görünür kılıp buna meydan okumayla ilişkilidir. Zira erkeklik kavramı toplumsal cinsiyet ve sosyal hiyerarşiyle birlikte değerlendirme konusu yapılmaktadır. Buradaki anlamıyla hegemonya sosyal kurumların desteğiyle doğal, normal ve olağan karşılanmayı içermektedir. Bu sosyal kurumlara hukuk ve yargı dâhildir. Bu kapsamda soyut haklara sahip iki bireyden ziyade erkeklik çalışmaları perspektifinden çocuk-baba ilişkisine bakmak ve bu bağlamı anlamlandırmaya çalışmak şiddetin ve tedip hakkının babalık kimliğinden kaynaklı görünümüne ilişkin fikir verebilecektir.

88

Anahtar Kelimeler: Eleştirel Erkeklik, Tedip, Babalık, Bağlamsallık, Toplumsal Cinsiyet.

Hukukun Sözlü Tarihi

Araş. Gör. Halil KÖKCÜ

Sözlü tarih çalışmaları, hayatta olan kişilerin tanıklıklarının doğrudan kayıt altına alarak yaşadıkları döneme ilişkin ışık tutan tarihi kaynaklardır. Bu sayede günlük hayatın tarihine, yaşanan siyasi, politik hadiselerle birinci elden duyabilmek imkânını buluruz. Kayıt ve paylaşım imkanlarının artması ve konunun öneminin fark edilmesi ile Tüm dünyada sözlü tarih çalışmaları yaygınlık kazanmaktadır. Ülkemizde hatıra yazma kültürünün de az olması göz önüne alındığında Türkiye’de hukuk eğitime ilişkin birinci elden tanıklıkların azlığı aşîkardır.

Bu nedenle AHBV Üniversitesinde “Hukukun Sözlü Tarihi” başlıklı bir Bağımsız Araştırma Projesi hazırlayıp Hukuk Eğitimindeki bu boşluğu gidermeyi hedefledik. Tebliğ’de projenin çalışma süresindeki deneyimlerden ve proje çıktıkları anlatılacaktır. Böylelikle hukuka ve hukukun uygulama alanlarına ilişkin birincil elden tanıklar ilgili konuların anlaşılmasını kolaylaştıracaktır. Aktarılanlar ile yaşananlar arasında farka dikkat çekilecektir.

Sözlü tarih çalışmalarında Uluslararası Sözlü Tarih Derneği (IOHA) sözlü tarih çalışmaları ve arşivciliğine ilişkin uluslararası teknik ve etik standartları belirlemektedir. Konuyla ilgili literatür sözlü tarih çalışmalarına ilişkin standartların, hukuki ve etik sorunların tartışıldığı eserler ile sözlü tarih ürünlerinin islendiği eserler olmak üzere iki alt başlıkta toplanabilir; ülkemiz de sözlü tarih çalışmaları gün geçtikçe önem kazanmaktadır ancak özellikle hukuk tarihi ve eğitimi alanında yürütmekte olduğumuz çalışmaya benzer bir çalışma bugüne değin gerçekleştirilmemiştir.

Anahtar Kelimeler: Sözlü Tarih, Hukuk Meslekleri, Meslek Sosyolojisi, Avukatlık, Hakimlik, Savcılık, Akademisyenlik.

Şekli Eşitliğin Ötesine Geçmek

Dr. Öğr. Üyesi Gonca KURU

Eşitlik ilkesi, günümüzde ayrımcılık yasağı ile birlikte insan hakları hukukunun temel unsurlarından biridir. Bununla birlikte eşitliği tanımlamak kolay değildir. Farklı insanlar için farklı şeyler ifade edebilmektedir. Eşitlik kavramına yüklenen bu farklı anlamlar, bir dizi tartışmayı da içermektedir. Şekli eşitlik ve maddi eşitlik kavramlarının ortaya çıkması da eşitlik ilkesine yüklenen söz konusu farklı anlamlar sebebiyledir.

Aristoteles tarafından ortaya konulan ve eşitlik ilkesinin en yaygın ve basit ifadesi olan şekli eşitlik, kısaca en az bir açıdan benzer durumda bulunan iki kişiye, benzer şekilde davranılması gerekliliğine işaret etmektedir. Bireysel adalete vurgu yapmakta ve tarafsız yaklaşıma önem vermektedir. Bu kapsamda, benzer durumda olanlara benzer şekilde tutum ya da muamelede bulunulması gerekli ve yeterlidir. Muamelede tutarlılığı garanti eden bu anlayış, kişilerin ya da grupların sahip oldukları farklılıkları dikkate almamaktadır.

Maddi eşitlik anlayışı ise şekli eşitlikten farklıdır, çünkü tüm insanların esasen eşit olmasını sağlamak adına insanlara farklı davranmanın gerekli olabileceğini kabul eder. Eşitlik konusunun sadece benzerlik üzerinden değil, farklılık ve dezavantaj üzerinden de açıklanması gerektiğini savunur. Maddi eşitlik ile sadece farklılıklara saygı duyularak ilgili farklılıkların toplum için olumlu kabul edilmesi değil, bu farklılıkların gözetilerek politik ve toplumsal hayata katılmanın önündeki engellerin kaldırılması gerektiği de vurgulanmaktadır.

Çalışmada; ilk olarak şekli eşitlik-maddi eşitlik kavramları üzerinde durulacaktır. Ardından şekli eşitlik anlayışının eşitsizliği derinleştirebildiği fakat maddi eşitlik anlayışının, gerçek eşitliği sağlayabileceği iddiaları ele alınacak ve Sandra Fredman'ın maddi eşitliğin katılımı, dezavantajın düzeltilmesini, damgalanmanın, kalıpyargının, küçük düşürülmenin düzeltilmesini ve farklılığın uyumlaştırılmasını içeren dört boyutlu bir yapıda incelenmesi gerektiği yönündeki savunusu hakkında bilgi verilecektir. Ayrıca devletlerin yükümlülüklerine şekli eşitlik-maddi eşitlik çerçevesinde değinilecektir. Sonuç olarak, eşitliğin sadece şekli eşitlik olarak anlaşılmasının adaletsizliğe neden olabildiğinin açıklanmasına ve şekli eşitliğin ötesine geçilmesinin gerekliliğinin gösterilmesine çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Şekli Eşitlik, Maddi Eşitlik, Gerçek Eşitlik, Farklılık, Devletin Negatif ve Pozitif Yükümlülüğü.

Toplumsal Cinsiyet Eşitliğine Dayalı Bir Hukuk Eğitimi Modeli Geliştirilmesi Çerçevesinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinde Toplumsal Cinsiyet Algısı Analizi

Doç. Dr. Sevtap METİN

Hukuk ile toplumsal cinsiyet algısının, hukuk eğitimi ile bir ilgisinin olup olmadığı araştırılması gereken bir konudur. Hukuk eğitiminin ataerkil toplumsal cinsiyet anlayışını değiştirmek için bir uğraş vermesi söz konusu mudur yoksa bu alan tamamen hukukçuların kişisel tercihlerine mi kalmıştır? Başka deyişle hukuk eğitimi hukukçulara eşitlikçi bir toplumsal cinsiyet algısı kazandıracak düzeyde midir? Bu konuda Türkiye’de hukuk fakültelerinde hukuk öğrencileriyle yapılmış özgün bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuk fakültelerinde toplumsal cinsiyet algısına dair bir durum saptaması, toplumsal cinsiyete duyarlı eğitim modellerinin geliştirilmesinin ilk basamağıdır.

Bu çalışmanın amacı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algılarını ölçmektir. Bu amaca yönelik olarak, bireylerin toplumsal cinsiyet algılarını belirlemek ve değerlendirmek üzere Altınova ve Duyan tarafından (2013) geliştirilmiş, geçerliliği ve güvenilirliği kanıtlanmış olan *Toplumsal Cinsiyet Algısı Ölçeği (TCAÖ)* kullanılmıştır. Bu ölçek dâhilinde 25 soruluk (nicel) anketle birlikte tarafımızdan hukuk öğrencilerine özgülenmiş sekiz soruluk (8 nitel) anket hazırlanmıştır. Ardından toplamda 524 öğrenciden gönüllü katılımlarıyla (anket metninin başında “bilgilendirilmiş gönüllü onam formu” yer almaktadır) anket (nicel ve nitel olmak üzere) yapılmıştır. Nicel anketin sonucunda İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde hukuk öğrencilerinin toplumsal cinsiyet algısının olumlu yönde çok yüksek olduğu sonucuna ulaşılmış ve bu sonuç nitel sorulara verilen cevaplarla da teyit edilmiştir.

Bununla birlikte İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesindeki eğitim modelinin sosyolojik olarak temellendirilmiş bir eşitlik anlayışını geliştirici düzenlemeye ihtiyacı olduğu sonucuna da ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, Hukuk Eğitimi, Hukuk Fakültesi Öğrencileri, Toplumsal Cinsiyet, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Pozitif Ayrımcılık.

Tarık Özbilgen “Eleştirel”liği: Hukukun Sosyo-Moral Zeminde Yeniden İnşası

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk OCAKOĞLU

Sosyal bilimler özellikle de sosyoloji açısından 19. yüzyıl çift yönlü yaşanan gerilimin adresidir. Bu gerilimin bir tarafını doğa bilimleri temelinde yükselen modern bilim anlayışı çerçevesinde kendini kurma diğer tarafını ise modern toplumun ortaya çıkış sürecinde yaşanan kriz ve problemlere çözüm üretme gerekliliği yer almıştır. Ünsaldı sosyolojinin bir disiplin olarak ortaya çıkışını bu gerilimin ilk yansımalarından biri olarak görür.

Buna benzer bir diğer gerilim noktası ise sosyolojik yaklaşımların toplumsal düzenin kuruluşunda ve işleyişinde mutlaka teorilerinin içerisinde açıklama zorunluluğu hissettikleri hukuk ve toplum ilişkisi alanında yaşanmıştır. Bu dönemde hâkim hukuk kabulü, hukukun metafizik ve ahlaki spekülasyonlardan uzak bir şekilde usulüne uygun prosedürler sonucunda yasa olarak kabul edilmiş olana indirgenmesine dayandırılmıştır. Lakin özellikle yüzyıl sonunda hukukun prosedürel süreçlere ve iç tutarlılığa indirgenmesinin sosyal gerçeklik ve ahlaki değerleri ihmal edilmesinden kaynaklı hukukun etkililiği problemini ortaya çıkarmıştır.

Müstakil bir disiplin olarak hukuk sosyolojisinin ortaya çıkış sürecini de etkileyen bu yaklaşımın ortaya çıkardığı toplumsal problemlerin çözümüne ve yeni bir toplumsallığın kurulmasındaki söylem eksikliğine dair duyulan ihtiyaç özellikle bizim gibi batı-dışı modernleşme tecrübesine yaslanan ülke ve toplumlarda ve onların bu toplumsal ihtiyaçlarını gözetken aydınlarında çözülmesi gereken büyük bir mesele olarak karşımıza çıkar. Tarık Özbilgen genel olarak hukuk alanında üretmiş olduğu literatür gözetildiğinde ve özellikle de hukuk sosyolojisi alanına ilişkin Türkçedeki ilk telif eserlerden biri olan “Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri” adlı eseri düşünüldüğünde alanın sosyo-moral değerleri ihmal etmeden inşasının mümkün olduğu iddiası çerçevesinde ele alınmayı hak etmektedir. Hem alanın kadim tartışmalarını irdelemek hem de Türkiye özelinde yaşanan hukuk ve toplum ilişkisine dair gerilimleri tespit edebilmek açısından Özbilgen’in yaklaşımı oldukça verimli bir zemin sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Sosyolojisi, Sosyal Teori, Pozitivist Hukuk, Tarık Özbilgen, Sosyo-Moral Değerler.

Dijital Hümanizm ağında Sosyal Medyada Suç İsnadı, Masumiyet Karinesi Erozyonu ve Dijital Görünmezlik Kapsamında Lekelenmeme Hakkı

Av. Ceren ÖZBEK

Dijital hümanizm, dijitalleşmenin her alanda insan merkezli bir yaklaşımla gerçekleşmesini hedeflemektedir. Sosyal medya, günümüzde bireylerin düşüncelerini geleneksel medyanın sınırlarına bağlı kalmadan paylaşılabilmelerini sağlayarak toplumsal sorunlara ilişkin kamusal kaygıların ifadesi için kullanışlı bir alan haline gelse de ceza adaletinin sağlanması sürecinde şüpheliye veya sanığa ait doğru ve/veya yanlış bilgilerin sosyal medya platformlarında kontrolsüzce yayılabilmesi kişilerin henüz yargılama tamamlanmadan suçlu olduğu önyargısını oluşturabilmektedir. Kişinin toplum tarafından yargısız şekilde infaz edilmesinin yanı sıra, bireylerin dijital ortamda adeta etiketlenmesi, ilgili kişiler bakımından masumiyet karinesi erozyonuna sebebiyet verirken, bu durum aynı zamanda bireylerin lekelenmeme ve unutulma haklarını önemli derecede ihlal etmektedir. Ancak sosyal etkileşim mecralarının kısıtlanmaları, temel haklar ve özgürlükler kapsamında korunan haber alma ve ifade özgürlüğünün keyfi şekilde sınırlandırılması riskini de beraberinde getirmektedir. Bireylere sağlanan bu sanal ortamda ceza muhakemesi hukukunun konusu olan kişilerin mağdur edilmemesi için sosyal medya kullanıcılarının da hukuki ve etik ilkelere riayet etmeleri gerekliliği açıktır. Bu bildirinin amacı, ceza yargılamasına hâkim olan ilkelerden biri olan ve uluslararası normlar, içtihatlar ve iç hukuk dzenlemelerince korunan masumiyet karinesinin, sosyal medyada etkisini giderek kaybetmesinin bireyler için doğurabileceği sonuçları irdeleyerek dijital hümanizm ışığında hukuki çerçevesinin belirlenmesi gereken sosyal medya bakımından lekelenmeme hakkının taşıdığı önemi ortaya koymaktır.

93

Anahtar Kelimeler: Dijital Hümanizm, Lekelenmeme Hakkı, Masumiyet Karinesi, Sosyal Medya, Dijital Etiketlenme.

Yargı İlkeleri Kapsamında Bağlamsallık

Doç. Dr. Nadire ÖZDEMİR

Somut olayı değerlendirirken hukuki akıl yürütmenin ne şekilde yapılacağına ilişkin tartışmaya “bağlamsallık” veya “bağlama duyarlı yaklaşım” önemli bir katkı sunmaktadır. Bağlamsallık, özellikle hukuktaki soyut, genel ve kimi zaman belirsiz kategorileri somut olayın koşullarıyla ilişkilendirmeye yönelik bir bakış açısı getirmektedir. Söz konusu bakış açısı hukuki akıl yürütmeyi zenginleştirmek ve derinleştirmek adına önemlidir. Ancak çoğu zaman bağlamsallığın, evrensel ilkeleri göz önünde tutmayı dışladığı düşünülmektedir. Bu çalışma, bu görüşün reddi üzerinden meseleyi ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bağlamsallığın evrensel ilkelerle birlikte ele alınması gerektiği ve bu ilkelerin bağlamı anlamaya ve bağlama özgü çözüm sunmaya zemin oluşturacağı ileri sürülecektir. Hakimler temelinde ele alınacak bu husus Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ışığında tartışılacaktır. Bu doğrultuda, bağlamsallığın özellikle tarafsızlık, eşitlik, ehliyet ve özen ilkelerini hayata geçirmek adına nasıl bir bakış açısı sunduğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Bağlamsallık, Bağlama Duyarlı Yaklaşım, Yargılama, Yargı Etiği, Etik İlkeler.

Durkheim ve Hayaletleri: Çağdaş Hukuk Sosyolojisinde Durkheimci Temalar ve Eleştirileri

Araş. Gör. Selin ÖZDEMİR KARAOĞLU

Émile Durkheim, hukuk ve sosyoloji arasındaki ilişkiye çalışmalarında genişçe yer vermiş ve sosyoloji biliminin verisi olarak hukuku sosyolojik yöntemin bir aracı olarak ele almıştır. Durkheim, hukuku sadece içerik yönünden değil, toplumsal yeri ve işlevi bakımından da incelemiştir. Düşünürüne göre toplumsal dayanışmanın simgesi olarak hukuk; dışsal, zorlayıcı, objektif bir sosyal olgudur. Durkheim, toplumsal dayanışma türleri ve onları yeniden üreten hukuk türleri arasında yaptığı sınıflandırmada keskin bir kategorik ayırım çizmiştir. Cezanın evrimini iki kanunla açıklamıştır; ilkinde toplumların gelişimi ve merkezi iktidarın mutlakiyetçiliğini cezanın miktarı ve şekline etkisini ortaya koymuş, ikincisinde ise modern toplumlarda cezaların daha hafif ve hümanist olduğunu ifade etmiştir. Durkheim'in kuramı, hukuk ve değişen toplumsal koşullar arasındaki uyumu ortaya koymaya çalışmaktadır.

Çağdaş hukuk sosyolojisinde Durkheim'in düşünceleri, çalışmaları üzerinden yüz yıldan fazla süre geçmesine rağmen günümüze sirayet eden önemli bir referans noktası ve tartışma konusu olmuştur. Düşünürün hukuk sosyolojisinin genel gelişim çizgisine yaptığı katkı, alanda ampirik çalışmalara da ivme kazandırmıştır. Durkheim'in varsayımlarının test edildiği ampirik çalışmanın verileri cezai yoğunluğun toplumsal karmaşıklıkla ilişkisinin ters orantılı olduğunu ortaya koymuştur. Yapılan diğer çalışmalarda, Durkheim'in iş bölümünün artmasıyla baskıcı hukuktan tazmin edici hukuka ilişkin tespitinden yola çıkılarak hukuki gelişmenin kurumsal gelişmelerle karşılaştırılmasının daha açıklayıcı olduğu iddia edilmiş ve arabuluculuk, uzlaştırma gibi uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin en düşük iş bölümüne sahip toplumların özelliği olduğu ortaya konulmuştur. Durkheim'in bir diğer temel varsayımından yola çıkıldığında, ilkel ve homojen toplumlarda toplumsal uyumu amaçlayan baskı, baskıcı hukuk uygulamalarının kökenidir; fakat homojenleşme, modern toplumlarda da ait olma arayışıyla bağlantılı olarak gözlemlenmektedir. Bu durum, çağdaş düşünürler tarafından, toplum hakkında varsayımların güçlendirilmesi ve sonuçların daha iyi açıklanabilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

Durkheim'a yönelik eleştirilerin genel eksenini; devlet ve hukuk sistemi arasındaki farkı açıklamaması, elde edilen ampirik verilerin zayıflığı ve tutarsızlığı, cezai yaptırımların baskıcı ve sert oluşunun asıl kaynağına yönelik belirsizlik, ceza hukukunun uygulama alanının azaldığına ilişkin yanılğı, toplumsal dayanışma biçimleri arasındaki keskin kategorik

ayrımdaki yetersizlik ve tarihsel gerçekliklerle arasındaki çelişki oluşturur. Bu çalışmanın temel amacı ise Durkheim'ın hukuka ilişkin düşünceleri ve çağdaş hukuk sosyolojisindeki yansımalarının düşünöre yönelik eleştirilerin genel eksenini bağlamında tartışılmaya çalışılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Durkheim, Toplumsal Dayanışma, Cezanın Evrimi, Toplumsal Değişim, Baskıcı Yaptırımlar.

Hegel'in Hukuk Felsefesi Açısından Suç ve Ceza Kavramları Üzerine Bir İnceleme

Araş. Gör. Deniz ÖZEN

Bu çalışma, suç ve ceza kavramlarını, Hegelci hukuk felsefesi açısından teori-pratik ekseninde ele alarak insan düşüncesindeki kökenini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Hegel'e göre suç ve ceza, bir sistem olarak hukukun diğer tüm öge-aşamaları gibi, zihnin tarih zemininde, kendi kendisini nesnelleştirmek suretiyle özgürleşmek için ürettiği, birer öge-aşamasıdır. Bu öge-aşama(lar), insan zihninin gelişmişlik düzeyinin birer evresidir. Buradan hareketle bu çalışmanın temel sorusu, insan zihninin düşünmek suretiyle özgürleşmesi sürecinde, suçun ontolojik köklerinin neler olduğu ve cezanın bu köklerden nasıl neşet ettiği. Söz konusu soru çerçevesinde, ilkin Hegelci hukuk felsefesi açısından "suç"un ne olduğu hak-haksızlık ve zor kullanma kavramları ekseninde ortaya konulacaktır; akabinde, hakkın çiğnenmesi olarak haksızlık ve hakkın yeniden savlanması-haksızlığın ortadan kalkması olarak "ceza" kavramı irdelenecektir. Bu irdelirmede, cezanın amacı, "cezanın amacı ne(ler) olamaz?" sorusu üzerinden gerekçeleriyle açıklanacaktır. Böylelikle, pratikte sadece düzeni ve adaleti sağlamaya yönelik olarak görünen bu iki unsur, neden-sonuç ilişkisinin ötesinde, onu üreten insan düşüncesi düzleminde ele alınacaktır. Bu inceleme neticesinde, Hegelci hukuk felsefesi açısından kavramların içeriğine yönelik yapılan detaylı analizler, başka bir ifade ile kavramları teorik olarak ele almak, suçu, suçluyu, cezayı ve cezanın amacını iki değerli düşünmenin zemininden farklı bir zemine taşımaktadır. Kavramları sadece pratik boyutu ile düşünmek, onları iyi ve kötü, doğru ve yanlış gibi iki değerli düşünce tarzı ile sınırlandırabilmektedir. Oysaki, bu düşünce tarzı, hukuk için gerekli, ancak hukuk zeminde insan davranışını tanımak ve anlamak için yetersizdir. Bu çalışma, söz konusu yetersizliğe ilişkin, suç ve ceza kavramlarını pratikle ilgi içerisinde teorik bir zeminde ele alarak hukuk açısından insanı anlamak için daha gelişmiş bir kavrayış ortaya koymayı hedeflemektedir. Tüm bunlar ekseninde, çalışmanın alana katkısı, Hegel'in hukuk felsefesi açısından suç ve ceza kavramının neliğine ilişkin objektif bir serimleme yapmak, böylelikle hukuk felsefesi alanında, ceza hukuku çalışmalarına veri sunabilmektir.

97

Anahtar Kelimeler: Hak, Haksızlık, Suç, Ceza, Cezanın Amacı, Özgürlük.

Orta Çağ'da Gelenek, Hukuk ve Otorite: Etkin ve Geçerli Hukuk Bağlamında Bir Değerlendirme

Araş. Gör. Dr. Emre PARTALCI

Tebliğde Orta Çağ Avrupası'nda var olan çok hukuklu düzen ele alınmaktadır. Farklı kaynaklardan sadır olan bu hukuklara ilişkin değerlendirme hukuk sosyolojisinin etkin hukuk ve geçerli hukuk kavramlarına başvurulmaktadır. Böylelikle konunun özgün bir bakış açısı ile ele alınması hedeflenmektedir. Günümüzde hukuk tanımı çoğunlukla hukuk ile modern devlet arasındaki ilişki vurgulanarak yapılmaktadır. Halbuki hukuk bakımından evrensel bir tanım verebilmek için onun tarihsel serencamı da hesaba katılmalıdır. Orta Çağ'a dönüldüğünde hukuk ile devlet arasında günümüzdekinden farklı bir ilişkinin olduğu görülmektedir. Hukukun etkinliği bakımından da geçerliliği bakımından da devletin rolünün günümüzdekinden farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu vargıya gelenek ile hukuk arasındaki ilişki üzerine bir çözümlenme yaparak ulaşılmaktadır. Çözümlenme iki ayaklıdır: İlk olarak hukuk ve gelenek arasındaki ilişkiye odaklanılmaktadır. Orta Çağ Avrupası'nın bir döneminde gelecekte olacak olanlara uygulanacak kuralların, geçmişten beri uygulanagelenlere sıkı surette bağlandığı görülmektedir. Bu tespitin ardından yapılan soyutlamayla ise geleneğin otoritesine ulaşılmaktadır. Bu bakımdan tebliğde etkin hukukları geleneksel uygulamanın belirlediği, bu hukuka geçerlilik kazandıranın ise geleneğe mündemiç bulunan bir otorite olduğu değerlendirilmesi yapılmaktadır.

98

Anahtar Kelimeler: Gelenek, Otorite, Etkin Hukuk, Geçerli Hukuk, Orta Çağ.

Mağduru Suçlamak Faili Aklamak: Mağdura Yönelik Yüklemeler Üzerine Bir Değerlendirme

Dr. Osman SÜMER

İnsanoğlu, sosyal bir varlık olması sebebiyle tek olarak başladığı hayatını devam ettirebilmek ve ihtiyaçlarını karşılayabilmek için toplu yaşama eğilim göstermiştir. Bu ortam bir düzenin varlığını gerekli kılar. Ne var ki, içinde yaşadığı sosyal, siyasi ve ekonomik yapı ihtiyaçlara cevap vermediği durumda birey, çatışma yaşamaktadır. Bu çatışmanın ortaya çıkardığı gerginlikten dolayı birey, suç ve sapma davranışı sergilemektedir. Sözü edilen davranışın diğer bireyler üzerinde mağduriyet yaratması kaçınılmazdır.

Öte yandan “mağdur suçlayıcılık”, bir suçun işlenmesinde suçlu gibi mağdurun da bir payı olduğuna dair mağduru suçlamak anlamına gelir. Sorumluluğun suç işleyene (faile) değil, saldırıya uğrayan bireye yüklenmesini ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Suç işleyen hakkında konuşulmasını engeller ve suç işleyeni unutturmanın önünü açar. Ayrıca, saldırının nereden geldiğini önemsizleştirir. Mağdur olan bireyde, kusur ya da kabahat bulmaya çalışılarak, mağduriyetin kendisinin o kusur üzerinden ortaya çıktığı mesajı verilir. Çoğu zaman açıktan suçlamada bulunmaz. Örtük olarak mağdurun hak ettiğini telkin eder. Tabi ki de, mağdur suçlayıcı yorumlar mağduru olumsuz yönde etkiler ve aynı zamanda suç işleyeni aklamaya yönelik bir zemin hazırlar.

Dolayısıyla “mağdur kendini yeterince ifade edebiliyor mu?” sorusuna cevap aradığımız bu çalışmada; “mağdur suçlayıcılığı hususunda taviz verilmesi, suçu işleyenin suç işlemekten çekinmemesini sağlıyor” hipotezinin sınanması amaçlanmaktadır.

Bu bağlamda, çalışmamızda “mağdur” ile ilgili kavramsal ve kuramsal altyapıyı hazırlayan literatür taraması yapılacaktır. Ardından “mağdur suçlayıcılık” ve “hedefler ile vasıtalar arasındaki uyumsuzluk” ilişkisi teorik olarak tespit edilip, adalet istatistikleri ve yargı kararları örnekleri üzerinden eleştirel boyutta irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Düzen, Adalet, Suç, Mağdur, Mağdur Suçlayıcılık.

G. W. F. Hegel'in Tarih Felsefesinde Roma Hukukunun Rolü Üzerine Bir Değerlendirme

Araş. Gör. Çağatay ŞAHİN

Hegel'in tarih felsefesinde Antik Yunan, tinselliğin ve etik yaşamın ideal bir form aldığı tarihsel aralıktır. Buna karşılık Roma İmparatorluğu ile başlayan dönem sürekli şekilde Yunan kültür dünyasıyla karşılaştırılarak ve ona karşıt biçimde okuyucuya sunulur. Hegel'e göre tarihte tekrar kendisini antik dönemdeki şekliyle göstermeyecek olan oikos-polis uyumu, Roma İmparatorluğu'nun kuruluşundan itibaren tüm toplumsal kurumlarda disiplinli, itaatkâr bir yaşam biçimine yerini bırakacaktır. Bu durum özel ve kamusal alanda, oligarşik mülkiyet ilişkilerinde veya başta kölelik kurumu olmak üzere yurttaşlık hiyerarşisinde görülmesi olanaklı bir durumdur ki bu toplumsal ilişkilerin yasal alanda karşılığı XII Levha Yasaları'ndan başlayarak Roma tüzmesini ortaya çıkarmaktadır. Özel mülkiyet hukukunun en kapsamlı ve hiyerarşik biçimde belirlendiği bu toplumda Roma yurttaşı da aileden meclise, tribünlük kurumundan patronaj kavramına kadar bu ilişkilerin içerisinde bir yaşam sürdürmektedir.

Buradan hareketle bir toplumdaki yasaların o toprakta yaşayan halkın yaşamıyla özdeş ve gelişim düzeyiyle yakın olması gerektiğini savunan Hegel'in düşüncesinde soyut haktan başlayarak her moment o toplumun kendi örf ve adetleriyle uyumlu olmak zorunda olan bir yasal örüntüyü karşımıza çıkarmaktadır. Bu açıdan çalışmanın temel iddiası Roma örneği üzerinden yasa fikrine toplumsal olarak Hegel'in nasıl yaklaştığını ele almak ve Tarihçi Okul başta olmak üzere düşünürün kendi çağdaşlarından "Volkgeist" kavramı konusunda hangi noktalarda farklılaştığını açıklamaktır. Bu doğrultuda bir ülkenin başka bir ülkeden kanun almasına veya fethedilen ülkeye hukuk empoze etme fikrine karşı çıkan Alman filozof, Roma İmparatorluğu'nun toplumsal karakteri ve kültürel kodlarının bir gereksinimi olarak Roma yasalarını ele almaktadır.

100

Anahtar Kelimeler: Antik Yunan, Roma İmparatorluğu, Etik Yaşam, Tüze, Halk Ruhu.

Eğlence Kültürünün Değişimi: Kamusal Alanda Daralma ve Yeni Tabuların İnşası

Dr. Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER

Kültür, modernleşme, kamusal alan gibi kavramlar esasında gerek hukuk gerekse siyaset bilimi ve sosyoloji alanlarında çokça işlenmiş konulardır. Yine de yeni bir şey söylemek halen mümkündür. İnsan bedeniyle yapabildiği şeyler için uzantılar geliştirir. Örneğin, silahların evrimi yumruk ve dişlerle başlar ve atom bombasıyla dahi sona ermez. Eşyalar, araçlar hep uzantılar olarak karşımıza çıkarlar. Ses, alfabeyle, sözle, notayla, sözlü müzikle, enstrümanla uzantı olarak somutlaşır. Öncelikle kutsalın ritüelleşmesinde karşımıza çıkan müzik ve ritim, zamanla hoş vakit geçirmenin bir aracına dönüşür.

Ritmin ve ritüelin değişimi gibi zamanla insanın diğer uzantılarında da değişim kaçınılmazdır, fakat değişim her vakit hoş karşılanmaz. Değişime direnç gösterme ve değişime karşı farklı değişimler önerme bir refleks gibi karşımıza çıkar. Hoş vakit geçirme davranışlarının ritüele dönüşmesi ve gündelik hayata eklenmesi kamusal alanın geçirdiği değişimlerle bağlantılıdır. Kamusal alan genişledikçe, eğlence ya da hoş vakit geçirme aktiviteleri de gündelik hayatın basit bir uzantısı haline gelerek buraya eklenenecektir ve “hane dışı” yaşam yaygınlaşacaktır. Demokrasinin meşrulaştığı alan olarak kamusal alanda çok değişik eğlence kültürleri varlık kazanacak ve bu da uzlaşımın bir parçası haline gelecektir. Kamusal alandaki daralma ise, hoş vakit geçirmenin “hane içi”ne çekilmesi, mahremle eşleşmesi ve meşru görülen davranışların kısıtlanması anlamına gelecektir. Bedensel isteklerin uzantısı olarak dil değişecek, beden hareket ettiği uzamın değişmesine bağlı olarak kıvraklığını kaybedip, katılaşacak ve kamusal alanda kendine sansür uygularken mahrem alandaki gevşeme yeni ritüelleri ortaya çıkaracaktır. Bu çalışmada bu değişim izlenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Eğlence, Değişim, Kamusal Alan, Mahrem, Ritüel.

Hannah Arendt'in Hukuk Düşüncesinde Nomos'un Anlamı

Av. Kağan ŞEKER

Hukukun ne'liğine dair tartışma epey eskidir. Bu tartışma, hukuk ile felsefe ilişkisinin serencamı bakımından hayli mühimdir. Arendt, bir siyaset felsefecisi olarak, hukuk ilminin sahasında kabul edilebilecek “şiddet”, “politika”, “kamusal alan”, “otorite”, “kurucu iktidar” ve “anayasal kuruluş” gibi pek çok kavrama eserlerinde yer vermekte ancak bu kavramları çoğu zaman hukuk yazınının genel eğilimi bağlamındaki anlamlarıyla kullanmamaktadır. Bu kavramlara ilişkin Arendt'in çizmiş olduğu sınırlar, kendi düşünsel uzamında hukuk düşüncesinin sınırlarını da meydana getirmektedir. Arendt'in eserlerinin sistematik olmadığı yönündeki eleştirilerden hukuk düşüncesi de nasibini almaktadır. Zira Arendt, hukuk düşüncesine dair birçok eserinde çeşitli tanımlamalara başvurmakta ancak derli toplu tanımlardan ve genel bir çerçeve sunmaktan kaçınır gibi görünmektedir. Arendt'in politik teorisinde *polis*'in ve Antik Yunan'ın etkisi ne kadar kurucu bir yer tutmaktaysa *nomos* kavramı da hukuk düşüncesinde o denli kurucu bir yer tutmaktadır. Bu çalışma ile Arendt'in hukuk düşüncesinde *nomos*'un kurucu bir anlamı olduğu ileri sürülmekte ve müstakil bir kavram olarak *nomos*'un Antik Yunan'daki kullanımlarından bugüne süregelen kullanımlarını göz önüne alınarak, *nomos* kavramının Arendt'in hukuk düşüncesindeki anlamının ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hannah Arendt, Hukuk, Nomos, Politika, Antik Yunan.

Kimin Kanunu? - Şekli ve Maddi Kanun Ayrımının Kökenleri

Araş. Gör. Beren ŞEN ÇETİNER

Günümüzde kanun kavramının tanımı yapılırken şekli anlamda ve maddi anlamda kanun anlayışlarından yararlanılmaktadır. Genel bir ifadeyle şekli kanun anlayışında kanun, öngörülen usule uygun olarak yetkili kılınmış organ tarafından yapılan işlemken; maddi anlayışta kanunu ihdas eden organa ve ihdas usulüne değil, kanunun içeriğine odaklanılmakta olup, hangi organın işlemi olduğu önemsenmeden genel, soyut, objektif bir kural ihtiva eden işlem kanun kabul edilmektedir. Bu iki anlayışın kanunun ne olduğunun tespitinde birbirinden farklı unsurlara odaklanıyor oluşunun Avrupa'da meşruti monarşilerin yükselişe geçmesine ilişkin tarihsel kökenleri vardır.

Monarkın iradesinin hukuk olduğu veya bir başka ifadeyle monarkın iradesini ortaya koyan işlem türünün hukuk olmak bakımından önem arz etmediği mutlak monarşiler döneminden, monarkın iktidarının ortaklıkla da olsa sınırlandırılması anlamını taşıyan parlamentoların varlık kazanması, bu ikili yapı arasında yetki alanı sorununu ve kuralı koyanın kim olacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Bu bağlamda tarihsel süreçte parlamentoların güçlenmesi, şekli kanun anlayışının öne çıkmasına eşlik ederken, maddi kanun anlayışı ile monarşik rejimlerin son dönemlerinin paralellik arz ettiği de görünür niteliktedir.

Teorik olarak şekli ve maddi kanun anlayışları arasındaki ayrımın, 19. yüzyılın ikinci yarısında Almanya'da bütçe tartışmaları esnasında kral ile parlamento arasında yaşanan çatışma sonucu ortaya konduğu bilinmektedir. Bu döneme kadar özgürlükleri ve mülkiyeti düzenleyen kuralları kanun kabul eden maddi görüşün hâkim olduğu buna karşılık pozitif anlamda 1850 Prusya Anayasasında yasanın şekli bir anlayışla tanımlandığı görülmektedir. Kanun kavramını incelerken bu iki anlayış arasındaki çatışmaya dönerek yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin tarihsel evriminin izlenmesi, kanunun ne olduğu sorusu adına önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Kanun, Şekli Kanun, Maddi Kanun, Hukuk Devleti, Parlamento.

Avukat Tabusu: Freud'un Tabu Aktarımı Teorisine Dayalı Bir İnceleme

Araş. Gör. Pıralı Çağrı ŞENSOY

Avukatlığın halk nezdinde en hafifi “yalancılık” olmak üzere pek çok kötü ithama maruz kaldığı bilinen bir gerçektir. Avukatlık mesleğine yönelen ve yüzlerce yıl önceki metinlerde dahi rastlamak mümkün olan bu olumsuz tutum saha araştırmalarıyla da ortaya konulmuş bir vakıadır. Bu fenomenin birçok sebebini bulmak mümkündür. Biz bu bildiriye bu sebeplerden birisini, birbirinden farklı çağlarda bambaşka coğrafyalarda ortaya çıkan ve avukatlık mesleğine yönelen kötü algının köklerini bilinç dışında arayacak ve bu bağlamda Freud'un tabuların aktarımı ile ilgili teorisinin kullanılabileceğini iddia edeceğiz.

Psikanalizin kurucusu olarak kabul edilen Sigmund Freud insanın karar alma sürecinde yalnızca bilinçli faktörlerin etkili olduğu tezine karşı çıkararak insan eylemlerini yönlendiren bir de bilinç dışı alanın olduğunu keşfetmiştir. Freud'a göre insanlar kimi duygu ve düşüncelerini çeşitli sebeplerle bastırırlar ancak bu duygu ve düşünceler kaybolmaz, insan eylemlerini manipüle etmeye devam eder. Bilinç dışı unsurların eylem ve duyguları manipüle ettiği bir alan da tabulardır. Freud'un arkeolojik incelemelerden yararlanarak modern insanın bilinç dışına ışık tutmaya çalıştığı bu teoriye göre tabuyu ihlâl etmek uğursuz sayılan ve korkulan bir durumu ifade eder. Bu yasaklar vasıtasıyla insanların vahşi istekleri bastırılır. Ancak bilinç dışında tabuya yönelik istek devam eder. Tabu bir başkası tarafından ihlâl edildiğinde toplum tarafından faile karşı kıskançlık duyguları oluşur ve fail artık tabunun işlenebileceğinin sembolü olarak bizzat tabu hâline gelir. Artık tabu olan fiil gibi tabuyu işleyen kimse de uğursuz ve korkulan bir kimse hâline gelir. Freud bu teorisini “Tabuların Aktarımı Teorisi” olarak ifade etmektedir.

Avukatlık mesleği çoğu zaman tabuyla ilişki hâindedir. Şöyle ki, özellikle ceza yargılamalarında avukatlar (müdafiler) tabuları ihlâl ettiği itham edilen sanıkların vekili konumundadırlar. Yargılama esnasında avukatın konumu tabu olan fiili işleyerek uğursuz hâle gelmiş, topluma tabunun ihlâl edilebileceğini hatırlatan, toplumun tabuyu ihlâl etmek yönündeki kıskançlığını üstüne çeken yani kendisi de tabu hâline gelmiş olan suçlu ile aynı taraftadır. Böylece Freud'un “bir nevi bulaşıcı hastalık” benzetmesi yaptığı tabu avukata bulaşmakta ve avukatın da toplum nezdinde tabu yani uğursuz kimse hâline gelmesine sebebiyet vermektedir. “Avukat Tabusu: Freud'un Tabu Aktarımı Teorisine Dayalı Bir İnceleme” başlıklı işbu bildiriye özetini yukarıda vermiş olduğumuz iddialarımız ayrıntılı

olarak inceleyecek ve avukatlık mesleğinin sevilmemesinin bir sebebinin de Freud'un söz konusu teorisiyle izah edilebileceği iddia edeceğiz.

Anahtar Kelimeler: Adalet Psikolojisi, Bilinç Dışı, Psikanaliz, Tabu, Avukat.

Bernard Edelman'ın Hukuk Anlayışında Hukuk Öznesi

Araş. Gör. Emre ŞİMŞEK

Bernard Edelman, Marksizm üzerinden hukuk yaklaşımını ortaya koymaktadır. Hukuki söylem Edelman'a göre, ideolojinin hukuk alanındaki konumlanışında "büyük özne" ve "küçük özne" şeklinde iki tür olarak görülebilecektir. Büyük özne ile küçük özne arasında, söylemsel olarak birbirini etkileme ve emir-komuta ilişkisi gibi bir ağ bulunmaktadır. Bu noktada ideolojinin hukuk bağlamında konumlanışı "iki katmanlı bir yansıtıcı" olarak belirtilmektedir. Kısaca özetlemek gerekirse birbirini besleyen ve birbiriyle bağlantı içerisinde olan bir anlam ifade edilmeye çalışılmaktadır. Büyük özneyle anlatılmak istenen şey hukuki ideolojidir, küçük özne ise hukuk öznesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, büyük öznenin buyruğuyla hareket eden bir hukuki özne yapısı mevcuttur. Ancak hukuk ideolojisi, doğrudan bir özne tanımını sağlamamaktadır. Hukuk ideolojisi özneyi, sahip olan/mülkiyeti haiz bir şey olarak inşa eder. Bu noktada hukukun kendisini var etme mekanizması Marksist hukuk anlayışında sıklıkla görüldüğü üzere meta mübadelesi ve kapitalizm ekseninde anlatılır. Bu durum Marksist hukuk anlayışının temelinde öne çıkan isim olan Pashukanis'in eserlerinde hukuk öznesinin meta mübadelesi içerisindeki yeri ve sözleşme dinamikleriyle şekillenen hukuk bakımından tespit edilmeye çalışılmaktadır. Edelman'ın Marksist düşünceden özne anlayışı itibarıyla ayrıldığı nokta, mevcut meta mübadelesi ilişkilerine göre hukuki ilişkilerle gerçeğin gizlenmesinden ziyade hukukun özneleri ve deneyimleri inşa eden bir toplumsal ilişkiler ağının parçası olarak algılanmasını gerektirmektedir. Böylece hukuki özne de inşa edilen bu ağ içerisinde kendisine yer bulmaktadır. Marksist hukuk teorisi açısından, hukuk öznesine yaklaşımın farklı ilişkilerle açıklanmaya çalışılması hukuk teorisi açısından özneliği ve özneliğin kurucu ilişkilerini anlamak bakımından önem ihtiva etmektedir. Bu saikle bildiri, Edelman'ın hukuk anlayışında öznenin, genel itibarıyla Marksist çizgide yer alan anlayıştan farklarını ortaya koymayı ve özne eksenli hukuk tartışmasına katkı sunmayı amaçlamaktadır.

106

Anahtar Kelimeler: Marksist Hukuk, Hukuk Öznesi, Hukuk İdeolojisi, Hukuki Söylem, Meta Mübadelesi.

Jacques Derrida ve Sivil İtaatsizlik: Hukuk, Adalet ve Dekonstrüksiyon

Araş. Gör. Duygu TAN

Jacques Derrida düşüncesinde dekonstrüksiyon kavramı, siyaset felsefesi bağlamında düşünüldüğünde, hukuk ile hukuka indirgenemez adalet düşüncesi arasında bir faaliyet olarak ortaya çıkar. *Derrida*'nın performatif edim kuramı uyarınca, hukukun temelini temelsiz olduğunun, şiddete dayandığının tespiti, dekonstrüksiyona imkân sağladığı gibi, toplum sözleşmesinin bir eleştirisini ve hukukun tarihle olan problematik ilişkisini ortaya koyar. Hukuk, adaletsiz olamayacağı gibi adalet de hukuksuz olamaz. Ancak birbirlerine indirgenemez ya da birbirleriyle kesişemezler. Adalet fikri, tarihselleştirilebilecek tüm normların üstünde, üstün derecede geçerli bir düşüncedir; “*hukukun hukuku*”nu (“*the law of law*”) ifade eder. Hukukun dekonstrüksiyona tabi tutulabilirliği ile adaletin dekonstrüksiyona tabi tutulamazlığı, dekonstrüksiyonu mümkün kılar. İmkansızın bir deneyimi gibi olan dekonstrüksiyon, üç açmaz barındırır: i) kuralın askıya alınması (*epochè of the rule*); ii) karar verilemezlik (*undecidability*) ve iii) adaletin aciliyeti. *Derrida*'nın hukuk, adalet ve dekonstrüksiyon hakkındaki bu düşünceleri bağlamında, bu tebliğ, hukuk adaleti ile hukukun ötesindeki adalet arasındaki gerilimden beslenen sivil itaatsizliğin anlamını, rolünü ve gerekçelendirilmesini okumayı hedeflemektedir. Bu kapsamda, bir yasanın adil olup olmadığına ilişkin eleştirilerin her daim açık tutulması gerekliliğini ortaya koyan politik bir eylem olan sivil itaatsizliğin genel çerçevesi verilerek, hem hukuka uygun davranma, hem de adalet fikrinden sorumlu olma dilemması ortaya koyulacaktır. Ardından, sivil itaatsizliğin dekonstrüksiyon ve açmazları ile olan ilişkisi irdelenerek, sivil itaatsizliğin hukuk dışı (*extra legem*) niteliği ile *Derrida*'nın hukuki-siyasi değişikliklere ve yasanın meşruiyetinin gelecekte gelmesine dair yorumları arasında çıkarsamalar yapılacaktır.

107

Anahtar Kelimeler: Derrida, Sivil İtaatsizlik, Hukuk, Adalet, Dekonstrüksiyon.

Ceza Yargılamasına Epistemoloji Penceresinden Bir Bakış: Maddi Gerçeğin Keşfi ve Geçmişin Yeniden İnşası

Dr. Öğr. Üyesi Özgür TAŞDEMİR

Ceza muhakemesi hukukunun amacı, sanığın temel haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ceza yargılamasında epistemolojinin de alanına giren, sübut ve hukuksal olaydan oluşan iki sorun çözülür. Bu çalışmada, geçmişte yaşanmış bir olayın maddi gerçekliğinin keşfi çabasına, yani sübut sorununa, epistemolojik açıdan yaklaşılabilecektir. Ceza yargılaması, epistemoloji aracılığıyla ilk elde irdelenebilecek, maddi gerçek, vicdani kanaat, şüphe, tanıklık, delil, şüpheden sanığın yararlanması, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi, kavramlar ve ilkeler barındırır.

Yargıç, geçmişte yaşanmış bir olayın nesnel “gerçekliğini”, önündeki deliller vasıtasıyla yeniden, doğru bir biçimde keşfetmeye çalışır. Basit, makul, kuvvetli olarak sınıflandırılan şüphe basamaklarını aşarak, oluşla ilgili hiçbir tereddütü barındırmayan vicdani kanaatini oluşturur. Delillerin ortaya konulması, olayın, tanıklığına başvuru alanların belleklerinde aldığı biçim, sanık hakkındaki şüphelerin yenilmesini sağlayabileceği gibi geçmişi de yeniden inşa eder. Bu süreçte, vicdani kanaatiyle bağlı bulunan yargıç, bağımsız ve tarafsızdır.

Çalışmamızda, yargıç özne olarak merkeze koyulacak, yargılama boyutuyla epistemolojik erdem ve yükümlülükler irdelenecektir. Fricker’ın önyargıları göz önüne aldığı, tanıklığa özgü epistemik adaletsizlik biçimleri değerlendirilecek, şüphe ve vicdani kanaat incelenirken de genel olarak, Chisholm’un kanıta dayalı doğru inanç tanımıyla, kesin bilgiye varmak için öngördüğü epistemik seviyelerden yola çıkılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi, Epistemoloji, Bellek, Tanıklık, Epistemolojide Erdemler, Epistemolojik Yükümlülükler.

Hukukun Yitik Hikmeti: Adalet Fenomenolojik Bir Yaklaşım

Prof. Dr. Ali TAŞKIN

Tanımı, içeriği ve imkânı konusunda uzlaşamayan adaletin, üzerinde en çok düşünülen, konuşulan, yazılan ve tartışılan bir kavram olduğu konusunda uzlaşma olduğu söylenebilir. Müsterek bir tanım yapılamasa, içeriği farklı şekilde doldurularak çeşitlendirilse de, akıl sahibi her insanın bir adalet anlayışı, algısı ve kavrayışı olduğu; herkesin adalet denildiğinde neyin kastedildiğini tam olarak bildiği ve anladığı güçlü bir hipotezdir. Daha açık bir deyişle, tanım ve teorisi bir muamma gibi görünen adaleti herkes biliyor ve tanıyor. Ne tarihsel anlayış ve yaklaşım farklılıkları ne terminoloji sorunu ne kavram kargaşası ne ahlak görüşleri ne hukuk okullarının adalet üzerine farklı görüş ve yorumları ne de her türlü rölativizmi içeren felsefi, hukuki adalet teorileri, kolay kolay bu tezi çürütemez. Bildiride, tarihsel kökenler, tanım, içerik, algı, anlayış ve uygulamalara yönelik çeşitlilikleri göz ardı etmeden, umutla aranmaya devam edilen adaletin, hayatın içinden örneklerle, realitedeki durumu ele alınacak, bu bağlamda, havada uçuşan kuram ve retorikleri paranteze alarak, fenomenolojik bir yöntemle ilerlemeye çalışılacaktır. Burada temel amaç, ne kadar anlaşılmaz tanım ve teorilerin konusu olmuş olsa da uygulamada görülen olumsuzlukların umutları bütünüyle yok etmediğine işaret edilerek, adaletin imkânı üzerine bir tartışma yapmaktır. Bu bağlamda, insan türünün *sine qua non*'u olan adalet erdemini idealize eden umutla beklemeye yöneltten arka plana kapı aralamaya çalışılacaktır.

109

Anahtar Kelimeler: Adalet idesi, Hukuk, Eşitlik, Kamu Vicdanı, Fenomenoloji.

Pozitif Hukukun 'Ama' İle İmtihani: Tarık Özbilgen Perspektifinden Etiyoloji-Aksiyoloji Gerilimi Üzerine Bir Tartışma

Serap TEPE

Toplumsal yaşamın sürdürülebilir kılınması ancak tesis edilen toplumsal düzenin istikrarıyla mümkün hale getirilebilir. Toplumsal düzenin istikrarı ise, bu düzenin başat taşıyıcısı niteliğindeki (pozitif) hukuk kurallarının nasıl oluşturulduğuyla ve nasıl uygulandıklarıyla doğrudan ve kaçınılmaz bir biçimde ilgilidir. Bu yönüyle bir ödev mi yoksa bir fonksiyon mu olduğu tartışmasından bağımsız olarak hukukun toplumsal düzenin inşası ve korunması bağlamında sahip olduğu anlamın en hassas noktasını pozitif hukuk kurallarının “amaca uygun” bir biçimde oluşturulması ve uygulanması meselesi teşkil etmektedir. Söz konusu meselenin “amaca uygunluk” tartışması için en ideal zemin hukuk sosyolojisi olmalıdır. Türk hukuk sosyolojisi geleneğinin en özgün temsilcilerinden biri olan Tarık Özbilgen yukarıda işaret edilen amaca uygunluk meselesini “hukuk sosyolojisi alanında değer yargısının zorunluluğu” tartışması içinde eleştirel bir perspektifte ele almaktadır. Özbilgen’in etiyojji (nedenbilim) – aksiyoloji (değer teorisi) gerilimi (hem bağlantı hem de çatışma anlamında) ile ilgili yaptığı çözümlere üzerinden “*yasa sert de olsa yasadır ama...*” ile başlayan pek çok itirazı temellendirebilmek mümkün görünmektedir. Bu çalışmada öncelikle Tarık Özbilgen’in Türk hukuk sosyolojisi geleneğindeki yeri ortaya konulduktan sonra Özbilgen’in “*etik sosyal düzen*” tasarımı içinde hukuk sosyolojisinde değer yargısı tartışması ele alınmaya çalışılacaktır. Yapılacak değerlendirmeler; “örselenmiş kadın sendromu”, “rehine kurtarma atışı”, “kamusal menfaat için işkence tehdidi”, “sivil itaatsizlik eylemleri” gibi tartışmalı alanlar odağa çekilerek somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

110

Anahtar Kelimeler: Tarık Özbilgen, Hukuk Sosyolojisi, Etiyoloji, Aksiyoloji, Etik Sosyal Düzen.

1917 Aile Kararnamesine Giden Sürecin Toplumsal Cinsiyet Kategorisi Bağlamında İncelenmesi: Kadınlar Dünyası Örneği

Araş. Gör. Melda Ezgi TOYDEMİR

1917 Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nde 19. ve 20. yüzyıllarda yaşanan önemli toplumsal değişimlerin hukuki alana doğrudan yansıması olarak görülebilir. Kararname'yi ortaya çıkaran süreç birçok farklı açıdan ele alınabilir. Fakat burada, kadınların toplumsal konumlarındaki değişim faktörüne odaklanılacaktır. Özellikle II. Meşrutiyet sonrası artan basın yayın ve dernekleşme faaliyetleri yakından incelendiğinde burada kendine özgü bir kadın varlığı ve kamusal alana çıkma konusunda bir ısrar görülür. "Kadınlar Dünyası" dergisi de bu süreçte çıkarılan dergiler biridir. Bir kadın hakları örgütünün yayın organı olması, nispeten radikal söylemi ve sergilediği politik duruşla dönemin diğer kadın dergilerinden ayrılır. Ayrıca kendisini açıkça feminist olarak tanımlaması ve tüm yayın hayatı boyunca sayfalarını yalnızca kadın yazarlara açması, kadınların toplumsal konumlarına ilişkin sorgulamalarını gözlemek bakımından dergiyi ayrıcalıklı bir yere koyar. Çalışmada bu dergi üzerinden kadınların kendi toplumsal rollerine bakışlarındaki değişim incelenecektir. Çalışmanın amacı, ilgili süreçte toplumsal cinsiyet paradigmasında yaşanan değişimleri göstermek ve Kararname'ye yol açan etkenlere bu açıdan ışık tutmaktır.

Hemen belirtmek gerekir ki burada iddia, belirli bir kadın hareketinin doğrudan Kararname'ye yol açtığı değildir. Kararname'nin içerdiği ve dönemine göre radikal sayılabilecek düzenlemelerin, Osmanlı toplumunun gündelik yaşantısında önemli değişimlere işaret ettiği, bu değişimlerin toplumsal cinsiyet kategorisini hesaba katarak anlamlı bir okumasının yapılabileceği ve nihayetinde ilgili dönemde Osmanlı toplumunda kadın ve erkek olmanın toplumsal anlamında bir kırılma olduğunun gösterilebileceğidir. Tüm bunları açığa çıkarmak ilgili sürecin tarihsel koşullarını araştırmayı gerektirir. Bunun için belirli bir zaman ve yerdeki kadın deneyimi açığa çıkarılmalıdır. Çalışmanın mahiyetini netleştirmek ve kavramların kullanımında anakronizme düşmemek adına, toplumsal cinsiyetin çalışma içerisinde kullanılacağı anlamı ve yöntemi açıklığa kavuşturmak gerekir.

Toplumsal bilinç inşa sürecinin bir parçası olan tarih yazımı, iktidar ilişkilerinin tam ortasındadır ve tarihe geçirilmeye hak kazananlar da bu ilişkiler ağının merkezinde bulunanlardır. Kadınların tarihsel varlığını ve deneyimini açığa çıkarmaya yönelik bir çalışmanın tarih okumasına toplumsal cinsiyet kategorisini dahil etmesi gerekliliği burada ortaya çıkar. Geleneksel bakışın dışına çıkılır ve sorulan sorular değiştirilir.

Tarihsel bilgiye yönelik eleştirel yaklaşım öncelikle, ikinci dalga feminizmde kendini göstermiş; bu kapsamda önemli kadın figürlerin yaşamları ve başarıları ön plana çıkarılmıştır. Tarihe kadınların eklenmesini içeren yaklaşım, zamanla tarihsel çerçevenin kendisini eleştirmeye başlamıştır. Feminist perspektif ışığında farklı analitik kategoriler ve kavramsallaştırmalar arayışına girilmiştir. 1980’lerden itibaren tarihsel araştırmada “kadın” kategorisi yerini, daha kullanışlı bir analiz aracı olan “toplumsal cinsiyet” kategorisine bırakmıştır. Tarihsel süreç içerisinde belirli bir yer ve zamanda cinsler arasında var olan ayrımın ve bu ayrımdan kaynaklı iktidar ilişkilerinin ortaya çıkarılması bakımından toplumsal cinsiyet daha kullanışlı bir kategori olarak görülmüştür. Toplumsal cinsiyet, kadınlar ve erkekler bakımından “normal” ve “uygun” olarak görülen rollerin, davranış kalıplarının ve yaşam biçimlerinin tamamen toplumsal olarak inşa edildiğine işaret eden bir kavramdır. Kadın ve erkek olmaya dair normatif tanımların ilişkisel yönüne de dikkat çekilir. Bu sayede toplumsal yaşamın dinamiklerini, bu dinamiklerin devamlılığı yahut değişimini açıklamak için elimizde kullanışlı bir araç bulunur. Kadınların ve erkeklerin gündelik deneyimleri, cinsiyetlerin verili kimliklerinin toplumsal bir kurgu olduğunu göz önünde bulunduran eleştirel bir gözle okunur. Toplumsal cinsiyet bir tarihsel analiz kategorisi olarak dikkate alındığında, aynı olayların kadınlar ve erkekler bakımından farklı deneyimlendiği, çıkarlarının ve kazanımlarının farklı olduğu görülecektir. Kadınların maddi ve manevi varlıklarını anlamaya yönelik ve toplumsal cinsiyet farklılığının toplumsal örgütlenmede merkezi bir rolü olduğunu kabul eden bu yaklaşım, kadınların kendilerine özgü deneyim, davranış ve seçimlerini tarihçi tarafından daha anlaşılır kılar.

Hukuki metinler aracılığıyla gözlemleyebileceğimiz iktidar ilişkilerinin bazı ahlaki yargı ve kalıpları nasıl doğallastırdığı, ancak bu kategorilerin tarihsel olarak nasıl üretildiği çözümlenerek açığa çıkarılabilir. Pek tabi burada, bugünün değer yargıları ile geriye dönük hatalı bir değerlendirme yapmaktan kaçınmak gerekir. Fakat bu gelişmelerin eleştirel bir gözle, toplumsal cinsiyet bağlamında gözden geçirilmesi, halen günümüzde var olan kimi önyargılar ve ahlaki kodların açığa çıkarılması, köklerinin ne denli derinlere uzandığının keşfedilmesi ve tartışmaya açılması bakımından önemli gözükmektedir.

Anahtar Kelimeler: Toplumsal Cinsiyet, Feminizm, Osmanlı, Kadınlar Dünyası, 1917 Aile Kararnamesi.

Yapay Zekâ Sistemlerinin Etik Denetimi

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG

Çağımıza birçok adlar verilmekle birlikte, doğru adın Yapay Zekâ Çağı olduğunu düşünmek pek de yanlış olmasa gerek. Yapay Zekânın girmediği, bir biçimde dokunmadığı herhangi bir hayat alanı yoktur.

Endüstri 4.0 yani 4. Endüstri Devrimi iddiası ardından 5.0 da gündeme getirmiş ve hayatımızı radikal biçimde değiştirecek yeni bir üretim, tüketim ve hayat tarzının kapımıza kadar geldiğini bize müjdelemiştir. Yapay Zekâ ile anılan hayat tarzı ve beraberinde getirdiği Sanal gerçeklik, Blok Zincir, Tekillik Metaevren vb. kavramların ardında bunları mümkün kılan güç yapay zekâdır. Onun dayanağı ve böyle cüretkâr biçimde hayatımıza müdahale edebilmesini sağlayan ise insan beyni konusundaki çalışmaların oldukça ilerlemiş ve belirli bir düzeye gelmiş olmasıdır. Yapay zekânın aslında insan beyninin çalışma biçiminin yapay olarak, elektronik olarak taklit edilmesi olduğunu hatırlamak bu iki çalışma alanının birbiriyle bağlantısını ortaya koymaya yeterli olacaktır. İnsan beyni belirli kimyasallardan oluşmuş bir yapıdır ama elektronik olarak belirli algoritmalarla çalışır. Dolayısıyla işlem hızı bakımından geride kalan bu sistemi eşsiz kılan özelliklerin gün geçtikçe daha başarılı taklidi yeni ve tahmin edilemez bir dönemin de başlangıcını oluşturmaktadır.

Böylesi radikal bir gelişmenin, yeni hayat tarzının etik açıdan değerlendirilmesi doğal olarak çok önemlidir. Yapay zekâ ve etikten söz edildiğinde akla gelen olası etik özneler: programcı ya da son kullanıcıdır. Burada temel soru: yapay zekânın programcıdan bağımsızlaştıktan sonra -ki her yapay zekâ programı bu adı almaya hak kazandığı ölçüde programcısından bağımsızlaşmaktadır- etik bir özne, etik süje olarak sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bu yapay zekâ programlarını belirli etik ilkelerle denetlemekle başlayan bir süreç olmakla birlikte bilinç, benlik, kişilik ve insan olmak gibi oldukça karmaşık kavramları da sorgulamayı ve daha önce hiç karşılaşılmamış etik sorunlarla yüzleşmeyi içeren bir süreçtir. Bu çalışma belirtilen sorunları ortaya koymak, ele almak ve belki belirli ve sınırlı bir ölçüde çözüme kavuşturmayı amaç edinmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, Etik, Benlik, Bilinç, Nörobilim.

Axel Honneth & Nancy Fraser Polemiği: Tanınma Mücadelesi ve Yeniden Dağıtım İlişkisi

Gözde TÜRKELİ

Frankfurt Okulu'nun üçüncü kuşak temsilcisi ve eleştirel teoride günümüzün en önemli düşünürlerinden biri olan Axel Honneth, 1992 tarihli kitabı Tanınma Uğruna Mücadele'de (Kampf um Anerkennung) normatif içerikli bir toplum teorisi inşa etmiştir. Bu kitabında Honneth, tanınma teorisini G. W.F. Hegel'in felsefesinden hareketle sistematik şekilde ve çağdaş bir yorumla ele almaya başlamış; tanınma kavramına atfettiği değer, komünitaryan veya çokkültürcü yaklaşımlardan bir hayli farklı olmuştur. Honneth kimlik siyasetinin dışına çıkarak, öznenin kendini kurma sürecini, kendine değer verme, toplumda saygı görme ve hukuki anlamda eşit muamele görme süreçlerini inceleyerek, toplumsal dayanışmaya dayalı bir modelin nasıl inşa edilebileceğini tartışır ve modern demokratik toplumlarda farklı tanınma deneyimlerinin görüldüğü varoluş biçimlerini tanımlar.

Honneth'in tanınma teorisi genel hatları ile hem bireysel özgürleşmeye hem de toplumsal dayanışmaya katkı sunacak bir tanınma diyalektiğini odağına alır. Toplum sözleşmelerinde görülen birey-toplum karşıtlığı fikri yerine, öznelarasılık düşüncesi bu teoride öne çıkmaktadır. Tanınma uğruna mücadeleye işaret eden çatışma alanları, her bir bireyin/öznenin tanınma beklentileri karşısında gerçekleşen adaletsizlik deneyimleridir. Hegel'in Sittlichkeit (etik yaşam) formülasyonundan esinlenen bu görüş, farklı boyut ve düzeylerdeki tanınma deneyimlerini içerir. Honneth'e göre tanınmanın üç temel aşaması vardır: Sevgi ile kurulan tanınma ilk aşamadır, saygı temelinde kurulan hukuki tanınma ilişkileri (eşit muamele) ikinci aşamadır ve son aşama bireyin kendi özellikleri ile toplum tarafından değerli görüldüğü aşamadır.

Tanınma teorisine ilişkin önemli tespitleri olan bir diğer eleştirel teorisyen ise Nancy Fraser'dır. Fraser'a göre, tanınma düşüncesi öznenin kendini gerçekleştirme meselesinden ziyade bir adalet sorunsalıdır. Adaletsizliğe yol açan ekonomik eşitsizlikler, sömürü düzeni veya gelirin yeniden dağıtımını başlıkları ele alınmadan tanınma düşüncesi tam olarak anlaşılabilir ve kendisi ekonomi-kültür ikiliğini gözeten "perspektif düalizmi" yaklaşımını benimser. Fraser açısından tanınma mücadelesinin psikolojik boyutu tamamen göz ardı edilemez, ancak Honneth'in ağırlık verdiği noktadan farklı bir şekilde temellendirilmelidir. Ona göre, Honneth'deki tanınma öznenin kendini gerçekleştirme süreci olarak ele alınmıştır,

bu yaklaşım “kimlik modeli” olarak adlandırılabilir. Fraser’e göre, tanınma taleplerinin içerdiği sübjektif kriterler, toplumsal adalet sorununa bir çözüm getirmek için yetersizdir. Honneth ise tanınma taleplerinin yeniden dağıtımına ilişkin başlıkları da içerdiğini, ekonomik durumu dışında bırakmadığını ve kimlik modeline indirgenmediğini savunur.

Elinizdeki çalışmada, yukarıda işaret edildiği üzere Axel Honneth ve Nancy Fraser’in tanınma teorisine ilişkin farklı yaklaşımları incelenecek ve karşılaştırılacaktır. İklim krizinin ve göçmen sorununun her geçen gün daha da yakıcı hale geldiği, toplanma özgürlüğünün ve sendikal hak arama mücadelesinin sekteye uğradığı, gelir adaletsizliğinin gittikçe arttığı bir dünyada adil bir toplum inşasında tanınma ve yeniden dağıtım ilişkisinin nasıl ele alınabileceği incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tanınma Teorisi, Yeniden Dağıtım, Adalet Teorisi, Katılım Eşitliği, Hukuki Tanınma, Eleştirel Teori.

Eylem Halinde Hukuk ve Hukukun Değişimi Sorunu

Dr. Serdar ÜNVER

Hukuka sosyolojik bakış açısı hukukun toplumsal bir fenomen ve bir toplumsal kontrol biçimi olduğu ve hukuki kavramların incelenmesinin “eylem halindeki hukukun” açıklanması açısından ancak kısmen anlamlı olduğu temelleri üzerinde şekillenmiştir. Sosyolojik hukuk anlayışının öncülerinden olan Roscoe Pound’un “kitaplardaki hukuk” ile “eylem halindeki hukuk” arasındaki ayrımı ve her ikisinin uyumlu hale getirilebileceği fikri hukuk alanını metafizik anlayışlardan arındırmayı da hedefleyen hukuki realizm açısından da kullanışlı olmuştur. Yirminci yüzyılda Austin, Bentham, Mill ve Hume’dan etkilenen formalizmi reddeden realistler, bunun yerine “eylem halinde hukukun” izah edilmesini koymaya çalışmışlardır. Felix S. Cohen’in ifadesiyle “aşkın safsataların dili, birçok pratik hukuki amaç için değerli olabilir ama iş hukuk fenomenini incelemeye, tanımlamaya ve öngörmeye geldiğinde tamamen yararsızdır”. Hukuki realistler yalnızca “aşkın safsatalara” karşı çıkmakla kalmamakta hukukun incelenmesi açısından bunların aşılmasını çalışmalarının hedefleri arasına da yerleştirmektedirler. Hukuki realizmin en önemli isimlerinden Alf Ross da hukuk sosyolojisinin amacının “eylem halindeki hukukun sabit bağıntılarını keşfetmek” olduğunu savunmaktadır. Bu bağlamda yasaların toplum üzerindeki etkilerinin incelenmesi de yasamanın pratik sorunları açısından önem taşımaktadır. Bu çalışmada Roscoe Pound’un yüzyılı aşkın bir süre önce literatüre kazandırdığı “eylem halindeki hukuk” kavramının günümüz hukuk teorisi bağlamındaki değeri özellikle Pound’un tespitlerinin Avrupa hukuk kuramı, İskandinav hukuki realizmi ve yeni hukuki realizmle ilişkileri çerçevesinde değerlendirilecektir.

116

Anahtar Kelimeler: Eylem Halinde Hukuk, Kitaplardaki Hukuk, Hukuki Realizm, Yaşayan Hukuk, Kavram Hukukçuluğu.

Ronald Dworkin ve Bruce Ackerman'ın Anayasal Yorum Teorileri Işığında Türkiye Anayasacılığında Laiklik İlkesinin Dönüşen Anlamına İlişkin Bir Değerlendirme

Av. Ertuğrul Kaan YILDIRIM

Türkiye’de anayasacılık ve demokrasi konularında en çok tartışılan meselelerden birisi laiklik ilkesi olagelmıştır. Yakın dönemde liberal hukuk felsefecilerinin laiklik ilkesinin yorumlanmasında Ronald Dworkin’in hak temelli anayasal yorum anlayışına referans verdikleri gözlemlenmektedir. Bu bakış açısı uyarınca ABD’deki muhafazakâr orijinalist tezler ile Kemalist kurucu değerlere dayanılarak meşrulaştırılan laiklik uygulaması arasında benzerlik kurulmakta, özgürlükçü bir laiklik anlayışı için Dworkin’in orijinalizm eleştirisi önemli addedilmektedir. Hak (*ilke*) temelli ve ideoloji (*politika*) temelli anayasa yargısı ayırımından yola çıkan Türkiyeli liberal hukukçulara göre katı laiklik anlayışının terk edilmesi elzemdir. Ancak Dworkin’in orijinalizm eleştirisi anayasal tarihi tamamen göz ardı etmemektedir. Onun “anayasanın ahlaki okuması” adını verdiği yaklaşımı, anayasanın yapısal tasarımı ile tutarlı olmayı ve ilkelerin tarihsel serencamına uygun kurucu ve amaca dönük hukuki yorumda bulunmayı gerektirmektedir. Bu çalışmada Dworkin’in anayasal yorum teorisinden hareketle Türkiye’de laiklik ilkesinin öğretisi ve mahkeme kararlarındaki dönüşümü incelenecektir. AYM’nin değişen içtihadında bireysel hak ve özgürlüklerin en iyi yorumu olarak sunulan ancak demokrasinin çoğunlukçu formunu onaylar gözükken esnek/yumuşak laiklik okumasının, Dworkin’in “bütünlük olarak hukuk” teziyle bağdaşmadığı ileri sürülecektir. Ayrıca, bir diğer Amerikalı anayasa hukukçusu Bruce Ackerman’ın anayasacılık anlayışına da yer verilerek Dworkin’in mahkeme temelli yorum faaliyeti siyasi kurumlar merkezli bir okumayla desteklenecektir. Bu doğrultuda, Türkiye’de laiklik ilkesinin dönüşüme uğradığı anayasal momentler nelerdir ve ne yönde bir evrim gerçekleşmiştir sorularına yanıt aranacaktır. Ackerman’ın yorum teorisinden yola çıkarak Cumhuriyet dönemi anayasacılığındaki evreler detaylandırılacak, laiklik ilkesinin siyasal ve anayasal rejim değişikliklerinden nasıl etkilendiği araştırılacaktır.

117

Anahtar Kelimeler: Anayasal Yorum, Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Laiklik, Anayasacılık.

Türkiye'de Yasama, Yürütme ve Yargı Fonksiyonlarında Neoliberal Dönüşümler Doğrultusunda Görelî Özerkliğin Durumu

Araş. Gör. Furkan YILMAZ

Türkiye’de 24 Ocak 1980 kararlarında somutlaşan ve hâlen izlenen neoliberal politikalar, muadil devletlerde olduğu gibi yapısal “uyum” ve dönüşüm programları ile devletin yasama, yürütme, yargı fonksiyonlarını dönüştürmüştür. Yürütme fonksiyonu, 1970’lerden bu yana yasama ve yargı fonksiyonları karşısında sürekli güçlenme eğilimi göstermektedir. Yürütmenin 1971-1973 Anayasa değişiklikleri ile gitgide güçlenmesi sürecinin son halkası ise 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının yetkilerinde gerçekleşen artış olmuştur. Neoliberal politikalar doğrultusunda yasama, yürütme karşısında etkinliğini yitirmiş, sermaye sınıfı kullandığı yönetim aygıtlarıyla doğrudan yasama fonksiyonuna ortak olmuştur. Neoliberal politikalar doğrultusunda yargının, yürütme ve doğrudan yasa yapım sürecinde rol alan sermaye sınıfı karşısında bağımsız olmadığı görünürlük kazanmış, arabuluculuk, uzlaştırma, tahkim, konkordato gibi yeni yargı kurumları, yeni yasal düzenlemeler, yargı reformları ve yeni içtihatlarla yargı, serbest piyasanın ve küresel sermayenin güvencesini sağlayacak şekilde dönüşüm geçirmiştir. Yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarında meydana gelen bu dönüşümler devletin ve hukukun üretim ve sınıf ilişkileri karşısında görelî özerk olduğu şeklindeki teoriyi, söz konusu göreliliğin azalması bağlamında yeniden düşünmeyi gerektirmektedir.

118

Anahtar Kelimeler: Görelî Özerklik, Neoliberalizm, Yasama, Yürütme, Yargı.

Hukuk Eğitiminde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve İstanbul Sözleşmesi

Doç. Dr. Ülker YÜKSELBABA

Hukuk, adaleti sağlamaya çalışan bir kurum olarak, toplumsal cinsiyete dayalı adaletsizlikleri de ortadan kaldırmalıdır ve “Eğer hukuk adaleti temsil ediyorsa, herkes için adil olmalıdır.” İşte bu nedenle toplumsal cinsiyet eşitliğinin bütün hukuk alanlarına nüfuz etmesi hukuk devletinde olması beklenen bir niteliktir ve bu nedenle de hukuk eğitimi ve toplumsal cinsiyet eşitliği arasındaki ilişkinin sorgulanması gerekir. Eşitlik, özgürlük ve mülkiyet gibi şiarlarla inşa edilen modern hukuk ve eğitimi için bir toplumsal cinsiyet eşitliği düşüncesini yeşerten bir kuvveye sahip midir? Yoksa hukuk ve eğitiminde ataerkil toplumsal cinsiyet eşitsizliklerinin ortaya serilmesi, farkındalık yaratılması ve değiştirilmesi yönünde ek bir çabaya ihtiyaç var mıdır? Başka deyişle özellikle hukuk eğitimi, hukukçulara eşitlikçi bir toplumsal cinsiyet algısı kazandıracak nitelikte midir?

Catharine A. MacKinnon, toplumsal cinsiyet konusunda hukukta, eğitimde, sivil toplum hareketlerinde vb. alanlarda kelebek siyasetinden bahseder ve istikrarsız bir siyasi sistemde yerinde küçük insan müdahalesinin çok güçlü etkileri olabileceğini belirtir. MacKinnon’un kelebek siyasetini hukuk eğitiminde yapılan toplumsal cinsiyet eşitliği yönündeki müdahaleleri ve bu müdahalelerle gerçekleşen toplumsal değişimi anlatmanın ve anlatmanın bir yolu olarak da kullanabiliriz. İşte yürürlükten kaldırılan “*Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*” ya da kısa adıyla *İstanbul Sözleşmesi*” de , kadına ve çocuklara yönelik her türlü şiddet ve ayrımcılığı önlemesi ve ortadan kaldırılması için en önemli araçlarından biri olarak eğitim belirtmiş ve taraf devletlere eğitiminle ilgili yükümlülükler getirmiştir.

Anahtar Kelimeler: İstanbul Sözleşmesi (Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadele Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi 2014), Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, Hukuk Eğitimi, Kelebek Politikası/Etkisi, Toplumsal Cinsiyet Roller, Eşitlik, Ayrımcılık.

Hakem Denetiminden Geçmemiş Bildiriler

Yargıç ve Empati

Hâkim. Mehmet Akif TUTUMLU

Bir insanın kendisini karşısındaki insanın yerine koyarak onun düşüncelerini doğru olarak anlama, duygularını hissetme ve bu durumu ona anlatma süreci olarak tanımlanan empatinin yargıç tarafından kullanılması, başka anlatımla yargıcın yargısal faaliyetlerinde empati yapması acaba onun tarafsızlığını zedeler mi? Bu soruya olumsuz yanıt verildiğinde bu kez, empatinin sınırlarını çizme sorunu ortaya çıkar: Bu çalışmada her iki soru ve sorunun işlenmesine, çözüm yolları üzerinde düşünce geliştirmesine yönelik bir amaç güdülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargılama, Yargıç, Empati, Sempati, Takdir Yetkisi.

Suçu Tanımlayan Normun Yorumu: Yama Teorisi

Av. Cengiz OTACI

Maddi ceza hukuku normlarından beklenen, suç olarak kabul edilen fiilin ne olduğunu açıkça göstermesidir. Fakat bu beklenti, kimi suçların doğası gereği mümkün değildir. Bu durumda hangi fiillerin suç olarak tanımlandığını belirlemek bir yorum meselesi halini alır ve yorumun keyfi olmamasını denetleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç duyulur.

Sosyal hayatta değişim kaçınılmazken hukuk, belirli bir istikrarı sağlama yükümlülüğü altındadır. Yorum, değişmezi temsil eden normla değişen sosyal ihtiyaçlar arasında, değişimle sürekliliğin hukuki dengesini sağlamak zorundadır. Kurulacak dengede yorumun suçun özümüyle tutarlı olması ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlaması, kanunilik ilkesinden çıkartılan iki yol gösterici ilkedir.

Her norm yorumuna açıktır. Yeni ihtiyaçlar, yeni yorumu zorunlu kılar. Yeni yorum, bir önceki yorumla bağlarını tamamen kopartmış, onunla ilgisi olmayan yorum olamaz. Yeni yorum, öncekilerle bağlantısını sürdürmeli bu şekilde hukuki istikrar sağlanmalıdır. İhtiyaç duyulan yeni yorum, yama yorumudur. Yama yorum, yama yapılacak, önceden var olan ve sürdürülen bir yorumun varlığını zorunlu kıldığı için, önceki yorumla uyumlu olmak, önceki yorumu işlevsel kılmak gibi bir amaca hizmet eder. Yama yorum, suçun özümüyle tutarlı olma ve makul şekilde öngörülebilirlik şartını sağlama yükümlülüğü sayesinde hem normla hem de yama yapılan önceki yorumla hukuksal ve mantıksal bağı devam ettirir. Bu şekilde hukuki düşünsel faaliyetin birikimli ilerlemesi sağlanır. Birikimle oluşmuş ve ilerletilmiş yorum, yama yorumlarla sürekli güncellenerek değişimle süreklilik dengesi kurulur. Yorumda keyfilikğin önlenmesi yama yorum teorisiyle mümkün olabilir.

121

Anahtar Kelimeler: Yorum, Kanunilik İlkesi, Yorumda Yama Teorisi, Suçun Özümüyle Tutarlı Yorum, Makul Şekilde Öngörülebilir Yorum.