



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MODERNİZM - POSTMODERNİZM EKSENİNDE TÜRK HUKUKU:
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNDEN BİR ANALİZ**

Yüksek Lisans Tezi

Emine Gizem Irmak

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Eylül 2023



T.C.

**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MODERNİZM - POSTMODERNİZM EKSENİNDE TÜRK HUKUKU:
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNDEN BİR ANALİZ**

Yüksek Lisans Tezi

Emine Gizem Irmak

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Emir Kaya

Eylül 2023

TEŞEKKÜR

Tez çalışmam esnasında her konuda yardımcı olan, değerli vaktini ayırarak ilgilenen, bilgi ve tecrübelerini aktaran danışman hocam sayın **Doç. Dr. Emir Kaya**'ya,

Tez jürimde yer alarak gösterdikleri yapıcı eleştirilerle çalışmama önemli katkılar sunan hocalarım sayın **Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Çatlı**'ya ve **Doç. Dr. Bülent Algan**'a,

Hayatımın her anında, her zaman yanımda olan sevgili eşim **Melik Can Irmak**'a ve biricik **Anneme**

Teşekkür eder, çalışmamın faydalı olmasını temenni ederim.

Emine Gizem Irmak

İÇİNDEKİLER

ÖZET	v
ABSTRACT	vi
KISALTMALAR	vii

GİRİŞ	1
1. Tezin Konusu, Temel Sorusu ve Amacı	1
2. Çalışma Kapsamı ve İlgili Literatür	2
3. Metodoloji	4
3.1. Karar Analizi Yönteminin Nedeni	4
3.2. Kararların Tespit Edilme Şekli	5
3.3. Kararların Değerlendirilmesi	5
4. Plan	5

I. BÖLÜM MODERNİZM VE POSTMODERNİZM

1. PRE-MODERNİTE	7
2. MODERNİTE	9
2.1. Modern	9
2.2. Modernite	9
2.3. Modernizm	10
2.4. Modernizm ve Hukuk	12
3. POSTMODERNİTE	16
3.1. Postmodern	16
3.2. Postmodernite	17
3.3. Postmodernizm	18
3.4. Postmodernizm ve Hukuk	21
4. HAKİKAT SONRASI DÖNEM	24
4.1. <i>Post-Truth</i> Kavramı	24
4.2. Hakikat Sonrası ve Hukuk	27
5. DÖRT DÖNEMİN KIYASLANMASI	29

5.1. İnsan Algısı Bakımından	29
5.2. Devlet Algısı Bakımından	30
5.3. İdeal Yönetim Anlayışı Bakımından	31
5.4. Denetim ve Hesap Verebilirlik Bakımından	31

II. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNUN GENEL ANALİZİ

1. OSMANLI DÖNEMİ TÜRK HUKUKU	33
1.1. Klasik Dönem	33
1.2. Batılı Hukuk Etkisinin Başlaması	35
1.2.1. Sened-i İttifak	36
1.2.2. Tanzimat Fermanı	37
1.2.3. Islahat Fermanı	37
1.2.4. Modernizmin Değil, Modernleşmenin Eseri Mecelle	38
1.2.5. I. Meşrutiyet Dönemi: Kanun-u Esasi	40
1.2.6. II. Meşrutiyet Dönemi	41
2. CUMHURİYET DÖNEMİ TÜRK HUKUKU	42
2.1. Türk Hukukunun Kuruluş Ayarları	42
2.2. Tek Parti Döneminde Türk Hukuku	43
2.2.1. 1921 Anayasası	43
2.2.2. 1924 Anayasası	44
2.3. Çok Partili Rejimle Yaşanan Gelişmeler	45
2.3.1. 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi	46
2.3.2. 1961 Anayasası	46
2.3.3. 12 Mart Muhtırası	47
2.4. Yakın Dönem Türk Hukuku	48
2.4.1. 1982 Anayasası	48
2.4.2. Postmodern Gelişmeler	49
2.5. Avrupa'yla Entegrasyon Sürecinde Hukuk	54
2.5.1. Avrupa Konseyi Üyeliği ve AİHM	55
2.5.2. Avrupa Birliği Üyeliğine Başvuru Sürecinde Hukuk	56
3. TÜRK HUKUKUNUN GENEL DEĞERLENDİRMESİ	56

III. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ ANALİZİ

1. ANAYASA YARGISININ TARİHİ	58
2. T.C. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TARİHİ VE YAPISI	58
3. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN GÖREVLERİ	59
3.1. Norm Denetimi	59
3.1.1. İptal Yolu	59
3.1.2. İtiraz Yolu	60
3.2. Bireysel Başvuru Yolu	61
4. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ TOPLUMSAL VE ENTELEKTÜEL ÖNEMİ	61
5. MODERNİZM VE POSTMODERNİZM EKSENİNDE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ ANALİZİ	63
5.1.1. 1973 Nazilli Sulh Ceza Mahkemesi İtiraz Davası Kararı	63
5.1.2. Abdullah Öcalan Hakkındaki Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü Kararı	65
5.2.1. 1989 Başörtüsü Kararı	68
5.2.2. 2014 Tuğba Arslan Başörtüsü Kararı	72
5.3.1. 1965 Türkiye İşçi Partisi İptal Davası Kararı	75
5.3.2. 2019 Mehmet Aksoy İfade Özgürlüğü Kararı	77
5.4.1. 1993 Tufanbeyli Asliye Ceza Mahkemesi İtiraz Davası Kararı	78
5.4.2. 2016 OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi İptal Davası Kararı	79
5.5.1. 2015 Ergün Poyraz İfade Özgürlüğü Kararı	81
5.5.2. 2023 1 Mayıs Gösteri Yürüyüşü Kararı	83
5.6.1. 2022 Ayşe Tezel ve Diğerleri Ayrımcılık Yasağı Kararı	85
5.6.2. 2022 Aytaç Durak Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Kararı	87
5.7.1. 2022 Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Başvurusu	88
5.7.2. 2022 Kaos GL Derneği Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Kararı	90
5.8.1. 2011 Evlilikte Kadının Soyadına İlişkin Kararı	92
5.8.2. 2023 Evlilikte Kadının Soyadına İlişkin Kararı	93

6. KURULUŞUNDAN BUGÜNE AYM KARARLARI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME	95
SONUÇ	100
KAYNAKÇA	104
ÖZGEÇMİŞ	108



MODERNİZM - POSTMODERNİZM EKSENİNDE TÜRK HUKUKU: ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÜZERİNDEN BİR ANALİZ

ÖZET

Günümüzün sorunlarına çare olamayan modernist hukuk nosyonunun eleştirilmesiyle gelişen postmodernist hukuk anlayışı ülkemizde de etkilerini göstermeye başlamıştır. Her ne kadar tarihi ve sosyolojik yapısı ile kendine özgü bir süreci takip etmiş olsa da Türk hukukunun özellikle Cumhuriyet'in kuruluşundan bugüne Batı etkisinde olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu nedenle Batı'nın geçirdiği pre-modernite, modernite, postmodernite ve *post-truth* evrelerinin incelenmesi, modernizm ideolojisi üzerine kurulu Türk hukukunun bugün bulunduğu noktayı anlamlandırmaya yardım edecektir. Çalışmada Türk hukukunun modernizm ve postmodernizm arasındaki konumu, geçirdiği değişimler ve bu değişimlerin ne kadar sahici ve istikrarlı olduğu sorgulanarak genel karakterinin çözümlenmesi hedeflenmektedir. Bireyin hak ve özgürlüklerini devletin karşısında korumakla görevli Anayasa Mahkemesi Türk hukukunun karakter analizinde başvurulabilecek en önemli kurumlardan biridir. Çalışma, Türk hukukunun modernizm ile postmodernizm arasındaki konumlanışını Anayasa Mahkemesi kararları üzerinden incelemekte ve Türk hukuk sisteminin net, tutarlı ve istikrarlı bir karakterinin olup olmadığını sorgulamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Modern öncesi, modernizm, postmodernizm, *post-truth*, entelektüel tarih, Türk hukuku, Anayasa Mahkemesi

TURKISH LAW ON THE AXIS OF MODERNISM – POSTMODERNISM: AN ANALYSIS THROUGH THE CASE-LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The postmodernist understanding of law, developed along with the criticisms of the modernist notion of law, has been showing its effects in Türkiye as well. Although Türkiye has followed a unique process due to its historical and sociological structures, it is an undeniable reality that Turkish law has remained under the influence of the West, especially since the establishment of the Republic. For this reason, examining the pre-modernity, modernity, postmodernity and post-truth phases of the West will help make sense of the position of modern Turkish law, which is firmly grounded in the ideology of modernism. In this study, it is aimed to analyze the general character of Turkish law by questioning its position between modernism and postmodernism, the changes it has undergone and how authentic and stable these changes are. The Constitutional Court which is responsible for protecting the rights and freedoms of the individuals against the state, is one of the most important institutions that can be examined in the character analysis of Turkish law today. This study aims to reveal the positioning of Turkish law between modernism and postmodernism through the decisions of the Constitutional Court, and questions whether the Turkish legal system has a clear, consistent and stable character.

Keywords: Pre-modern, modernism, postmodernism, post-truth, intellectual history, Turkish law, Constitutional Court

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ADR	: <i>Alternative Dispute Resolution</i>
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜDTCF	: Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	: T.C. Anayasa Mahkemesi
C.	: Cilt
CHP	: Cumhuriyet Halk Partisi
DKAB	: Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi
DP	: Demokrat Parti
Ed.	: Editör
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Trc.	: Tercüman
TRT	: Türkiye Radyo Televizyon Kurumu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
vd.	: Ve diğerleri

GİRİŞ

1. Tezin Konusu, Temel Sorusu ve Amacı

Richard Trevithick, Puflayan Şeytan'ı bulduğunda, icadının o dönem diğer icatlarla birleşerek, tüm dünyanın kaderini değiştirecek olaylara sebep olacağını öngörmüş müydü? Buhar makinası, dokuma tezgâhı, dizel motoru ve daha pek çoğu; birbirini takip eden bir dizi endüstriyel ve teknolojik gelişmeyle üretimin serileşmesi ile birlikte işçi sınıfının oluşmasıyla kapitalizm doğmuştur. Her gelişme ve yenilik ile insanlığın ileriye bir adım atması ve bu ilerlemenin her anlamda istikrarını koruyacağı yanılgısı da bu doğumu takip etmiştir. Fakat çok geçmeden dünya savaşlarının patlak vermesi, teknolojik gelişmelerin savaşımlara da uygulanması, üretimin çok olmasına rağmen açlık ve kıtlığın söz konusu olması; insanlığın durmadan ilerlediği ve iyileştiği düşüncesini sarsmıştır. Kuantum fiziği ve görelilik kuramı ise kâinata farklı bakış açılarıyla bakılması gerekliliğini çarpıcı biçimde ortaya koymuştur. Bu gereklilik neticesinde modernizmin eleştirilmesi postmodernizm kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Modernizm ile postmodernizm arasındaki gerilim, bugün pozitivizm ve doğal hukuk tartışmasından daha günceldir¹.

Bu noktada insanlığın tarih boyunca tecrübe ettiği değişmeyen tek şeyin insanların yanılabilirliği olduğunu söylemek mümkündür. Bilim, tıp, ekonomi, siyaset, hukuk gibi insanı bizzat ilgilendiren ve insan hayatında sonuçlar doğuran her kurum, alan, mekanizma -varoluş amacından sapıp dejenere olup olmadığının kontrolü için- günün koşulları ve değişen olgular gözetilerek, farklı perspektiflerle sorgulanmaya muhtaçtır. Kısaca; insanlık, kullandığı her sistem ve mekanizmayı gözden geçirmelidir. Bahsedilen gözden geçirme ihtiyacı, bu çalışmanın da yola çıkma sebeplerindendir. Zira modernizmin eleştirisi şeklinde gelişen postmodernizm kavramı; etkisini yalnız sanat, mimari, edebiyat gibi alanlarda göstermekle kalmamış, hukukta da göstermiştir. Fakat hukuk; içerdiği yapı, kurum ve dokümanlar düşünüldüğünde gözden geçirilecek binlerce mekanizmaya sahiptir. Elbette bu çalışma ile hukukun bütününe modernizm - postmodernizm perspektifinden gözden geçirilmesi beklenemez. Bu çalışmada, Türk hukukunun modernizm - postmodernizm ekseninde bir okumaya tabi tutulması, Türk hukukunun bu iki entelektüel eğilim açısından analizinin

¹ Vihren Bouzov, "Modernism and Postmodernism in Philosophy of Law" (2013), 207.

yapılması amaçlanmaktadır. Analizin enstrümanı olarak da Türk yargısının en üst mercii olan Anayasa Mahkemesi'nin kararları kullanılmaktadır. Çalışmanın temel sorusu; Türk hukukunun modernizm - postmodernizm eksenindeki konumunun nerede olduğu, ne tür değişimler geçirdiği ve bu değişimlerin ne kadar sahici ve istikrarlı olduğudur.

Anayasa Mahkemesi (AYM) kararlarını modernizm ve postmodernizm perspektifinden incelemek, önemli tespitlerde ve çıkarımlarda bulunmayı sağlayacaktır. Bununla birlikte AYM'nin pre-modernite, modernite, postmodernite ve *post-truth* dönemlerinin özelliklerini bilinçli olarak yansıtip yansıtmadığı hakkında çıkarım yapabilmek tezin yazılma amaçlarındandır. AYM'nin zikredilen evrelerde aktif bir rol alıp almadığı, zamanın koşulları doğrultusunda sürüklenmekte olup olmadığı sorularına cevap ararken asli mizacının irdelenmesi ve belirlenmesi hedeflenmiştir. Her şeyden önce böyle bir inceleme Türk hukukunun düşünce tarihi açısından hangi noktada durduğunun ve değişiminin aydınlatılması demektir. Bu da daha derinlerde gerek Türk hukukunun gerekse genel anlamda hukukun dinamik, subjektif, hatta spekülâtif yönünün sergilenmesi demektir.

Günümüzde yeryüzünde yaşayan insanların neredeyse tamamının hukuktan beklentisinin karşılanamıyor olması yeni bir mesele olmayıp; hukuk sisteminin, hukuki müesseselerin işlevselliğine olan inancın azalması noktasında insanlığın ortak bir paydada buluştuğunu dile getirmek yanlış olmayacaktır. Bu sıkıntının artık göz ardı edilemeyecek bir gerçeklik haline geldiğini, problem aşikâr olduğunda göz yummak yerine ona ışık tutacak çalışmalar yapmanın elzem olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Bu nedenle bu çalışma; içinde bulunduğumuz Türk hukuk sisteminin oluşumuna etki eden yaklaşımlarla geçmişine yola çıkarak problemlerin altında yatan sebeplerin anlaşılmasına hizmet edecek olması, postmodernizm ve *post-truth* gibi günümüzü etkileyen yaklaşımlarla okuyucuya Türk hukuk sisteminin ilerleyen zamanlarda edineceği çehreye dair öngörülerde bulunma fırsatı verecek olması nedeniyle önem taşımaktadır.

2. Çalışma Kapsamı ve İlgili Literatür

Çalışma; modernizm ve postmodernizm perspektifinde, AYM kararları üzerinden Türk hukukunun karakter analizini gerçekleştirmeyi amaçladığından çalışma kapsamı ve ilgili literatürün belirlenmesinde genel olarak AYM, AYM kararlarının incelenmesi, AYM'nin karakter analizi, modernizm ve postmodernizmin hukuk ile ilişkisi olmak üzere dört farklı açıdan yaklaşmıştır.

(Genel olarak AYM açısından) Türk hukuk literatüründe AYM'nin anayasal konumu, işlevi, kuruluşu ve çalışması hakkında yazılmış pek çok eser mevcuttur. Aliefendioğlu'nun² ve Arsel'in³ eserleri bu konuda önemli örneklerdendir.

(AYM kararlarının incelenmesi açısından) AYM kararlarının incelenmesi pek çok makaleye de konu olmuştur. Fakat bu karar tahlilleri, daha çok karara konu olan ihlallerin teknik açıdan irdelenmesi mahiyetindedir⁴. Olayın özeti, çözülmesi gereken hukuki sorun, mercilerin problemi çözümü, karşılaştırmalı hukukta çözüm şekli, değerlendirme ve sonucun yer aldığı klasik karar analizleridir. Fakat bu çalışma, AYM kararlarına konu olan ihlallerin irdelenmesi değil, AYM'nin kararını verirken benimsediği tutumunu tahlil etmek yönüyle hukukumuzda alışlagelinen karar analizlerinden ayrılmaktadır.

(AYM'nin karakter analizi açısından) AYM'nin zihin okuması niteliğinde nadir ve pek değerli çalışmalar mevcuttur. Kaya'nın, AYM'nin karakterine yönelik tespitlerde bulunduğu makalesi⁵, Ünsal'ın AYM'nin siyasal yönünü işlediği eseri⁶ gibi örnekler sayılabilir. Çatlı'nın bireysel başvuru yolu öncesinde ve sonrasında AYM'nin demokratik toplum düzeni kavramına yaklaşımını irdelediği eseri⁷, AYM'nin tutumuna dair önemli tespitleri barındırması yönünden zikredilmelidir. Işık'ın Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmî İdeolojisi eseri de Anayasa Mahkemesi kararlarının yaklaşım esaslı incelendiği bir örnek teşkil etmektedir⁸. Gülener ve Uzun'un T.C. Anayasa Mahkemesi (Tarihsel Perspektiften Olaylar, Kişiler, Kararlar) eseri⁹ ve Şahin'in Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Mahkemesi eseri¹⁰ de AYM'nin karakter analizi açısından örnek teşkil ettiği ifade edilmelidir. Fakat bu çalışma, AYM'nin karakter analizinin kendi kararları üzerinden incelenmesi yönüyle sayılan çalışmalardan ayrılmaktadır.

² Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996).

³ İlhan Arsel, *Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler* (Ankara: Sevinç Matbaası, AÜHF Yayınları, 1970).

⁴ Gülşen Gedik, "Anayasa Mahkemesi Karar İncelemesi: Gümrük Vergisinde Yükümlünün Mülkiyet Hakkı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (Güz 2015), 45-62.

⁵ Emir Kaya, "Anayasa Mahkemesi'nin Muhafazakâr – Liberal İkilemi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/27, 181-214.

⁶ Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 1980).

⁷ Mehmet Çatlı, *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019).

⁸ Hüseyin Murat Işık, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmî İdeolojisi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012).

⁹ Serdar Gülener-Cem Duran Uzun, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Tarihsel Perspektiften Olaylar, Kişiler, Kararlar* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020).

¹⁰ Engin Şahin, *Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Mahkemesi* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2010).

(Modernizm ve postmodernizmin hukuk ile ilişkisi bakımından) Literatürde modernizm ve postmodernizmin hukuka etkisini konu alan pek çok çalışma mevcuttur. Adnan Güriz¹¹, Mehmet Yüksel¹², Murat Yüksel¹³ bu alanda eserler vermiş isimlerdendir. Didin'in modern ve postmodern model çerçevesinde değerlendirme çalışması mevcuttur¹⁴. Doğa bilimlerinin hukuk felsefesine etkisini konu edinen bu çalışma, hukukta modern ve postmodern paradigma ekseninin spesifik bir konu üzerinden ele alınması bakımından önemli bir örnektir. Fakat çalışmamız Türk hukukunun seyrini modern ve postmodern açıdan incelenmesi noktasında anılan çalışmalardan ayrılmaktadır. Türk hukukunun entelektüel tarihinin bahsedilen ekseninde eleştirel bir bakış açısıyla incelendiği bir çalışma tarafımızca tespit edilememiştir.

Bu çalışma yukarıda sayılan yönleriyle özgün nitelik arz etmektedir. Fakat daha önce tam olarak bu minvalde yapılmış bir çalışmanın bulunmaması nedeniyle dezavantajları da bünyesinde barındıracaktır.

3. Metodoloji

Analiz enstrümanı olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının seçilmesinin nedeni, anayasa mahkemelerinin modernizmden postmodernizme geçişi somutlaştıran kurumlar olmasıdır. Modernist döneme ait tekil hakikat anlayışının sarsılmasıyla birlikte özelde kanun koyucunun, genelde devletin de hatalar yapabileceği anlayışı güçlenmiş, yine devlet içinde olsa da hataları düzeltme mekanizmaları düşünülmeye başlanmıştır. Anayasa yargısında iptal ve itiraz yollarıyla başlayan devletin devleti denetlemesi olgusu, bireysel başvuru ile büsbütün genişlemiştir. Bir yanıla hala modernist, bir yanıla ise postmodernist görünen bu kurumların spesifik kararları üzerinden analiz edilmesi, ulusal hukukun genel karakterizasyonu açısından son derece yararlı bir yöntem olmaktadır.

3.1. Karar Analizi Yönteminin Nedeni

Çalışmanın, Türk hukukunun modernizm ve postmodernizm ekseninde nerede durduğu yönündeki temel sorusuna; Türk yargısının en üst mercii olan ve bireysel başvuru hakkının getirilmesi ile birlikte anayasal hakların korunmasında mühim bir rol üstlenen AYM

¹¹ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019).

¹² Mehmet Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2004).

¹³ Murat Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010).

¹⁴ Dilara Buket Didin, *Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme* (Ankara: Lykeion Yayıncılık, 2021).

kararlarının analiz edilmesi suretiyle cevap aranacaktır. Türk hukukundaki diğer yüksek mahkeme kararlarına karşı anayasal hakların korunması yönünden Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması nedeniyle diğer yüksek yargı organları inceleme dışında bırakılmıştır. Türk hukukunda etkili olan yaklaşımlar hakkında tespitlerde bulunma hedefi taşıyan bu çalışmanın, kendisine yöntem olarak karar analizi seçmesinin birtakım nedenleri mevcuttur. Öncelikle mahkeme kararları mahkemenin yaklaşımını gösterebilecek en önemli somut verilerdir. Mahkemenin kanunları nasıl yorumladığı, onların zihin yapılarına dair ipuçları verir. Bu çalışmada mahkeme kararlarının incelenmesi suretiyle mahkeme hakkında çıkarımlarda bulunmak hedeflendiği için tümevarım (endüktif) metodu kullanılacaktır.

3.2. Kararların Tespit Edilme Şekli

AYM'nin kuruluşundan bugüne dek vermiş olduğu tüm kararların bu çalışma kapsamında incelenmesi mümkün olmadığından incelenecek kararlar, modernizm ve postmodernizm perspektifine örnek niteliğindeki kararlar olacaktır. Bir kararın modernizm veya postmodernizm anlayışının etkilerini taşıdığının tespiti ise; çalışmanın birinci bölümünde tespit edilecek modernizm ve postmodernizm özelliklerine göre gerçekleştirilecektir.

3.3. Kararların Değerlendirilmesi

Modernizm ve postmodernizm hakkında literatürdeki kaynaklardan edinilen bilgilerin mahkeme kararlarına tarafımızca yorumlanması ve aktörün bakış açısını anlama şeklinde gerçekleşecek bu çalışmada nitel araştırma yöntemi kullanılacaktır. Anayasa'yı yorumlayan AYM kararlarını yorumlama faaliyeti niteliğinde olan bu çalışmanın subjektif yorumlar içerme tehlikesine karşı öngörülen önlem; kararların ele alındığı iki perspektifin (Modernizm ve postmodernizm) özelliklerini tespit etmek ve karar analizinde bu tespitlerin kullanılması olacaktır.

4. Plan

Tez üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölüm: Modernizm ve postmodernizm ekseninde AYM kararlarının analizinin gerçekleştirilebilmesi için ilk olarak modernizm ve postmodernizm kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Bu nedenle ilk bölüm modernizm ve postmodernizm kavramlarına ayrılacaktır.

Bölüm kendi içinde pre-modernite, modernite, postmodernite, hakikat sonrası dönem ve dört dönemin kıyaslanması başlıklarına ayrılacak; kavramlar ortaya çıkış zamanları göz önünde bulundurularak kronolojik sıralamayla ele alınacaktır. Bu nedenle pre-modernite kavramı ilk başlık olarak yer alacaktır. Çalışmada gözetilecek asıl yaklaşımların modernizm ve postmodernizm olması sebebiyle bu kavramların hukuk ile ilişkisi de kavramların açıklanmasının hemen ardında izlenecektir.

İkinci bölüm: Modernizm ve postmodernizm kavramlarının anlaşılmasından sonra Türk hukukunun genel bir analizine yer verilmesi uygun olacaktır. Zira AYM'nin kararları üzerinden Türk hukukunun karakteri hakkında tespitlerde bulunmayı hedefleyen bu çalışma için, evvela AYM'nin içinde yer aldığı Türk hukukunun analiz edilmelidir. Bunun için AYM'nin yaklaşımlarına sebep olan tarihsel arka planın izlenmesi gerekmektedir. Türk hukuku, kendisine karakteristik özellikler ve ayırt edici etkiler bırakan zamanlara bölünerek Osmanlı Devri ve Cumhuriyet Dönemi şeklinde iki başlıkta ele alınacaktır. Tüm bu dönemlerde izlenen olaylardan yapılacak çıkarımlar ile Türk hukukunun genel özelliklerinin tespit edileceği Türk Hukukunun Genel Özellikleri başlığı ile bölüm son bulacaktır.

Üçüncü bölüm: AYM'nin tarihi, yapısı, başvuru - çalışma şekilleri ve AYM kararlarının toplumsal hayata etkisi ve önemi bu başlıkta irdelenecektir. Çalışmanın asıl içeriğini oluşturan, modernizm ve postmodernizm ekseninde AYM kararlarının analizi bu bölümde işlenecektir. Çalışmanın ilk bölümünde modernizm başlığında tespit edilmiş modernizmin özellikleri ve postmodernizm başlığında tespit edilmiş postmodernizmin özellikleri ışığında kararlar incelenecektir. Kuruluş tarihinden bugüne AYM kararları hakkında genel değerlendirme ile bölüm son bulacaktır.

I. BÖLÜM

MODERNİZM VE POSTMODERNİZM

Bu bölümdeki süreçlerin, Batı uygarlığında yaşanan gelişmeler neticesinde kendiliğinden oluştuğunu belirtmek gerekmektedir. Türk hukukunun oluşumunda Batı'nın yoğun etkisi yadsınamaz bir gerçeklik olduğundan, Türk hukukunu anlayabilmek ve analiz edebilmek için Batı'daki entelektüel tarihin akışı ve doğurduğu hukuk nosyonunu kavrayabilmek önem arz eder. Bu bölümde amaç modernizm ve postmodernizm akımlarını incelemekse de bu iki akımın anlamlandırılabilmesi için ortaya çıkış sürecinin öncesi ve sonrasının da izlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle pre-modernite ve hakikat sonrası döneme de yer verilmiştir.

1. Pre-Modernite

İnsanlık, insanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliği olan anlamlandırma ihtiyacı nedeniyle tarih boyunca dünyanın yaşadığı süreçleri çözme ve anlamlandırma çabası sergilemiştir. Fakat insanlığın yaşamış olduğu süreçler veya geçirdiği değişimler, kolayca anlamlandırılmayacak düzeyde karmaşık yapıda olabilmektedir. Bu nedenle süreçleri anlamlandırmayı kolaylaştıracak en önemli yardımcı, süreçleri evrelere ayırmak olmuştur. Modernlik de anlamlandırabilmek için evreler halinde somutlaştırılmıştır.

Berman, Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor isimli ikonik eserinde modernliğin tarihini pre-modern, klasik modern ve geç modern olmak üzere üç evreye ayırmıştır. Buna göre; 16. asrın başlarından 18. asrın ilk zamanlarına kadar olan periyot pre-modern, 1789 tarihli Fransız İhtilali'nin neden olduğu köklü değişikliklerin gerçekleştiği dönemin başlangıcı klasik modern ve modernleşme sürecinin dünyanın neredeyse her yerine yayıldığı 20. asır ise geç modern dönem olarak adlandırılmıştır¹⁵. Dolayısıyla pre-modern, modernliğin tarihinin ilk evresi olup, on altıncı yüzyılın başlarından on sekizinci yüzyılın başına kadarki süreci ifade eder.

Fakat pre-modern kavramı “modern öncesi” şeklinde yaygın olarak kullanılmakta olup, bu çalışmada da “modern öncesi” anlamıyla kullanılacaktır.

O halde, pre-modern çağı okuyabilmek için ulus-devlet öncesine gitmek gereklidir. Avrupa'da ulus-devlet fikrinden önce devletin meşruiyeti Tanrı kabul edilmekteydi. Bu kabul,

¹⁵ Ülker Yükselbaba, “Postmodernizm ve Hukuk”, *İÜHF Mecmuası* 74/1 (2016), 139.

o dönemde din ve geleneğin başta siyasi yaşam olmak üzere toplumsal hayatın her alanında etkin olduğunu göstermektedir.

Pre-modern dönemin tablosunu çizebilmek için geleneksel toplumun özelliklerini hatırlamak gerekmektedir. Topuzkanamış'ın Simmel'in tablosundan aktarımıyla; iktidarın kullanımına katılımın az olması, eş görev dağılımı, kutsala dayalı kültür yayılımı, temelinde akrabalık ilişkisi olan ve rölatif ufak toplumlar, toplum içinde ve dışında sosyalleşmekten önemli miktarda ayırık ve kapalı olması geleneksel toplumu modern toplumdan ayıran anahtar özellikler olmaktadır¹⁶.

Avrupa'da gündelik hayat da dahil olmak üzere hayatın her alanında din ve geleneğin ön planda olduğu bir atmosfer söz konusu iken, 10. ve 15. yüzyıllar arasında orta sınıfın güçlenmesiyle birlikte toplumsal ve siyasal yapı değişmiştir. Halktan bağış ve vergi toplayarak ekonomik açıdan büyüyen kiliseye karşı burjuvazinin savaş açması neticesinde Protestan Reformu gerçekleşmiştir¹⁷. Reform, dinsel bir yenilenme hareketi olarak ifade edilse de altında yatan en önemli sebep güçlerin karşı karşıya gelmesidir. Weber'in çizdiği Protestan ahlakının kapitalizmin ruhunu oluşturması, tesadüfi olarak nitelendirilemez.

Yukarıda resmedilen, din ve geleneğin ön planda olduğu tablonun değişimine dair şüphesiz ki zikredilmesi gereken bir başka husus; bilim, sanat, felsefe, mimari gibi pek çok farklı alandaki yeniliklerden oluşan Rönesans hareketidir. Çünkü Rönesans hareketi kapsamında bilimsel alandaki gelişmeler eskiden hayata dair soruların cevabının arandığı alan olan dinin, akıl olarak değişmesine neden olmuştur. (Galileo gibi bilim adamlarının kâinat hakkındaki keşiflerinin, Kilise'nin kabullerinin sorgulanmasına neden olması gibi) Dolayısıyla artık insan akli ön plana alınmaya başlanmıştır. Yine Rönesans'ın temelini oluşturan ve her şeyin ölçüsünü insan olarak kabul eden hümanizm felsefesi ile kişisel gelişimine kendi yön veren birey anlayışı gelişmiştir¹⁸.

Sonuç itibarı ile toplumsal hayatın en önemli aktörleri olarak sayılan din ve geleneğin gücü Rönesans ve Reform hareketleri neticesinde sarsılmış, yerine Aydınlanma içinde üretilen insan aklına verilen aşırı önem, bireycilik, özgürlük, laiklik, evrensellik, bilimcilik gibi ilkeler getirilerek her alanda büyük bir değişim sürecinin temelleri oluşmuştur. Dolayısıyla Rönesans ve Reformun getirdiği değişimler sonucunda gerçekleşen Aydınlanma rasyonalitesi ile modernitenin fikri alt yapısı oluşmuştur.

¹⁶ Engin Topuzkanamış, "Hukuk ve Modernlik Üstüne Bazı Notlar", *HFSA* 25 (2010), 8.

¹⁷ Halis Çetin, *Çağdaş Siyasal Akımlar* (Ankara: Orion Kitabevi, 2019), 37.

¹⁸ Çetin, *Çağdaş Siyasal Akımlar*, 41.

2. Modernite

2.1. Modern

Fransızca “*moderne*” sözcüğünden gelen modern kelimesinin sözlük anlamı çağdaş, çağcıldır¹⁹. Dolayısıyla modern kelimesinin, bulunduğu çağın şartlarına uygun olanı ifade ettiği söylenebilir.

Modern kelimesinin kökeni, ilk kez Roma'da kullanılan Latince “*modernus*” kelimesi olup, Hristiyanlığın kabul edilmesinden sonra yeni durumu eski Pagan dönemden ayırt etme amacıyla kullanılmıştır²⁰. Fakat modern kelimesinin, kullanıldığı zamana göre değişik anlamlar ifade ettiği çıkarımında bulunmak mümkündür. Çünkü tarihin bir döneminde çağa uygun olan, başka bir dönemde farklılık gösterebilir.

2.2. Modernite

Modernitenin kuramsal çerçevesi, sosyolojik düşüncenin önde gelen isimleri tarafından kapitalist organik büyümenin süreç ve dönemleri bazında incelenmiştir, oysa ilerleyen süreçte modernitenin çok boyutlu bir fenomen olduğu anlaşılmıştır²¹. Örneğin Habermas, moderniteyi bir süreç olarak değil kendisini geleceğin yeniliğine açan, gelecek için yaşayan bir dönem olarak ele almıştır²².

Modernitenin, yeni olan dönemi ifade ettiği kabul edildiğinde sabit bir zaman aralığının tespiti mantıklı olmayacaktır. Zira önceki döneme göre yeni olarak ifade edilen dönem, üzerinden zaman geçmesiyle birlikte eskiyecektir. Daima yenilenme ideali olarak nitelendirildiğinde de net bir tarihle ifade edilmesi doğru değildir, fakat çağ olarak 17. yüzyıla başlatılması mümkündür²³.

Modernitenin 17. yüzyıl ile başlatılmasının sebebi Avrupa’da o tarihten itibaren yaşanan bilimsel devrim, siyasal devrim, kültürel devrim ve sanayi devrimleri neticesinde tüm dünyayı etkisi altına alacak kadar büyük siyasal, toplumsal, ekonomik ve kültürel değişimlerin yaşanmasıdır. Fakat unutulmamalıdır ki Avrupa’da başlayan bu süreç, Avrupa’nın kendi deneyimleriyle şekillenmiştir, o halde her ülkenin modernite deneyiminin Avrupa’da yaşananlar

¹⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri (TDK), “*Güncel Türkçe Sözlük*” (Erişim 24 Kasım 2021).

²⁰ Yükselbaba, “Postmodernizm ve Hukuk”, 139.

²¹ Ahmet Çiğdem, *Bir İmkân Olarak Modernite Weber ve Habermas* (İstanbul: İletişim Yayınları, 1997), 52-53.

²² Çiğdem, *Bir İmkân Olarak Modernite Weber ve Habermas*, 67.

²³ Emir Kaya, *Hukuk Zihniyeti* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2018), 228.

ile aynı olması beklenemez. Diğer ülkeler Avrupa'nın yaşadığı bazı süreçleri yaşamadan diğer sürece geçmiş olabilir ya da Avrupa'nın kendine has özelliklerinin yaşadığı süreçlere sebep olması o özelliklere sahip olmayan ülkelerin süreçlerini etkileyecek/değiştirecektir.

2.3. Modernizm

Fransızca “*modernisme*” kelimesinden gelen modernizmin sözlük anlamı; çağdaşlık, çağdaşlaşma akımıdır²⁴. O halde dönemi ifade eden moderniteden farklı olarak, modernizmin bir akımı ifade ettiği söylenebilir.

Kaya'ya göre bir ideoloji olarak modernizm; Batı'nın fikir ve madde gücüyle dünyayı şekillendirmesini sağlayan 19. yüzyıldaki düşüncesini ifade eder²⁵. Erdem'e göre modernizm; ülkelerin hem ekonomik hem de kültürel sermayelerini arttırmak için sarıldıkları bir ideoloji ve dünya görüşüdür²⁶.

Bouzov'a göre modernist proje; 17. yüzyılda Avrupa'daki entelektüel devrimin ürünü ile ideolojisidir ve hukuk felsefesinde modernizmin temellerini bireycilik, biçimsel adalet ve temel insan haklarının olumsuz formülasyonu oluşturur²⁷.

Kimi yazarlar tarafından modernizm; Batı Avrupa'nın kendine has şartlarında meydana gelen, ilerleyen süreçte de kendisine sağladığı avantajları sayesinde Batı'ya hizmet eden ve diğer ülkelerin de aynı yolu takip etmesi gerekliliğini ileri süren bir “medenileştirme projesi” olarak nitelendirilir²⁸.

Modernizmin özelliklerini tespit etmek gerekirse;

Öncelikle modernizm, Orta Çağ inanışlarından farklı değerler üzerine inşa edilmiştir. Orta çağ anlayışında değer verilen en önemli kavramlarından biri olan geleneğe modernizmde önemli bir rol biçilmez. Hatta geleneğin karşısında konumlandırılması mümkündür. Haliyle modernizm, başta din olmak üzere gelenekte önemli yer tutan olguların da önemsizleşmesini, bazen de olumsuzlanmasını içerir.

Modernizm, aydınlanma düşüncesinin temel ilkeleri olan akılcılık, bilimcilik, ilerleme, kalkınma, hümanizm, evrensellik ve laiklik gibi ilkeler üzerine kurulmuştur. İnsan aklına verilen aşırı önem ve ilerlemeye olan inanç, modernizmde tabiatın ve toplumun insan aklı sayesinde kontrol altına alınabileceği düşüncesini doğurmuştur.

²⁴ TDK, “*Güncel Türkçe Sözlük*” (Erişim 25 Kasım 2021).

²⁵ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 228.

²⁶ Tevfik Erdem, *Feodaliteden Küreselleşmeye* (Ankara: Lotus Yayınevi, 2009) 94.

²⁷ Bouzov, “Modernism and Postmodernism in Philosophy of Law”, 203-206.

²⁸ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 12.

İnsan aklına verilen önemin pek çok alanda kendini göstermeye başlamasıyla, toplumsal sorunların çözümünde de bilimsel yöntemleri kullanma -pozitivizm- gündeme gelmiştir. Dolayısıyla modernizmin bilim anlayışı pozitivisttir. Söğütü'ye göre; “*Pozitivizmi doğuran temel dürtü, On yedinci yüzyılda Descartes’le başlayıp, Aydınlanma Çağı’nda doruk noktasına ulaşan, doğaya egemen olmak için doğa yasalarını keşfetme tutkusunun, insanî-toplumsal alana da taşınmak istenmesidir*”²⁹. İnsan aklına duyulan sonsuz güven sonucunda toplumsal alandaki problemleri çözme noktasında da insan aklının ön plana alınması gerektiğine dayanmaktadır. Fakat esasında bilimsel kaygılarla değil siyasi kaygılarla oluşturulan bir yöntem olduğunu da belirtmek gerekmektedir³⁰. Bilindiği üzere pozitivistde gözlem ve tecrübeye dayalı, kavramsal olarak test edilme fırsatı bulunanın yalnızca bilime konu olabileceği kabul edilir. Bu nedenle pozitivistle birlikte geleneksel bilgi kaynakları bilim dışına itilmiştir. Yani modernizm, geleneksel bilgi kaynaklarını bilim dışı kabul eder.

Anlamlandırmanın özneye bırakılması subjektivizme yol açar, bu da modernizmin benimsediği bilim anlayışı ile uyumsuz. Bu yüzden modernizmde her şey anlamlandırılmıştır. Aslında doğru ifade etmek gerekirse, her şeyin anlamlandırıldığı/anlamlandırılacağı iddiası söz konusudur. Belirsizliği yok etme iddiasını taşıyan bir düşünce biçiminde, yok edilemeyen belirsizliklerin varlığı inkar edilir. Bauman’ın ifadeleriyle; “...*Modernlik, kendi belirsizliğini, geçici bir sıkıntı olarak reddedebiliyordu. Her belirsizlik, bunun tedavisini içeren bir reçeteye tamamlanıyordu... Belirsizlikten kesinliğe, müphemlikten saydamlığa geçiş, sadece bir vakit meselesi, kararlılık, kaynak ve bilgi meselesi olarak görülüyordu*”³¹...

Modernizm burjuva-işçi, erkek-kadın, gelişmiş-az gelişmiş ülke, yetişkin-çocuk gibi; herkesi ve her şeyi birbirinin zıddı iki kategoriye yerleştirerek sosyal yaşamda konumunu belirginleştirir, tüm sosyal yapıyı belirler³². Bunun temelinde de her şeyi belirli hale getirme arzusunun bulunduğu söylenebilir. Ayrıca bu hususta, Derrida’nın “*karşıtlandırma*” kavramına değinmek yerinde olacaktır. Derrida’nın ortaya koyduğu bir metin okuma yöntemi olan titiz okuma (yakın okuma) yöntemine göre, metin sorgulandıktan sonra metinde yazılanlardan bir ikili karşıtlıklar kümesi oluşturulabileceği görülür³³. Özel/kamusal, doğru/yanlış, eril/dişil, ussal/usdışı, aynı/ayrı... gibi karşıtlık çiftlerinde ilk terim diğeri karşısında ayrıcalıklıdır³⁴.

²⁹ İlyas Söğütü, “İki Farklı Epistemoloji İki Farklı Siyaset Rasyonalist ve Ampirist Siyasetin Felsefi Kökenleri”, *Liberal Düşünce Dergisi* 51-52 (Yaz-Sonbahar 2008), 201.

³⁰ Söğütü, “İki Farklı Epistemoloji İki Farklı Siyaset Rasyonalist ve Ampirist Siyasetin Felsefi Kökenleri”, 201.

³¹ Zygmunt Bauman, *Modernlik ve Müphemlik*, trc. İsmail Türkmen (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2017), 326.

³² Erdem, *Feodaliteden Küreselleşmeye*, 390.

³³ Madan Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, trc. Abdülbaki Güçlü (Ankara: Pharmakon Kitap 2019), 82.

³⁴ Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 82.

Yapısökümcülere göre ayrıcalıklı terimin kimliği, karşıtının dışlanmasıyla gücünü alır³⁵. Bu karşıtlıkları yapısöküme uğrattırırken yapılması gereken ilk iş, karşıt kavramlar arasındaki hiyerarşinin yıkılmasını sağlamaktır³⁶.

Modernizm her şeyin belirli olduğu (veya belirli olacağı iddiasında) bir proje olduğu için, büyük anlatılara sahiptir. Modernizm, varlığına hizmet eden ilkelerin hayata geçirilmesini sağlayacak büyük anlatılarını uygulayabilmek için baskıcı bütüncü siyaseti gerektirir. Modernizmin toplayıcı ve kontrol edici özellikler taşıdığını, bunu söylemi vasıtasıyla gerçekleştirdiğini ifade etmek mümkündür³⁷.

2.4. Modernizm ve Hukuk

Modernizm ve hukuk arasında oldukça önemli bir ilişki söz konusudur. Çünkü modernizm için hukuk, varlığını sağlamlaştıracak önemli bir araç olarak görülür. Bir sosyal problem çözme tekniği olarak algılanan hukuk, modernist projenin ana bağlamını oluşturur³⁸.

Modernizmin bilim anlayışı pozitivism, hukukta etkisini hukuki pozitivism olarak gösterir. Buna göre yalnızca deney ve gözleme konu olabilenin bilime konu olabileceğinden hareketle, hukukun içeriğini oluşturan etik, ahlak, adalet gibi kavramların hukuk biliminin ilgi alanından çıkarılması gerektiği gündeme gelmiştir. Hukuk biliminin konusu pozitif hukuk ile sınırlandırılmıştır. Değerler, üzerinde herkesin uzlaşamayacağı göreceli kavramlar olduğu için hukuk biliminin dışında değerlendirilir.

Pozitivist hukuk akımının doğumuna değinmek faydalı olacaktır. Hukuki pozitivism, Batı Avrupa’da yaşanan köklü değişimlerin sonucunda 19. yüzyılda ortaya çıkmıştır³⁹. Yaşanan değişimler neticesinde egemen sınıf ve modern devlet, mevcut düzeni hukuki düzenlemelerle güçlendirmeyi amaçlamıştır⁴⁰. Burjuvazinin kesin, belirgin, net, şeffaf bir düzen ile istikrar isteği hukuki pozitivismin desteğiyle mümkün olmuştur⁴¹. Nitekim 18. yüzyılın ortalarında başlayan anayasacılık faaliyetleri ile hukuk devleti ilkesi de modernizmin belirlilik isteği çerçevesinde gelişmiştir.

³⁵ Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 82.

³⁶ Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 83.

³⁷ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 23.

³⁸ Bouzov, “Modernism and Postmodernism in Philosophy of Law”, 205.

³⁹ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 141-142.

⁴⁰ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 142.

⁴¹ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 142.

Pozitivizme göre gerçek hukuk; yalnızca planlanan veya hedef doğrultusunda yapılan hukuk olup, gerçek hukuk pozitif hukuku ifade etmektedir⁴².

Hukuki pozitivizmin oluşumunda etkisi olan önemli düşünürlerden Bentham, Austin ve Kelsen'in görüşlerine yer verilecektir.

Faydacılık ekolünün önemli temsilcilerinden Bentham'ın hukuka yaklaşımının genel felsefesiyle paralel olduğunu ifade etmek mümkündür. O, belli bir amaca ulaşmak için bir araç olarak nitelediği hukukun kaynağını yasaları yapana dayandırır⁴³. İtaat etme alışkanlığının geliştiği toplumları siyasal, itaat etme alışkanlığının olmadığı/gelişmediği toplumları doğal toplum olarak ikiye ayırarak doğal toplum-siyasal toplum ayrımını "itaat" ögesine dayandırır⁴⁴.

Bentham'ın anlayışı, yaşadığı dönemde toplumsal yaşamın siyasal sistemi tehlikeye düşürme ihtimaline karşı yaptırıma dayanan bir çözüme dayanır⁴⁵. Bu çözümde, insanın en ilkel dürtüleri olan acıdan kaçma ve hazza yönelme toplumsal yaşama uyarlanır. Haz ve acı ikileminden yola çıkarak sisteme uyum pozitif yaptırımlarla ödüllendirme, sisteme uyumsuzluk ise negatif yaptırımlarla cezalandırma ile sonuçlandırılır⁴⁶. Böylece sisteme aykırı davranışlar gerçekleştirmek isteyen kişi, ceza yaptırımı ile karşılaşacağını bildiği için, insanın en temel güdülerinden olan acıdan kaçma eğilimi nedeniyle sisteme aykırı davranmaktan vazgeçecektir. Sonuç olarak mevcut hukuk sistemine itaat sağlanmış olacak, sorun kalmayacaktır.

Hukuki pozitivizmin bir diğer önemli düşünürü Austin, doğal hukuka karşı çıkararak hukukun ne olduğunun saptanması üzerine çalışmıştır⁴⁷. Ona göre hukuk "egemen" in iradesinin ürünüdür⁴⁸. Bu nedenle anlayışı, iradeci pozitivizm olarak adlandırılır. O, hukukta kurucu unsur rolünü devlet iradesine vermiştir, devlet tarafından yaptırıma bağlanmadığı süreçte kaynağını toplumdan alan gelenek veya ahlak kuralları hukuk sayılmaz⁴⁹. Bu anlayışa göre hukuk, yalnızca "devlet tarafından yaptırıma bağlanmış olan"a karşılık gelir.

Hukuki pozitivizmin önemli temsilcilerinden Kelsen'e göre hukuk, hiyerarşik şekilde sıralanmış normlardan oluşur⁵⁰. Buna göre normların temelini yine hukuk normları oluşturur. Bu nedenle Kelsen'in teorisi normcu pozitivizm olarak anılır. Normlar hiyerarşisinde yer alan her norm, hiyerarşik olarak bir üstündeki norma uygun olmalıdır. En tepede yer alan anayasa

⁴² Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 144.

⁴³ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 144-145.

⁴⁴ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 144-145.

⁴⁵ Mehmet Tevfik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 41.

⁴⁶ Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 40-41.

⁴⁷ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 146-147.

⁴⁸ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), 172-173.

⁴⁹ Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 32-33.

⁵⁰ Gözler, *Hukuka Giriş*, 173.

ise geçerliliğini varsayımsal bir temel normdan almaktadır⁵¹. Bu farazi temel normun dayanağına açıklık getirilmemiş olması, kuramın eleştirilen taraflarından birini teşkil etmektedir. Kelsen'in saf hukuk teorisi (*pure theory of law*) olarak adlandırılan kuramını pozitivist yaklaşımla geliştirmiş, hukuku hukuk dışı öğelerden arındırmak istemiştir⁵². Fakat kuramda yer alan varsayımsal temel normun, pozitivist yaklaşımına gölge düşürdüğü ifade edilebilir. Çünkü her normun geçerliliği hususunda bir kıstas geliştirmesi fakat temel normun geçerliliği hususunda bir kıstas olmaksızın doğrudan geçerli olduğu varsayımı, kuramında dogmatik bir hususun varlığını göstermektedir.

Kelsen'e göre hukukun konusunu hukuk koyma yetkisine sahip otoriteler tarafından hazırlanan normlar oluşturur ve toplumsal hayattaki davranışlar ile gerçekler hukukun konusu olamaz⁵³. Kelsen'in teorisi toplumu dikkate almayan bir yaklaşımdır⁵⁴.

Sonuçta modernizmin, bilim anlayışı olan pozitivistin etkisiyle doğal hukuktan ziyade hukuki pozitivistliğe önem verdiği tespitinde bulunmak mümkündür. Fakat pozitivist hukuk teorisinde bilimin asıl amacının gerçeğe ulaşmak olduğunun göz ardı edildiği ifade edilmelidir.

Modernizmin etkili olduğu hukuk sistemlerinde hâkimin hukuk kuralını yorumlamasına gereken önem verilmez. Hâkime biçilen rol, var olan hukuk kuralını olaya uygulamaktan ibarettir. Gözler'in Montesquieu'den aktarımıyla "*hakimler, kanunun sözlerini telaffuz eden birer ağızdan başka bir şey değildirler (les juges...ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi)*"⁵⁵. Bu düşüncenin altında insanın soyut insanlığının bile modernist bakış açısıyla güvenilmez bulunması ve insanın robot somutluluğuna eriştirilmesi yatmaktadır.

Modernizmin etkili olduğu hukuk sistemlerinde hukuk ile sosyal realite arasındaki ilişki göz ardı edilir. Modernizmin benimsediği hukuki pozitivistliğe göre hukukun sosyal realiteye uygun olması veya sosyal realitenin hukuka uygun olması hukukun ilgilenmesi gereken alanın dışındadır. Çünkü sosyal realitenin kendisi olmasa bile yorumları subjektiftir ve yeterince somut değildir. Dahası, toplumun gücü de devletin gücü kadar temerküz etmiş, somutlaşmış olmadığından güç odağı olarak devlet benimsenir. Hukuk, somut güç odağı olan devletin somut olan kurallarının uygulanmasına indirgenir.

⁵¹ Gözler, *Hukuka Giriş*, 173-174.

⁵² Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 148.

⁵³ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 149.

⁵⁴ Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, 33.

⁵⁵ Gözler, *Hukuka Giriş*, 239.

Modernizme göre hukuk sisteminin varlığı, hakların gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinden daha önemlidir. Güriz'in ifadesiyle; modern hukuk anlayışı hukuku kutsal yapmış ve hakları önemsizleştirmiştir⁵⁶.

Modern hukukun vazgeçilemez kabul ettiği ilkeleri ve kurumları mevcuttur. Dogmatizme karşı duruş modernizmin özünü oluşturmaya rağmen dogmatik taraflar barındırması hukukta modernizmin çelişkisi olarak okunabilir. Türkiye için modernizm, karşı çıkılan dini dogmatizmin yerine gelmiş bir dogmatizm, batıda ise şüpheli seyir içinde bir tutulma olarak nitelendirilmektedir⁵⁷.

Modernizmin hukuktaki görünümü incelenirken evrensel insan hakları meselesine değinmek gerekmektedir. Öncelikle insan haklarının; modernizm ve postmodernizm karması bir alan olduğu söylenmelidir. Şöyle ki; Batı kültürünün değerlerini evrenselleştirme noktasında modernizmin, hukukta ahlaka ve değerlere yer olmadığını ileri süren pozitivizme karşı bir adım olma noktasında postmodernizmin alanındadır. Evrensel insan hakları kuramı, modernizmin temellerinden biri olan evrensellik ilkesinin hukuktaki görünümüdür. Batı medeniyeti içinde gelişen evrensel insan hakları kuramına göre insan hakları; bireyin yalnızca insan olması kaynaklı elinde bulundurduğu ayrıcalıklardır. İnsanın ahlaki doğası insan haklarının kaynağını teşkil etmektedir, zira insan haklarına onurlu bir hayat için gereksinim duyulmaktadır⁵⁸. İnsan haklarının kaynağını teşkil eden insan onuru kavramı ise; 1940'ların başında sadece Hristiyan ve Yahudi geleneği ile Aydınlanma felsefesi tarafından kullanılmıştır⁵⁹. Dolayısıyla insan haklarının kaynağını oluşturan insan onuru kavramı, ortaya çıktığı ve şekillendiği Batı kültürüne dayanmaktadır. Modernizmin yaratıcısı Batı kültürü, değerlerinin evrensel olduğunu kabul etmiştir. Evrensel insan hakları anlayışının iddiası, tüm insanlar için zaman ve mekân ayırt etmeksizin geçerli olduğudur. Oysa insan hakları fikri Batı'nın kendine özgü şartları içinde meydana gelmiştir⁶⁰. Her ne kadar insan haklarının tarihsel kaynağı Batı olsa da, insan haklarının içeriğinin saptanması ve yorumlanması yetkisinin Batı'ya bırakılması çabalarının evrensellik iddiası ile çeliştiğini belirtmek gerekmektedir⁶¹. Batı'nın ardından kendi modernite sürecini yaşayan Batı medeniyetine ait olmayan ülkeler, kendi kültürel değerlerini evrensel

⁵⁶ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 441.

⁵⁷ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 227.

⁵⁸ Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları*, trc. Mustafa Erdoğan – Levent Korkut (Ankara: Yetkin Yayınları, 1995), 27.

⁵⁹ Esra Demir, *İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çalışması* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006), 4.

⁶⁰ Demir, *İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm*, 1.

⁶¹ Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006), 86.

insan hakları önermelerine adapte etme arayışlarına girmiştir. Bu husus postmodernitenin modernite karşısında yerelliği savunmasının en büyük argümanıdır.

Modernizmin temel ilkelerinden olan evrensellik; hukukta evrensel insan hakları söylemi ile vücut bulmuş, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile var olan esas hak ve özgürlükler AİHS ile somutlaştırılmıştır. Fakat AİHS'nin oluşumunda Batı kültürüne ait değerlerin evrenselleştirilmesi hedef alınmış, insan haklarının evrenselliği kisvesi altında aslında sadece belirli bir kültüre ait değerlerin evrensel olduğu Batı'nın kendi oluşturduğu sözleşme ve yapılanmalar ile somutlaştırılmıştır. AİHM'nin kuruluş amacının, taraf ülkelerin AİHS'e uyumunu denetlemek olduğu bilinmektedir. Dolayısıyla insan haklarının evrensel olduğu iddiasına dayanan AİHM'nin Batı kültürüne ait değerleri öne çıkarma amacına sahip olması yönüyle temelde modernist bir kurum olduğu çıkarımında bulunmak mümkündür. Bu nedenlerle günümüzde her ne kadar postmodern bir kurum olduğu zannedilmekteyse de kuruluş felsefesinde barındırdığı modernizm onu çelişiklere sahip bir mekanizma haline getirmektedir. Kararlarında her ne kadar çoğulculuk ve hoşgörülülük vurgulansa da AİHM tarafından bu kavramların içinin doldurulmadığı görülmektedir⁶². Bununla birlikte AİHS Avrupa Birliği'nin değil Avrupa Konseyi'nin bir ürünü olsa da, AB'nin Kopenhag kriterlerinin büyük oranda AİHS hükümleri ve AİHM içtihadına uyumu içermesi bilinen bir gerçektir. Sonuçta AİHM içtihatlarına uyum çabasının özünde kendini siyasi bir birliğe kabul ettirme güdüsünün yer aldığını söylemek mümkündür.

Modernizmin kendi içerisinde yarattığı sorunların çözümünde adeta bir kimyasal tepkime olarak ortaya çıkan postmodernizmin de anlaşılması gerekmektedir.

3. Postmodernite

3.1. Postmodern

Fransızca *postmoderne* kelimesinden gelen postmodernin sözlük anlamları postmodernizm yanlısı ve postmodernizme ait olandır⁶³. Postmodern kelimesi, bu çalışmada postmodernizmi savunan veya postmodernizme ait kavramları ifade etmekte kullanılacaktır. Post, “-den sonra” anlamına gelen bir ön ek olup, önüne geldiği kelime ile birleşip yeni bir terim meydana getirir. Önüne geldiği kelimeyle ilgili bazı unsurlar içerirse de yeni ve farklı bir yaklaşımı ifade eder.

⁶² Çatlı, *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, 61.

⁶³ TDK, “*Güncel Türkçe Sözlük*”, Erişim 25 Kasım 2021.

Doktrinde postmodern teriminin anlamı üzerinde uzlaşılmamıştır. Güriz'in Featherstone'dan aktarımıyla; *“Postmodern teriminin henüz üzerinde anlaşma sağlanmış bir anlamı yoktur. Terimin türevleri olan postmodernlik, postmodernite, postmodernleşme ve postmodernizmden oluşan terim ailesi sıklıkla zihni karıştıran ve birbirinin yerine geçen tarzda kullanılmaktadır*⁶⁴”.

Bu terim, modernden sonra gelmeyi veya modernizmin zirvesine ulaşmasını, ya da modernizmin farklı türde devamını ifade edebilir⁶⁵.

Postmodernlik Bauman'a göre, modernliğin inkârı ya da sonlandırılması olmayıp kendini denetleyen modernlik olarak tanımlanmaktadır⁶⁶. Buradaki “post” kronolojik anlamda modernden sonra ortaya çıkması anlamına gelmemektedir⁶⁷.

Bauman'ın ifadeleriyle, *“Postmodernliğin, dünyanın büyüsunü bozmak için girişilen, sonunda sonuçsuz kalınan uzun ve gayretli modern mücadeleden sonra dünyanın ‘yeniden büyüülü hale getirilmesi olduğu’ söylenebilir*⁶⁸”.

3.2. Postmodernite

20. yüzyılın ikinci yarısında yaşanan gelişme ve değişmelerin oluşturduğu süreç; kimi teorisyenler tarafından post-endüstrileşme ve post-modernleşme olarak adlandırılırken, kimi teorisyenler tarafından modernleşmeden kopuştan ziyade modernleşmenin evrenselleşmesi, radikalleşmesi ve küreselleşmesi olarak değerlendirilir⁶⁹. Bu süreç teorisyenler tarafından farklı isimlendirilse ve açıklansa bile özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında her alanda köklü bir değişimin yaşandığı konusunda fikir birliğinden bahsetmek mümkündür; toplumların siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yapılarında kayda değer değişimlerin gerçekleşmekte olduğu dönemin postmodernite olarak adlandırıldığı ifade edilebilir⁷⁰.

Postmodernitenin, modernitenin çöküşünden sonra içinde yaşadığımızı kabul ettiğimiz kültürel durumu ifade ettiği de söylenebilir⁷¹.

⁶⁴ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 456.

⁶⁵ M. Featherstone, *Postmodernizm ve Tüketim Kültürü*, 34.

⁶⁶ Bauman, *Modernlik ve Müphemlik*, 373.

⁶⁷ Zygmunt Bauman, *Postmodern Etik*, trc. Alev Türker (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2020), 21.

⁶⁸ Bauman, *Postmodern Etik*, 51.

⁶⁹ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 157.

⁷⁰ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 157.

⁷¹ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 30.

3.3. Postmodernizm

Modernite süreciyle yaşanan her gelişme ve yenilik ile dünyada insanlığın daima ileriye bir adım attığı ve bu ilerlemenin her anlamda istikrarını koruyacağı düşüncesi oluşmuştu. Fakat çok geçmeden bunun bir yanılgı olduğu görülmüştür. Dünya savaşlarının patlak vermesi, teknolojik gelişmelerin savaşımlara da uygulanması, üretimin çok olmasına rağmen açlık ve kıtlığın söz konusu olması; insanlığın durmadan ilerlediği ve iyileştiği düşüncesini sarsmıştır. Kuantum fiziği ve görelilik kuramı ise kâinata farklı bakış açılarıyla bakılması gerekliliğini çarpıcı biçimde ortaya koymuştur. Bu gereklilik neticesinde modernizmin eleştirilmesi postmodernizm kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Postmodernizm kavramının ortaya çıkışı 1870’lerde Britanyalı sanatçı John Watkins ve 1917’de Rudolf Pannwitz’in kullanımları ile olmuşsa da tarihçi Arnold Toynbee yeni bir dünya düzeni ve sosyo-kültürel çerçevede ilk kullanan isim olmuştur⁷². 1960’larda New York’taki sanatçılar ve eleştirmenlerce gündeme getirilen kavramın Avrupalı teorisyenlerce benimsenmesi 1970’lerde gerçekleşmiştir⁷³. Postmodernizmin bugünkü anlamda tartışılmasının ise 1979’da Fransız filozof Jean-François Lyotard’ın “Postmodern Durum” adlı eseri ile başladığı söylenebilir⁷⁴.

İlk olarak Batı’daki mimari, kültür ve sanat alanındaki yeniliklerdeki deneysel girişimleri ifade etmek için tercih edilen kompleks bir terim olan postmodernizm, bizatihi bir sistem olmamış, kavramsallaşmayı ve kuramsallaşmayı reddetmiştir⁷⁵.

Yapısı gereği karmaşık bir kavram olan postmodernizmin anlamına dair henüz ortak bir tanımlamanın mevcut olmadığını belirtmek gerekmektedir. Postmodernizm için Jameson’un “geç kapitalizmin mantığı”, Huyssen’in “neomodernizm”, Argue’nin “üst modernizm”, Gellner’in “görecelik”, Debord’un “gösteri toplumu” adlandırmaları; farklı tanımlamalara örnek olarak gösterilebilir⁷⁶.

Tam olarak tanımlanmayan bu kavram ele alınırken ikili bir tutum sergilenmektedir. Birincisi; yenilginin sonucu olarak geriye dönüş, yeni muhafazakâr bir tepki olarak modernist bir tavırla incelemek, ikincisi ise; kapitalist refah devletinin bunalımı sonucu meydana gelen

⁷² Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 12-18.

⁷³ Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 188.

⁷⁴ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 18.

⁷⁵ Mustafa Serhat Kaşıkara – Seher Kaşıkara, “Post-Modernizm ve Hukuk”, *Hacettepe HFD* 7/1 (2017), 515-516.

⁷⁶ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 13.

kültürel bir oluşum olarak tanımlamaktır. Sallan- Boybeyi'nin Lyotard'dan aktarımıyla; “*postmodernizm yolun sonuna varmış bir modernizm değildir, o süreç içinde bir durumdur*”⁷⁷.

Postmodernizm, modernizme eleştiri ve tepki içeren tarafı bulunmakla beraber, modernizmi ortadan kaldırarak, onun tam karşısında var olmuş bir durum değildir. Buna karşın, modernliğe yönelttiği eleştirilerden ötürü kimi yazarlar tarafından bir anti-modern okuma olarak adlandırılmaktadır⁷⁸. Postmodernizm hakkında; anti-modern bir hareket, modernizmin bir devamı, Batı uygarlığının inkârı, kapitalizmin yeni bir aşaması ya da şekil değiştirmiş hali gibi çok çeşitli nitelendirmelerin mevcut olduğunu ifade etmek gerekmektedir⁷⁹.

Postmodernizm, kimi yazarlarca türlere ayrılmaktadır. Örneğin Feldman postmodernizmi antimodernizm ve metamodernizm olmak üzere ikiye ayırmaktadır, antimodernizm daha aşırıdır ve radikal rölativizmi kapsar⁸⁰. Metamodernizm ise antimodernizme kıyasla daha ılımandır. Modernist eleştirilenlerin söylemlerinin aksine, metamodernizm devam edecektir; çünkü postmodern kültür uzun bir süre ortadan kalkmayacak, hukuk bilimini aşlamaya devam edecektir⁸¹.

Postmodernizmin düşünsel temellerinden biri olan postyapısalcılık akımına değinmek gerekmektedir.

Yapısöküm, Fransa ile Amerika'daki en önemli düşünsel hareketlerden biri olup, mahiyeti gereği yapısalcılık sonrasındır ve en önemli temsilcisi Jacques Derrida'dır⁸².

Derrida'nın yapısalcılığa karşı eleştirileri üç başlıkta özetlenebilir; ilki genel yasaların olanağına şüpheyile bakılması, ikincisi nesneyi betimleyenin özne olması ve nesne ile özne arasındaki karşıtlık sorunu, üçüncüsü ise ikili karşıtlıklar yapısı sorunudur⁸³.

Derrida'ya göre, dili titizlikle ele almadan aklın dünyayı kavrayabileceğine dair sarsılmaz inanç Batı metafiziğinin en güçlü yanılgılarından biridir⁸⁴.

Yapısökümcülere göre hiçbir anlam kesin olamaz, yorumlamanın dışında anlam hakkında nihai bir karara ulaşılması mümkün değildir⁸⁵. Yapısökümcülerin bu anlayışları, modernizme karşı eleştirel bir yaklaşımı doğurarak postmodernizmin fikirsel temellerini oluşturmuştur.

⁷⁷ Songül Sallan – Songül Boybeyi, “Postmodernizm - Modernizm İkilemi”, *AÜDTCF Felsefe Bölümü Dergisi* 15 (1994), 313-314.

⁷⁸ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 56.

⁷⁹ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 17.

⁸⁰ Stephen M. Feldman, “An Arrow to the Heart: the Love and Death of Postmodern Legal Scholarship”, 2373-2374.

⁸¹ Feldman, “An Arrow to the Heart: the Love and Death of Postmodern Legal Scholarship”, 2377-2378.

⁸² Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 57.

⁸³ Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 67.

⁸⁴ Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 83.

⁸⁵ Sarup, *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*, 87.

Postmodernizmin özelliklerini tespit etmek mahiyeti itibariyle kolay olmamakla birlikte, tespit etmek gerekirse;

Postmodernizmde modernizmin en önemli temeli olan sürekli ilerleme fikri yerine, zamanın doğrusal değil döngüsel olarak devam ettiği fikri benimsenmiştir⁸⁶.

Postmodernizmin modernliğin insanlığın tüm problemlerine tek çözümü akıl olarak görmesine eleştiri barındıran yönünü belirtmek gerekmektedir⁸⁷.

Postmodernizm, her şeyin göreceli olduğu iddiası üzerine inşa edilmiştir⁸⁸. Modernizmde olduğu gibi, tek bir doğrunun tespiti mümkün değildir. Doğru, zamana ve mekâna göre değiştiği için her şey görecelidir. Bu nedenledir ki postmodernizm evrenselliği reddederek kültürel ve yerel olanın da nazara alınmasını amaçlar.

Her şeyin zamana ve mekâna göre değerlendirilmesi gerekliliği neticesinde postmodernizmde yerellik ve özerklik kavramları büyük önem arz eder. Bu nedenle postmodernizm yerel yönetimlerin yetkilerinin artırılması ve yerel yönetimlere özerklik sağlanmasından yanadır⁸⁹.

Modernizmdeki kategorileştirmenin aksine, postmodernizmde her şeyin ve herkesin konumunun belirsizliği ve gelip geçiciliği vurgulanır⁹⁰. Postmodernizmin en önemli öncülerinden Lyotard'a göre sosyal kimlikler karmaşık ve heterojen olduğu için sosyal bütünlük mümkün olmayıp ırk, cinsiyet, sınıf gibi kategorilerin uygulanması kabul edilemez⁹¹.

Postmodern toplumlarda parçalanma ve farklılık, çatışma ve çıkarların çoğulculuğu egemendir⁹². Postmodernizm çoğulcu adaleti savunur, öteki ve farklılık en önemli iki kavramıdır⁹³. Postmodernizm siyasette baskıcı bütüncülüğe ve baskıcı siyasete karşı, çoğulcu ve açık demokrasiden yana tavır sergilemektedir⁹⁴. Postmodernizm baskıcı ve bütüncü uygulamaların temelleri olan meta anlatılara karşı güvensizdir⁹⁵. Postmodernizm, hayatı bütün olarak açıklama ve kendi ölçütleriyle düzenleme iddiası içeren siyasal, dinsel ya da toplumsal nitelikteki bütünleştirici dünya görüşleri olarak adlandırdığı büyük anlatıların birey ve toplum

⁸⁶ Erdem, *Feodaliteden Küreselleşmeye*, 390.

⁸⁷ Mehmet Emin Şimşek, *Moderniteden Postmoderniteye Uzanan Bir Köprü: Z. Bauman* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014), 47.

⁸⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 455.

⁸⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 447.

⁹⁰ Erdem, *Feodaliteden Küreselleşmeye*, 390.

⁹¹ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 42.

⁹² Bouzov, "Modernism and Postmodernism in Philosophy of Law", 204.

⁹³ Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 102,108.

⁹⁴ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 457.

⁹⁵ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 100.

üzerinde etkin olmasına itiraz etmektedir⁹⁶. Lyotard da Aydınlanma ideallerini (rasyonalizm, adalet, eşitlik özgürlük gibi) hayatı bütün olarak açıklama ve yönlendirme savındaki meta anlatılar olarak isimlendirmekte ve dahi meta anlatıların anlamını kaybettiğini dile getirmektedir⁹⁷.

3.4. Postmodernizm ve Hukuk

Modernist hukuk, toplumların sorunlarına çare olamamış, amaçlarını gerçekleştirememiş ve işlevini yitirmiştir. Bouzov'un ifadeleriyle pozitivist hukuk paradigması 20. yüzyılın sonunda toplumun temel sorunlarını çözememiş ve sosyal, ekonomik, politik statükoyu korumanın bir aracı haline gelmiştir⁹⁸. Bu nedenle, modernizmin hukuka çözümler üretmekte yetersiz hale geldiği kabul edilerek, hukuka postmodernizm perspektifinden eğilmekte fayda bulunmaktadır.

Modernizme karşı eleştirel duruşuyla kavranan postmodernizm, elbette hukukta da etkisini modernist hukuk sisteminin kurumlarına eleştiri ve sorgulayıcı tutumuyla göstermektedir. Kimi yazarlara göre postmodernizm hukuktaki yerleşik hiyerarşileri yıkmak amacı taşır⁹⁹. Fakat Feldman tarafından yapılan sınıflandırma ile yaklaşıldığında antimodernizm olarak nitelenen postmodernizm hukuktaki yerleşik hiyerarşileri yıkmak amacı taşır, postmodernizmin ılıman hali ise hukuktaki yerleşik hiyerarşilere şüpheyile yaklaşır demek, daha doğru olacaktır. Postmodernizm, modern hukukun kabullerinden anayasacılığa, hukuk devleti, insan hakları, siyasal tarafsızlık gibi ilkelere şüpheyile yaklaşır¹⁰⁰. Hukukta büyük önem arz eden, postmodernistlerin savunduğu kültürel rölativizm kavramını incelemek gerekmektedir.

Asıl kurucuları Franz Boas ve öğrencileri Ruth Benedict ve Melville Herskovits olan kültürel rölativizm; Batılı liberal geleneğin insan hakları anlayışının karşısında bir duruş sergileyen bir anlayıştır. Esasında; tek bir kültüre ait değerlerin evrensel ilan edilmesine bir tepki olarak meydana gelmiştir. Tüm evrensel projeler karşısında yerelliği savunan bir anlayıştır. Bu anlayışa göre tüm değer ve pratikler kültüre göre belirlenir, bu sebeple hiçbir evrensel değer varlığı kabul edilmez¹⁰¹. Rölativistlere göre her toplum kendisini ve üyelerini

⁹⁶ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 29.

⁹⁷ Yüksel, *Hukuka Postmodern Yaklaşım*, 16.

⁹⁸ Bouzov, "Modernism and Postmodernism in Philosophy of Law", 205.

⁹⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 440.

¹⁰⁰ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 33.

¹⁰¹ Demir, *İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çalışması*, 37-39.

koruyacak mekanizmalar oluşturur. Hiçbir kültür, bir diğerinden üstün olmayıp bütün kültürler önem açısından eşittir.

İnsan haklarının özünü oluşturan değerlerin evrenselliği söz konusu olamaz. Bauman'ın ifadeleriyle “...*Yalnızca kurallar evrensel olabilir... Ahlakın kodlanmaya, formelleşmeye, toplumsallaşmaya, evrenselleşmeye direnen şey olduğu söylenebilir*¹⁰²...”

Kültürel rölativizm hususunda değinilmesi gereken, Amerikan Antropoloji Derneği'nin İcra Kurulu tarafınca düzenlenen ve BM İnsan Hakları Komitesine sunulan 1947 tarihli İnsan Haklarına Dair Beyan, insan hakları komitesini kültürel farklılıklara duyarlı olmaya dair bir çağrıdır. Problem bir insan hakları bildirisi hazırlanması değil, tek bir kültüre ait değer ve inançlara dayalı bildiri olmasıdır¹⁰³. Kültürel rölativizm, yalnızca BM İnsan Hakları Bildirgesi'nin hazırlandığı dönemde alevlenmiş bir anlayış olarak görülmemelidir, günümüz dünyasında kültürel zenginliklere saygılı ve barış içinde bir ortamın sağlanabilmesi için en önemli konulardan biridir.

Kültürel rölativizm anlayışının haklı olduğu noktalar bulunmakla birlikte, eleştirilebilecek hususları da mevcuttur. Her değer kendi kültürü içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, toplumların değerlerine hoşgörüyle bakılması gerektiği ilk bakışta zararsız gibi görünse de bu durum dünyadaki kabul edilemeyecek kimi uygulamalara da hoşgörüyle bakmayı gerektirir. En büyük örnek ise rölativist bakış açısıyla Nazi uygulamasına yaklaşılmasıdır¹⁰⁴. Şüphesiz ki bir toplumda kabul görmüş ve olağan karşılanan her duruma hoşgörüyle yaklaşmak mümkün değildir. Kültürel rölativizmin eleştirilebilecek bir başka özelliği; siyasi iktidarların kültürel rölativizmi kullanım şekilleridir¹⁰⁵. Hak ihlalinin söz konusu olduğu durumları kültürel rölativizme dayanarak meşru göstermeye çalışmak sorun teşkil eder. Bu durumun tespiti bazı durumlarda her insanın görebileceği şekilde aşikâr olur iken, bazı durumlarda değerlendirilmesi güçtür. Yine Nazi uygulaması örneğinden hareket edersek; Aryan ırkının saflığını ve sağlığını korumak gayesi altında toplumda yer alan zayıf, engelli veya etnik kökeni farklı kimselerin eziyet görmesi kabul edilemez. Kültürel değerler kisvesi altında zalimce uygulamalar gütmek haksızlıklara kültürel rölativizm anlayışının alet edildiği anlamına gelir.

Kültürel rölativizmle ilintili bir kavram olan öteki, postmodernizmin anahtar kavramlarından biridir ve şüphesiz hukukta da etkilerini göstermektedir. Kültürel sistem

¹⁰² Bauman, *Postmodern Etik*, 80-81.

¹⁰³ Demir, *İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çalışması*, 43-44.

¹⁰⁴ Demir, *İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çalışması*, 41.

¹⁰⁵ Demir, *İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çalışması*, 90.

tarafından dışlanan ve postmodernizmde önemli bir yeri olan öteki'ye postmodern hukukta kendisini belirleme imkânı verilmelidir¹⁰⁶.

Hukukta postmodernistlere kulak verilmesi gereken bir diğer önemli husus, modernist bilimciliğe takılı kalmamaktır. Postmodernistler modernist bilimciliği eleştirir, hâkim kararlarının sadece hukuk metinlerine tabi olmasını sorgular, kararların ahlaki gerekçelere ve siyasi doğruluğa uygun olması gerektiğini düşünürler¹⁰⁷. Herkesin adalete ihtiyaç duyduğu bir dünyada, adil olan yerine hukuk kurallarına uygun olana ağırlık verilmesi ne kadar tatmin edicidir veya ne kadar gereklidir, sorusu sorulabilir.

Postmodernizmde durağan değil aktif adalet anlayışı ön plandadır, kurallar mutlak olarak görülmeyip sorgulandığı takdirde aktif adalet anlayışı söz konusu olabilir, bu nedenle hukuki kararlar da aktif nitelik arz etmelidir, hukuki kararların aktif nitelikte olabilmesi ise yorumlama sanatına önem verilmesiyle mümkün olur¹⁰⁸. Kural ve kararların devamlı süzgeçten geçirilmesi sayesinde hukuk sosyal gerçekliğe, sosyal gerçeklik de hukuka yakınlaşacaktır¹⁰⁹. Hukukun sosyal gerçekliğe, sosyal gerçekliğin de hukuka yakınlaşmasını sağlayabilecek imkanlardan birisi hâkimin takdir yetkisinin genişletilmesidir. Zira hâkim, yasa koyucudan farklı olarak bizzat somut olayın detaylarına vakıftır. Hâkimin takdir hakkı, hukukumuzda Türk Medeni Kanunu'nun 4. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.”* Görüldüğü üzere hukukumuzda hâkimin takdir yetkisi ancak kanunun bu yetkiyi kullanmasını emrettiği konularda mümkündür. Sınırları ve denetimi düzenlendiği takdirde hâkimin takdir yetkisinin genişletilmesi aktif adalet anlayışına hizmet edecektir. Hukukumuzda yerel mahkeme kararlarının devamlı süzgeçten geçirilmesini sağlayarak aktif adalet anlayışına hizmet eden mekanizmaların başında ise Yüksek Mahkemeler gelir. Anayasa Mahkemesi ise; bireysel başvuru yolu açısından hukuki kararların sorgulanması, iptal ve itiraz yolları açısından yasaların sorgulanmasını sağladığı için aktif adalet anlayışına hizmet eden en önemli kurumdur.

Postmodernizmin hukuk anlayışı, doğal hukuk anlayışı ile benzeşik özellikler taşımaktadır¹¹⁰. Postmodernizmin savunduğu sivil itaatsizlik görüşü temelini doğal hukukta bulmaktadır; postmodernistler, hukukun temel amacının adaletin gerçekleşmesi olduğunu,

¹⁰⁶ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 441.

¹⁰⁷ Bouzov, “Modernism and Postmodernism in Philosophy of Law”, 205.

¹⁰⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 444.

¹⁰⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 441.

¹¹⁰ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 447-448.

adaletsiz bir hukuka insanların karşı çıkmaya hakları bulunduğunu savunmaktadırlar¹¹¹. Oysa modernizmin etkili olduğu hukuk sistemlerinde sivil itaatsizliğe bakışın olumsuz olduğunu ifade edebiliriz, çünkü sivil itaatsizlik eylemine girişenler hukuk istikrarını tehlikeye düşürmektedirler¹¹².

4. Hakikat Sonrası Dönem

4.1. Post-Truth Kavramı

Oxford Sözlük tarafından 2016'da yılın kelimesi ilan edilen *post-truth*, günümüz siyasal ve toplumsal hayatın içinde bulunduğu halin anlaşılması bakımından oldukça önemli bir kavramdır.

Kavram hakkındaki tartışmalara geçmeden önce sözlük tanımını akılda tutmak faydalı olacaktır. Kavramın Oxford Sözlük tarafından tanımı “*objektif verilerin kamuoyunun oluşumunda bireysel inançlardan ve duygusal yönelimlerden daha az etkili olduğu durumları ifade eder*” şeklindedir¹¹³. O halde *post-truth* kavramının, kamuoyunun oluşumunda kişisel inanç ve duygusal eğilimlerin nesnel verilerden daha etkili olduğu durumları anlatmakta olduğu ifade edilebilir.

Post-truth kavramı, son yıllarda akademik çevrelerce çeşitli açılardan tartışılmaktaysa da tartışmaların başını Türkçe'ye nasıl çevrileceği hususu çekmektedir. Kavramın çevirisi hakkında henüz bir uzlaşmadan söz edilememektedir. Kavram için çok sayıda Türkçe karşılık önerisi mevcuttur. Adem Terzi tarafından kitap, dergi, gazete ve internet kaynakları ile söyleşilerden derlenen Türkçe karşılık önerilerinin bir kısmı: “*Gerçek dışı, gerçek ötesi, gerçeklik ötesi, doğru ötesi, doğruluk sonrası, gerçek sonrası, gerçeklik sonrası, gerçeğin ötesi, gerçek üstü, hakikat ötesi, hakikat sonrası, post-gerçek, post-hakikat, hakikat ötesilik, hakikat sonrasılık, post-olgusal, sahte gerçeklik, öznel gerçekleştirme, inanılmış gerçek, gerçeğimsi, gerçek aşımı, gerçek aşınımı, hakikat aşınımı, hakikatin önemsizleşmesi, gerçeğin bükülmesi*”¹¹⁴.” şeklindedir. Görüldüğü üzere kavram için Türkçe karşılık önerileri çeşitlilik göstermektedir.

¹¹¹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 451.

¹¹² Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 452.

¹¹³ Mehmet Sebih Oruç, “Postmodernite, Siyasal İletişim ve Doğruluk Sorunu: Post-Truth Durum ve Entelektüel Zemini Üzerine Bir İnceleme”, *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi* 36 (2020), 143.

¹¹⁴ Adem Terzi, “Post-Truth Kavramı ve Türkçe Karşılıkları Üzerine”, *Türk Dili* 60/820 (Nisan 2020), 80-86.

Post-truth kavramındaki “post” ekinin, yaygın anlamı olan “sonrası” anlamına gelmediğini ileri sürenlerin mevcut olduğunu belirtmek gerekmektedir¹¹⁵. Örneğin Alpay, sözcükte yer alan “*post*” ön ekinin, ek olarak geldiği kelimenin değersizleştiği veya ilgisizleştiği bir evreyi belirttiği ileri sürmektedir¹¹⁶. Bu nedenle *post-truth* kavramı için karşılık önerisi “hakikatin önemsizleşmesi” olmuştur¹¹⁷.

Post-truth kavramının anlamı gözetildiğinde “*truth*” için en uygun karşılığın “hakikat” olacağı düşünülmektedir¹¹⁸. Zira kavramdaki “*truth*” kelimesinin “gerçeklik” olarak çevrilmesi, terimin anlamında değişiklik oluşturacaktır¹¹⁹. *Truth* kelimesi dilimizde hakikat/doğruluğa karşılık gelirken *reality* kelimesi gerçekliğe karşılık gelmektedir. Birbirine yakın hatta bazen birbirinin yerine geçebiliyor gibi görünen bu iki kavramın farklı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Hakikatin gerçekliği kapsadığı fakat gerçeklikten daha derin bir anlamı olduğu göz önünde tutulduğunda söz konusu kavramın gerçeklik sonrası olarak çevrilmesinin eksik olacağı çıkarımında bulunulabilir. Timuçin, Felsefe Sözlüğü’nde gerçekliğin doğrulukla karıştırılmaması gerektiğini; doğruluğun, gerçekliğin düşünsel düzeyde ya da zihnimizde onaylanmasıyla ilgili olduğunu belirtmiştir¹²⁰.

Post-truth kavramı, bu çalışmada hakikat sonrası şeklinde kullanılacaktır.

Hakikat sonrası kavramının içeriğine geçmek gerekirse;

Kamuoyunun oluşumunda kişisel inanç ve duygusal eğilimlerin nesnel verilerden daha etkili olması yeni bir kavram olmamakla birlikte, özellikle Trump siyasetinde bu durumun doğrudan tecrübe edilmesiyle kavram popüler hale gelmiştir. Amerika Birleşik Devletleri’nin 45. Başkanı Donald Trump’ın 2016 başkanlık seçimi sürecinde açıkça yanlış bilgiler sunmasına rağmen ABD halkının çoğunluğunu etkileyebilmesinin sebebi bu kavramla açıklanmıştır. İngiltere’nin Avrupa Birliği’nden çıkmasına yönelik Brexit oylaması da bu kavram ile açıklanan önemli olaylardandır¹²¹.

Aslında kullanılma oranı son yıllarda artmışsa da *post-truth* yeni bir kavram değildir. İnsanlar tarihin her döneminde objektif verilerden ziyade, inançları ve duygularına hitap edene yönelme eğilimi göstermiştir. Fakat son yıllarda dünyanın edindiği yeni çehrenin; insanların objektif verilerden ziyade, inançları ve duygularına hitap edene daha fazla yönelmesine müsait

¹¹⁵ Oruç, “Postmodernite, Siyasal İletişim ve Doğruluk Sorunu: Post-Truth Durum ve Entelektüel Zemini Üzerine Bir İnceleme”, 143.

¹¹⁶ Yalın Alpay, *Yalanın Siyaseti Post-Truth* (İstanbul: Destek Yayınları, 2017), 25-26.

¹¹⁷ Alpay, *Yalanın Siyaseti Post-Truth*, 27.

¹¹⁸ Terzi, “Post-Truth Kavramı ve Türkçe Karşılıkları Üzerine”, 84.

¹¹⁹ Alpay, *Yalanın Siyaseti Post-Truth*, 26-27.

¹²⁰ Afşar Timuçin, *Felsefe Sözlüğü* (İstanbul: Bulut Yayınları, 2004), 230.

¹²¹ Alpay, *Yalanın Siyaseti Post-Truth*, 35.

bir ortam sağladığı söylenebilir. Çünkü bu yeni çehrede bilgilerin doğruluğunun araştırılmasının zor/vakit kaybı/hatta gereksiz olduğu yönünde bir algının yayılmakta olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Teknolojik gelişmeler en üst seviyededir ve teknolojik aletlerin kullanımı yaygınlaşmıştır. Özellikle sosyal medya kullanımının artmasıyla, sanal dünya artık gerçek dünya ile iç içe geçmeye başlamıştır. İnsan zihnine hızla verilerin girmesini sağlayan sosyal medya, sunduğu verilerin teyit edilmesine zaman tanımaz. Elbette *post-truth* kavramını teknolojik gelişmelerin neden olduğu sakıncalar ve sosyal medyanın manipülatif tavrına indirgemek doğru değildir. Fakat *post-truth* çağının oluşumuna doğrudan etki eden unsurlardan biri olduğunu söylemek mümkündür.

Post-truth kavramı ile postmodernizm arasındaki ilişkiye değinmek gerekirse;

Post-truth kavramını hakikatin önemsizleşmesi olarak ele alan bazı yazarlar, hakikatin önemsizleşmesinin temellerinden birinin postmodernizm olduğunu ve hatta postmodern düşünürlerin hakikatin altını oyduğunu ileri sürmektedir¹²². Postmodernizmin eleştirel ve göreceli yaklaşımı ile hakikate bakışının hakikatin altını oyduğu izlenimi vermekte olduğu kabul edilebilir. Fakat hakikat önemsizleştiğinden bahisle, hakikatin önemsizleşmesinin sorumlusunu postmodernizm ilan ederek modernizme sarılmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Postmodernizm başlığında detaylı olarak ele alındığı üzere, postmodernizm modernizmin doğurduğu olumsuzluklara eleştirel bir bakış sergilemektir. Olumsuzluklara sebep olan bir ideolojinin eleştirilmesi gereken yanlarını eleştirmenin ortaya olumsuz durumlar çıkarmasına getirilecek çözüm, eleştirme opsiyonunun ortadan kaldırılması olamaz. Örneğin işini iyi yapmayan bir kişinin, işini iyi yapması için eleştiriye tabi tutulması gereklidir. Eleştiriden sonra bu kişinin işini hiç yapmamayı seçmesi durumunda yapılacak çıkarım “keşke eleştirmeseydim, en azından kötü de olsa yapıyordu, şimdi hiç yapmıyor, en iyisi eleştirmemek ve kötü yapılmış işe razı gelmek” olamaz. Eleştiri sonucunda eski halden daha kötü durumlar ortaya çıkmasının sorumlusu eleştiri eylemi değildir. Dolayısıyla postmodernizmin modernizmi sarsmasının, hakikat sonrası durumun oluşmasında etkili olduğu kabul edilse dahi modernizmin meydana getirdiği olumsuzluklara postmodernizm perspektifinden yaklaşmak gerekliliğinin değişmeyeceği söylenebilir. Bu nedenle, postmodernizmden sonra *post-truth* aşamasına geçileceği düşünülerek, hakikatten kopmamak adına modernizmin bir can simidi olarak görülmesi hatalıdır.

¹²² Alpay, *Yalanın Siyaseti Post-Truth*, 36-37.

4.2. Hakikat Sonrası ve Hukuk

Hakikat Sonrası ve hukuk ilişkisini değerlendirmeden önce, hakikat ile hukuk arasındaki ilişkiye eğilmekte fayda bulunmaktadır. Arapça kökenli bir kelime olan hukuk, hakk'ın çoğuludur¹²³. Sözlük anlamı itibariyle hakk'ın “1. Allah, tanrı. 2. Doğruluk ve insaf. 3. Bir insana ait olan her şey. 4. Dava ve iddiada hakikate uygunluk; doğruluk. 5. Geçmiş, harcanmış emek. 6. Pay, hisse. 7. Doğru, gerçek. 8. Layık, münasip.” anlamları mevcuttur¹²⁴. Hakikatin de hakk kökünden türemiş bir kelime olduğunu düşündüğümüzde hakikat ile hukukun birbirine mutlak olarak bağlı iki kavram olduğu anlaşılır. Denilebilir ki hakikatin bulandığı yerde hukuk da bulanır. Hukuk, hakikatin tam ve doğru keşfedilip anlaşılmasına bağlıdır.

Bilindiği üzere, hukuku yalnızca toplumsal yaşama dair kurallar bütünü olarak tanımlamak, modernist bakışın ürünüdür. Hukuk, hak ettiği tanıma ideolojilerden arı bir yaklaşımla erişebilir; bu da hukuku hakikate hizmet eden/etmesi gereken bir araç olarak görmekle mümkün olur. Dolayısıyla hukuk ile hakikat arasında sıkı bir ilişkinin mevcudiyetinden bahsetmek mümkündür. Bu noktada, pozitivist anlayışın hakikatin hukukun konusu olamayacağı şeklinde bir karşı çıkış getireceği bilinmektedir. Fakat Modernizm ve Hukuk başlığında pozitivist hukuk teorisinde bilimin asıl amacının gerçeğe ulaşmak olduğunun göz ardı edildiği belirtilmişti. Pozitivizmin esası bilimsellik ise, bilimin esas amacı gerçeğe ulaşmak olduğundan hukuk ile hakikat ilişkisinin görmezden gelinmesinin çelişkili bir düşünce olacağı ifade edilmelidir.

İçinde bulunduğumuz dönemin, hakikat sonrası olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bunun sonuçları elbette yalnızca siyasi arenadan ibaret olmayacaktır. Siyasi ve toplumsal hayatı yeniden şekillendiren bu kavramın hukuk alanına etki etmemesi düşünülemez. İşaretlerini gördüğümüz hakikat sonrası durum hakkında belki de en büyük endişe hukuk için duyulmalıdır. Çünkü hakikat sonrası durumdan en fazla etkilenen alan olan siyaset, etkisini en belirgin anlamda hukukta gösterecektir¹²⁵.

Hakikat sonrası dönemin getirdiği değişimlerin genel olarak yasa için sonuçları söz konusudur. Eğer yasa giderek daha geniş bir gerçekler yelpazesini içermesi gerekirse yasal olmayan argümanlar eninde sonunda gündeme gelecektir¹²⁶.

¹²³ Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (Ankara: Doğu Matbaa, 1970).

¹²⁴ Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*.

¹²⁵ Allison Orr Larsen, “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”, *New York University Law Review* 93/2 (2018), 180.

¹²⁶ Larsen, “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”, 187.

Toplumda yer alan kişi veya grupların kabul ettiği gerçeklerin birbirinden farklılık arz etmesi halinde bir mücadele ortamı olacağı aşıkardır. Gerçeklerin karıştığı bir atmosferde alternatif gerçeklere karşı koruma sağlayabilecek mekanizma mahkemeler olacaktır¹²⁷.

Fakat yeni bir tablonun söz konusu olduğu kabul edilen içinde yaşadığımız hakikat sonrası dönemde, hakimlerin de aynı kültürde yaşadığı ve bu atmosfere ait kanıtlarla çevrili olduğu, avukatların da bu havayı soluduğu yadsınamaz¹²⁸. Hakikat üzerinde toplumda bölünmeler meydana geldikçe, yargıçlar da dahil olmak üzere herkesin akıl ve mantığa dayanan kararlar alması zorlaşır¹²⁹.

Dijital ağda bilgiye erişimin oldukça kolay olması olumlu bir yan olsa da endişelenilecek kısım; alternatif gerçeklere erişimin kolay olmasının yanında, bunların dijital çağda meşrulaştırılmasının da daha kolay olmasıdır¹³⁰. Ayrıca dijital çağda bilgiye erişimin kolay olmasıyla birlikte bilgi kirliliği de kolaydır, bu durumun sakıncalarını filtreden geçirmek yargısal güven ile sağlanabilir¹³¹.

Alternatif gerçeklerden türeyen kutuplaşma zihniyeti kimi yazarlar tarafından bulaşıcı bir hastalık olarak nitelenmekte ve kanunların bu hastalığa karşı bağışık olmaması nedeniyle mahkemeleri ona karşı koruma sağlayan öğretilerle donatılmasının gerekliliği dile getirilmektedir. Anayasal davalarda alternatif gerçeklerin göz ardı edilmeden bir *post-truth* disiplini ile anayasal koruma altına alınması gerekliliği nerilmektedir¹³².

Hakikat sonrası dönemde hukukun yaşadığı değişimler; mahkemelerin karışan gerçeklik karşısında takınacağı tutumla sınırlı kalmamış, kişi ve kurumların gerçekliğe karşı takınacağı tutumla da kendisini göstermiştir. Somut olarak bir örnek vermek gerekirse, kişi ve kurumların, kendi hakikatine uymadığından hareketle Anayasa Mahkemesi kararını tanımaması hakikat sonrası çağın bir göstergesi olarak okunabilir.

Sonuç olarak hukukun temelini hakikat oluşturur iken, hakikat sonrası dönemde hukuktan da söz edilemez. Fakat nlemler alındığı takdirde, hakikat sonrası dönemin olumsuzluklarından kurtaracak mekanizma da yine hukuk olacaktır.

¹²⁷ Larsen, “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”, 181-182.

¹²⁸ Larsen, “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”, 247-248.

¹²⁹ L. Richard Hasen, “Deep Fakes, Bots, And Sioled Justices: American Election Law In A “Post-Truth” World”, *St. Louis University Law Journal* (2019), 566.

¹³⁰ Larsen, “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”, 188.

¹³¹ Larsen, “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”, 180.

¹³² Larsen, “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”, 247-248.

5. Dört Dönemin Kıyaslanması

Pre-modernite, modernite, postmodernite ve hakikat sonrası dönem; insan algısı, devlet algısı, ideal yönetim anlayışı ve denetim yönlerinden kıyaslanacaktır.

5.1. İnsan Algısı Bakımından

Pre-modern toplumları karakterize etmek gerekirse kendisini oluşturan insanlar genellikle ırk, etnik köken, eğitim düzeyi açısından benzer nitelik taşır; sosyal hareketlilik kısıtlıdır ve her insan güçlü bir kimlik, aidiyet ve amaç hissine sahiptir¹³³. Güçlü aidiyet ve amaç hissini sebebi dinlerde aranabilir. Zira bu dönemde insan, Tanrı'yla ilişkili tanımlanmaktaydı. İnsanın kim olduğunun, dünyaya gelme amacının ne olduğunun cevaplarının hepsi dinlerde mevcuttu.

Modernitede ise insanın devlet karşısında yurttaş olarak tanımlanmaya başlaması söz konusu olmuştur. Moderniteyle birlikte insan aklına verilen aşırı önem sonucunda insan aklıyla tabiatın ve toplumun dahi kontrol altına alınacağı inancı gündeme gelmiş, böylece modern dönemde insana bakış değişmiştir. Bu dönemde insan, artık kâinatın merkezine konumlandırılmıştır. Her ne kadar bu şaşaalı söylem insanı yüceltiyor gibi görünse de modernite ile pre-modern dönemin insana sunduğu güçlü bir kimlik, aidiyet ve amaç hissi erimeye başlamıştır. Çünkü insan her şeye muktedir olduğuna inandıktan sonra aslında bunun gerçek olmadığını anlayınca büyük bir hayal kırıklığına uğramıştır. Modern öncesi dönemde insanın sahip olduğu amaç ve aidiyet hissi yerini boşluğa bırakmış, Weber'in meşhur deyişiyle büyübozumu gerçekleşmiştir. Yine bu dönemde insan kategorileştirilmiştir.

Postmodern dönemdeki insan algısının, modern insanda oluşan hayal kırıklığı ve öfke sonucu biçimlendiği söylenebilir. İnsan aklına duyulan güven sarsıldığı için bu dönemde her şeyin insan kontrolünde olamayacağı kabul edilmiştir. Ayrıca postmodernistlere göre görecelilik söz konusu olduğu için insanın kategorileştirilemeyeceği; insan üzerinde ırk, cinsiyet, sınıf gibi kategorilerin uygulanamayacağı savunulmuştur.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte var olan sanal dünyanın yaygınlaşması sonucunda hakikat sonrası dönemde insan artık tabiri caizse “milyonlarca tıklayandan biri” olmuştur. Hakikat sonrası dönemde insanın yaşadığı filtre balonu, pre-modern dönemdeki köyünden de

¹³³ Study.com, “The Evolution from Premodern to Modern & Postmodern Societies” (Erişim 13 Mart 2022).

modern dönemdeki kentinden de oldukça farklıdır. Filtre balonu (*filter bubble*) internetin insanları hapsedtiği türdeş ve sınırlandırılmış sanal dünyaları kastetmektedir¹³⁴.

5.2. Devlet Algısı Bakımından

Pre-modern dönemde devletin meşruiyeti Tanrı kabul ediliyordu. Kral, Tanrı'nın kendisine bahşettiği yetkiye dayanarak devleti yönetmekteydi.

Modern öncesi devlet anlayışı modern devlet teorisi ile köklü değişikliklere uğramış, ulus-devlet anlayışı ortaya çıkmıştır. Böylece devletin meşruiyeti Tanrı'ya değil belli bir coğrafyada yaşayan ulusa dayandırılmıştır. Modernite ile metafizik öğelerden arınan Batı'nın, devlet teorisini dönemin anlayışına uyumlu hale getirdiği söylenebilir. Modernitenin devlet algısının geleneksel dönemden farkı; egemenlik ve meşruiyet biçimi olarak özetlenebilir.

Postmodern dönemde ise devlet algısında değişimler yaşanmış, modern devlete eleştirel yaklaşımlar geliştirilmiştir. Bilindiği üzere postmodernizm çoğulculuğu savunmaktadır. Bu nedenle postmodernistler çoğulcu devlet anlayışını savunmuştur. Yine postmodernizme göre devlet; bireye göre ikinci planda olmalıdır, daha az müdahale etmeli, özgürlük ortamının bozulmamasını sağlamalıdır. Nitekim postmodern dönemde şirketlerin artan önemi ve özelleştirmelerle eskiden devletin söz sahibi olduğu pek çok alanda artık gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin bulunması, devletin rolünü azaltmıştır. Bunun devlet – birey ilişkisine yansımalarının, devletin birey karşısındaki güçlü konumunun azalması olduğu söylenebilir.

Hakikat sonrası dönemde ise devlet algısı oldukça değişikliğe uğramış/uğramaktadır. İçinde yaşadığımız çağda küresel devletin yeni bir türü olarak nitelendirilen dijital devlet gündeme gelmiştir¹³⁵. Dijital devletle birlikte; sözleşmeler aracılığıyla (kullanım sözleşmesini onayladıkça) doğrudan insan/birey üzerinde egemenliğin söz konusu olacağı, birey-dijital devlet ilişkisinde egemenliğin dijital devlette olacağı gibi öngörüler bulunmaktadır¹³⁶.

Osmanlı İmparatorluğu'ndaki devlet anlayışının bu evreler nezdinde pre-modern olarak nitelendirilmesi mümkündür. Osmanlı'da kaynağını eski Türk geleneklerinden alan kut anlayışı hâkim olup devletin meşruiyeti Tanrısal güce dayandırılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nde ise devletin meşruiyetinin metafizik öğelerden arındırılması yönüyle modernitenin devlet algısının kabul edildiği söylenebilir.

¹³⁴ Alpay, *Yalanın Siyaseti Post-Truth*, 18-19.

¹³⁵ Mehmet Çatlı, *Dijital Devlet Teorisi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 24.

¹³⁶ Çatlı, *Dijital Devlet Teorisi*, 118-119.

5.3. İdeal Yönetim Anlayışı Bakımından

Pre-modern dönemde ideal yönetim anlayışının krallık olduğu söylenebilir.

Modern devlette ise hukuk, siyasi iktidarı sınırlandırmak için kullanılmış olup, modern siyasi iktidarın meşru biçimi hukuk devleti olarak ifade edilir¹³⁷. Modernitede ideal yönetim anlayışı, meta anlatıları uygulamayı sağlayacak sistemlerdir.

Bilindiği üzere postmodernistler yerel yönetimlerin yetkilerinin arttırılması ve yerel yönetimlere özerklik sağlanmasından yanadır¹³⁸. Dolayısıyla postmodern dönemde ideal yönetim anlayışı bu doğrultuda değişikliklere uğramıştır.

Hakikat sonrası dönemde yönetimin, bireysel inanç ve duygusal yönelimlere göre şekillendiği söylenebilir. İnsanın hakikat sonrası dönemde içinde yaşadığı filtre balonunda büyük şirketlerin hazırladığı algoritmalar belirleyicidir¹³⁹. Dolayısıyla bu dönemde yönetme gücünün bu şirketlere geçtiği çıkarımında bulunulabilir.

5.4. Denetim ve Hesap Verilebilirlik Bakımından

Pre-modern dönemde tüm yetki kralda toplanmakta ve kral üzerinde bir denetim mekanizması bulunmamaktaydı.

Modern dönemde ise pre-modern dönemden farklı olarak denetim mekanizması mevcuttur. Zaten modernitenin doğumu; burjuvazinin kesin, belirgin ve şeffaf bir düzen ile istikrar isteğiyle paralel olmuştur¹⁴⁰. Bu denetim hukuk devleti modeliyle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

Postmodern dönemde yerel yönetimlerin eylemlerinin merkezi sistemdeki gibi tek bir çatı altında kontrolü sağlanamayacağından denetimin zorlaştığını ifade etmek mümkündür. Fakat sivil toplum kuruluşları, uluslararası denetim organları gibi mekanizmalarla güçleşen denetime çözümler geliştirilmektedir.

Hakikat sonrası dönemde ise diğer dönemlere kıyasla denetimin çok zor hatta anlamsız olduğunu söyleyebiliriz. Zira artık hakikatin yalanlarla iç içe geçip karıştığı bir dönem söz konusudur.

¹³⁷ Berke Özenç, *Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2016), 171-173.

¹³⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 447.

¹³⁹ Alpay, *Yalanın Siyaseti Post-Truth*, 18.

¹⁴⁰ Yüksel, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, 142.

II. BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNUN GENEL ANALİZİ

Türk hukukunun bugün parçası olduğu entelektüel iklimi analiz edebilmek için evvela tarihini anlatmamız gerekmektedir. Zira Türk hukuku, Batı uygarlığı bağlamında anlamlandırılan pre-modern, modern, postmodern ve *post-truth* evrelerini birebir takip etmemiştir. Etmesi de mümkün değildir; zira Türk hukuk tarihi, Türk kültür, siyaset ve bilim tarihi çerçevesinde kendine özgü bir süreçtir. Bununla birlikte, Türk hukukunun Tanzimat'ın ilanı sonrasında yumuşak, Cumhuriyet'in ilanı sonrasında da sert bir şekilde Batı hukukuna eklenmesi sebebiyle Batı uygarlığının entelektüel arayışlarıyla tepkimeye girmesi de kaçınılmaz olmuştur. Diğer bir ifadeyle, modern - postmodern ikilemi Türk hukukunun organik tarihi meselesi olmamakla birlikte, belki de sırf bu nedenle, çetrefilli, güncel ve önemli bir meselesidir.

Türk hukukunun genel analizini gerçekleştirmeden evvel Türk hukuk tarihinin; İslamiyet Öncesi, İslamiyet Sonrası, Tanzimat İlanı Sonrası ve Cumhuriyet Sonrası olmak üzere dört büyük döneme ayrılabilir. Buna göre; İslamiyet Öncesi Dönemde çoğu göçebe şeklinde Orta Asya'da yaşayan Türkler Uzak Doğu kültürü tesirinde kalmışsa da kendilerine özgü bir hukuka sahip oldukları bir dönem, İslamiyet Sonrası Dönemin İslam kültür ve hukukunun egemen olduğu bir dönem, Tanzimat İlanı Sonrası Dönemin Batı kültürünün kabul edildiği fakat İslam kültür ve hukukundan da bütünüyle vazgeçilmediği dönem, Cumhuriyet Sonrası Dönemin ise Batı kültür ve hukukunun bir bütün olarak kabul edildiği dönem olarak özetlenmesi mümkündür¹⁴¹. Türk hukuk tarihi açısından genel çerçeve ve sınıflandırma zikredilen şekilde olmakla beraber, aşağıda yer alan sınıflandırma, bu çalışma için önem arz eden olaylar göz önünde bulundurularak oluşturulmuştur.

,

¹⁴¹ Coşkun Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2011), 3-4.

1. Osmanlı Dönemi Türk Hukuku

1.1. Klasik Dönem

Osmanlı hukukunun esas itibarıyla klasik fıkıh kitapları içinde yer alan ve geçmiş devirlerde devletin etkisinden arı olarak müteşekkil eden şer'i hukuk ile padişahın emir ve fermanlarından müteşekkil örfi hukuktan oluştuğu bilinmektedir¹⁴². Osmanlı hukukunu İslam hukukundan farklı kılan kendine özgü yapısını, şer'i hukuk ve örfi hukuk şeklinde kaynağı farklı iki sistemi barındırması ile açıklamak mümkündür.

Osmanlı İmparatorluğu'nda saf İslam niteliği yalnızca özel hukukta vücut bulmuş, imparatorluk devlet örgütü ve kamu hukuku açısından yer yer İslam hukukunun dışına çıkmış, eski Türk devlet geleneği ile bir sentez niteliği taşımıştır¹⁴³.

Osmanlı İmparatorluğu'nda normal mahkemeler Tanzimat'a kadar kadılar tarafından yönetilmiş, şeriatın temsilcisi sayılan kadıların yargılama faaliyetlerine müdahale edilmemiştir; fakat örfi hukuka dair konularda hükümdarın yargı yetkisi sınırsız olmuştur¹⁴⁴. İmparatorlukta hükümdar her ne kadar İslam Hukuku kuralları ile bağlı olsa da daima ön planda tutulan "devleti koruma gayesi" kimi zaman İslam Hukuku kurallarından taviz verilmesine sebep olmuştur. Örneğin devşirme kul sisteminde şeriatın çok açık bir kuralının çiğnenmiş gibi gözüktüğü belirtilebilir¹⁴⁵. Osmanlı yöneticilerinin kimi durumlarda İslam hukukundan ayrı yeni kurallar oluşturdukları ve eski Türk geleneklerini sürdürdükleri, imparatorluğun saf bir İslam devleti olmayıp temelindeki İslami görüşün ihtiyaçlara ve şartlara göre "yararcı" bir nitelik arz ettiği çıkarımında bulunmak mümkündür¹⁴⁶.

Devletin güçlü kalabilmesi adına geliştirilen devşirme kul sistemi örneğinde İslam'ın en önemli ilkelerinden taviz verilmiş olup Osmanlı hukukunun bünyesinde taşıdığı "İslam hukuku kurallarına aykırı kural belirleyemeyeceği" iddiası ile uyuşmayan uygulamalar barındırması neticesinde çelişkilerle dolu bir yapı arz ettiği görülmektedir.

Kaya'nın tespit ettiği üzere, Osmanlı'daki hukuk düşüncesi İslam'ın hukuk özünden uzaklaşması sebebiyle kısmen sorunludur¹⁴⁷. İslam'ın hukuk özünden uzaklaşılmasını yalnızca Osmanlı yöneticilerinin İslam'a aykırı uygulamalarına indirgemek doğru olmayacaktır. Bu

¹⁴² M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2012), 66.

¹⁴³ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 167-168.

¹⁴⁴ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 228.

¹⁴⁵ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 212.

¹⁴⁶ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 220.

¹⁴⁷ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 204-205.

eylem dönemin fakihleri, alimleri, Şeyhülislam, halkın yaklaşımları ile bir bütün olarak gerçekleşebilir. İslam'ın hukuk özünden uzaklaşılmasının, fıkıhın maddileşmesi ve hikmetin kaybolmasıyla gerçekleştiği söylenebilir¹⁴⁸.

Osmanlı hukukunun bu sorunlu uygulamasının altında yatan sebebin onu diğer İslam devletlerinden ayıran belirgin bir özelliği olan devlet kurumuna verdiği önemde bulmak mümkündür. Osmanlı İmparatorluğu'nun devlet kurumuna verdiği önem ile klasik İslam devletlerinden ayrılmasının anlaşılması adına, Mardin'in tespitine yer vermek istiyoruz: *"Osmanlılar din ve devleti 'tev'em' (ikiz) saymışlardır; fakat yapılan araştırmalar bu ikizlerden 'devlet'in Osmanlılar arasında hiçbir İslami devlette kazanmadığı bir önem kazandığını göstermektedir. Daha çok Arap kültürünün hâkim olduğu ülkelerde geçerli olan zaman zaman Osmanlıların 'gerçek' İslami devleti ortadan kaldırdıkları, bir tür 'Moğol' idaresi getirdikleri şeklindeki suçlamalar, Osmanlıların bu siyasal özelliğinden kaynaklanmaktadır*¹⁴⁹."

Netice itibarıyla din ve devleti ikiz sayan Osmanlıların bu ikizlerden "devlet"i daha önde tuttuğu kabul edildiğinde, Osmanlı geçmişinin bu yönüyle modernizme geçişi kolaylaştırdığı söylenebilir.

Osmanlı hukukunun modernizm ve postmodernizm ekseninde çözümlenmesine geçmeden önce Osmanlı hukuku klasik döneminin, pre-modern döneme karşılık geldiğini belirtmek gerekir.

Osmanlı hukukunun modernizm ve postmodernizm ekseninde çözümlenmesinde, Osmanlı kültürü önemli bir anahtar rolü oynamaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nun imparatorluk vasfından ötürü farklı din, dil, etnik kimlikler barındırması; kültürünün de çeşitli ve renkli bir yapıda olmasını sağlamıştır. Bu durumun hukuk alanına etki etmemesi ise düşünülemez.

Osmanlı kültürünün toplumsal ve kültürel karşıtlıklar içeren, dinamik bir kültür olarak nitelenmesi mümkündür¹⁵⁰. Balkanlardaki Katolikler, Ortodoks Rumlar, günümüzdeki ismiyle Transilvanya olan Erdel bölgesindeki Protestanlar, Selanik ve İstanbul'da yaşayan Yahudiler, Anadolu'daki Rum ve Ermeniler Osmanlı İmparatorluğu'ndaki kültürel çeşitliliğin, Yeni Çağ'ın ilk zamanlarındaki Avrupa devletlerinden oldukça fazla olduğunu göstermektedir¹⁵¹.

Bir devlet için, homojen yapıda olan toplumlardaki bireyleri hoşnut kılmanın heterojen yapıda olan toplumlardaki bireyleri hoşnut kılmaktan daha kolay olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü aynı ihtiyaçlara, inançlara, algı ve düşünme yapısına sahip insanların

¹⁴⁸ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 213.

¹⁴⁹ Şerif Mardin, *Türk Modernleşmesi* (İstanbul: İletişim Yayınları, 1991), 83.

¹⁵⁰ Suraiya Faroqhi, *Osmanlı Kültürü ve Gündelik Yaşam Ortaçağ'dan Yirminci Yüzyıla*, trc. Elif Kılıç (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2010), 90.

¹⁵¹ Faroqhi, *Osmanlı Kültürü ve Gündelik Yaşam Ortaçağ'dan Yirminci Yüzyıla*, 12.

oluşturduğu bir toplumda kurallar belirlenirken toplumdaki ortalama bir insan temel alınabilir. Böyle homojen toplumlarda tek otoritenin belirleyiciliği hoşnutsuzluğa sebep olmaz. O halde Osmanlı İmparatorluğu bünyesinde barındırdığı farklılıklara rağmen onların aynı imparatorluk çatısı altında yüzyıllarca yaşamalarını nasıl bir sistemle sağladığının tespit edilmesi gerekir.

Osmanlı İmparatorluğu'nda farklı kültürlerin yıllarca barış ve huzur içinde yaşamasını sağlayan sistem; gayrimüslimlerin okul, evlilik ve ev hayatının diğer alanlarında kendi din ve geleneklerine göre yaşama özgürlüğü veren millet sistemidir¹⁵². Millet sistemi, 15. yüzyıldan 20. yüzyıla dek Osmanlı İmparatorluğu'nda gayrimüslimlerin durumunu tespit için kullanılmıştır¹⁵³. Müslüman toplum tek milletten oluşurken gayrimüslimler Ortodoks Rumlar, Ermeniler ve Yahudiler olmak üzere mali, adli, kültürel konularda genişletilmiş iç özerkliğe sahip üç grupta toplanmıştır¹⁵⁴.

Osmanlı İmparatorluğu'nda farklı grupların yargı alanında özerkliğe sahip olması, çok hukukluluğun mevcudiyetine işaret etmektedir. Çok hukukluluk; bir toplumda yer alan azınlıkların birbirlerinden ayrı kültürel, ırksal, kutsal ve ya mezhepsel farklılıklarına dahilinde hukuklarının aynı anda ve aynı yerde geçerli olması olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁵. Çok hukukluluk (*legal pluralism*) hukukta postmodern bir oluşumu göstermektedir. Dolayısıyla dönem itibarı ile postmodernite olarak nitelenemese de Osmanlı hukukunun karakterinde postmodern unsurların bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Osmanlı İmparatorluğu'nda var olan postmodern unsurlar, dünyada modernizm sonrasında ortaya çıkan bir akım olarak görülen postmodernizmin aslında yeni bir keşif olmadığını gözler önüne sermektedir. Tarihi, kültürel ve hukuki mirasımızda mevcut mekanizmaların aslında yeniden keşfedildiğini dile getirmek yanlış olmayacaktır.

1.2. Batılı Hukuk Etkisinin Başlaması

Batı dünyasında büyük değişikliklerin yaşandığı 19. asır gelişmelerinin Osmanlı İmparatorluğu'na etki etmemesi düşünülemezdi, nitekim 1825 yılından itibaren önemli sosyal, siyasal, ticari, ekonomik ve hukuki değişiklikler meydana gelmiştir¹⁵⁶.

Tanzimat dönemindeki hukuk hareketlerini doğuran sebepleri; Osmanlı Devleti'nin ekonomik ve sosyal yapısındaki değişiklikler, bu değişikliklere paralel hukuki düzenleme

¹⁵² Akif Tögel, "Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism", *YBHD* (2016), 204.

¹⁵³ Tögel, "Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism", 208.

¹⁵⁴ Tögel, "Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism", 209.

¹⁵⁵ Didin, *Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi*, 152.

¹⁵⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 419.

ihtiyacı, Batı devletlerindeki ticari ve ekonomik değişiklikler ve kendi hukuklarını empoze etmek için yaptıkları baskılar olarak özetlemek mümkündür¹⁵⁷. Batılı devletlerin kendi hukuklarını empoze etme nedeni; sanayi inkılabı sonrası pazar ihtiyacının artması ve Balta Limanı Antlaşması gibi antlaşmalarla Batılı tüccarların Osmanlı pazarına girmesi neticesinde kendi tacirlerinin alışık olduğu hukuki ortamda ticaret yapabilmesi için ticaret mevzuatının alınmasına verdikleri önemde bulunabilir¹⁵⁸.

Güçlenen Batı devletleri karşısında gün geçtikçe güç kaybeden Osmanlı İmparatorluğu'nda bir kısım, yeniden güçlenmenin çaresini güçlenen Batı'nın hukukunda aramıştır. Oysa bunun oldukça hatalı bir düşünce biçimi olduğu ifade edilmelidir. Zira Batı'nın geçirmiş olduğu süreci yaşamamış, farklı koşullara sahip bir toplumun Batılılaşma yolunda başarısızlığa uğraması kaçınılmazdır. Burada örnek olarak Mardin'in oldukça yaygın bir klişe olarak adlandırdığı, Osmanlı'nın sosyal bünyesinde Batı'nın orta sınıfına denk bir kesimin eksikliği sayılabilir¹⁵⁹. Burada örnekleri çoğaltmak mümkündür, önemli olan aynı şartlar ve özelliklere sahip olmayan bir devletin, farklı bir hukuk sistemini değerlendirirken kendi yapısını göz önünde bulundurması gerekliliğidir.

5.4.1. Sened-i İttifak

Osmanlı'nın Magna Carta'sı olarak da isimlendirilen Sened-i İttifak, dönemin güçlü ayanlarından Alemdar Mustafa Paşa'nın, devletin derebeyleri ile yenilikçileri arasındaki müzakereler neticesinde meydana gelmiştir¹⁶⁰.

7 Ekim 1808'de imzalanan belge, bir anayasa olmayıp anayasal bir belge niteliğindedir ve Türk tarihinde devlet iktidarının sınırlandırılabilceği fikrinin pratikteki ilk yansımasılardan birisi olarak ortaya çıkması nedeniyle önem arz eder¹⁶¹.

Görülmektedir ki; Türk tarihinde devlet iktidarının sınırlanması isteği olarak nitelendirilebilecek hareketi halk talep etmemiş, bu hareket yönetici sınıfından olan ayanların isteğiyle gerçekleşmiştir.

¹⁵⁷ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 420.

¹⁵⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 423.

¹⁵⁹ Mardin, *Türk Modernleşmesi*, 335.

¹⁶⁰ Feroz Ahmad, *Bir Kimlik Peşinde Türkiye* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010), 33.

¹⁶¹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), 11.

5.4.2. Tanzimat Fermanı

Sultan Abdülmecid tarafından yürürlüğe konulan ferman, 3 Kasım 1839'da Gülhane'de dönemin Dış İşleri Bakanı Mustafa Reşit Paşa tarafınca okunması nedeniyle Gülhane Hatt-ı Hümayunu olarak da anılmaktadır¹⁶².

Ferman, herkes için eşitlik içeren bir çağın başlangıcını, hukukun üstünlüğünü duyuruyordu¹⁶³. Padişahın yetkilerinin kısıtlanmasına dair pek çok hüküm içermesine ve bazı anayasal hak ve özgürlüklerin yer almasına rağmen Tanzimat Fermanı da bir anayasa olmayıp anayasal belge niteliğindedir¹⁶⁴.

Bu fermanın halk hareketi sonucu gerçekleşen bir Haklar Bildirgesi niteliğinde olmayıp, padişahın iradesini yansıtan tek taraflı bir vaat niteliğinde olduğu bilinmektedir¹⁶⁵. Halkın hukuk üstünlüğü ile temel hak ve hürriyet talebi sonucunda gerçekleşmeyip, padişahın kendi iradesiyle gerçekleştirdiği bir hamle olması düşündürücüdür. Zira kimsenin kendi iktidarını kendi isteğiyle sınırlandırmak istemeyeceğinden hareketle, padişahın bu yönde bir ferman hazırlatmasının altında dış etkileri aramak makuldür. Bütün alanlarda Batı'nın etkisinin hissedildiği bir dönem olan Tanzimat döneminde, Tanzimat Fermanı'nın da böyle bir etkiyle hazırlanmış olduğu görülmektedir¹⁶⁶.

5.4.3. Islahat Fermanı

Sultan Abdülmecit tarafından 1856 tarihinde yürürlüğe konulan bu fermanın dış baskılar sonucunda çıkarıldığı bilinmektedir. Sebebi ise Kırım Savaşı'nda Rusya'ya karşı Osmanlı İmparatorluğu'nu destekleyen İngiltere, Fransa ve Avusturya'nın savaş sonunda hazırlanan Paris Antlaşması'nın imzalanmasından önce Osmanlı İmparatorluğu'nun Rusya'ya karşı korunmasının bir bedeli olarak öne sürdükleri şartlar neticesinde ortaya çıkmış olmasıdır¹⁶⁷. Sonuçta Islahat Fermanı'nın, Batılı devletlerin Osmanlı devletindeki gayrimüslim azınlıkların kamusal hakları konusunda yaptığı baskıları hafifletmek ve Batılı devletleri memnun etmek fikriyle hazırlandığı görülmektedir¹⁶⁸.

¹⁶² Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 11.

¹⁶³ Ahmad, *Bir Kimlik Peşinde Türkiye*, 40.

¹⁶⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 12.

¹⁶⁵ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, 47.

¹⁶⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 422.

¹⁶⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 13.

¹⁶⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 423.

Türk Hukuku açısından önemli addedilebilecek olayların arka planı incelendiğinde dış etkenler neticesinde gerçekleştiği, asıl amacın hak ve özgürlükler yerine tabir-i caizse “dış etkenleri memnun etmek” olduğu sonucuna ulaşmak mümkün görünmektedir.

Yapılan hukuk reformlarının beklentiyi karşılamamış olması şaşırtıcı olmamıştır. Gerçek amaç ile görünen amacın farklı olması onu yapay kılar, yapay olanın eğreti durması ise kaçınılmazdır. Tanzimat dönemi Osmanlı hukukunun kırk yamalı bohça olarak nitelendirilmesinin sebebi, yaşanan hukuk reformlarının Osmanlı’nın ihtiyacı doğrultusunda değil Batılı devletlerin baskıları doğrultusunda gerçekleştirilmiş olmasıdır¹⁶⁹.

Fermanın bir diğer önemli sonucuna değinmek gerekirse;

Islahat Fermanı’nın en önemli özelliği, din ayrımı gözetmeksizin her bakımdan vatandaşlar arası mutlak eşitlik sağlamayı hedeflemesidir¹⁷⁰. Dolayısıyla bu fermanın, o tarihe dek “millet-i hâkime” Müslümanlardan ayrıcalıklı durumu değiştirerek Müslümanlar ve Gayrimüslimler arasında fark gözetmeyen bir “Osmanlı” yurttaşlığı tesis etmeye çalıştığı ifade edilmektedir¹⁷¹. Fakat her etkinin bir tepki doğurması kaçınılmaz olduğundan, bu durum yeni bir harekete zemin hazırlamıştır. Bu reformların sonucunda rejimi eleştiren ilk modern muhalefet hareketi sayılan, yüksek bürokrat ve paşaları, Levanten ve bazı Hristiyanları ayrıcalıklı grup haline getirip Müslümanları ihmal ettikleri için uyaran Yeni Osmanlılar hareketi doğmuştur¹⁷².

5.4.4. Modernizmin Değil, Modernleşmenin Eseri Mecelle

Esasında İslam hukukunda yasa niteliğinde sayılan fıkıh kitapları bulunduğundan, ayrıca yasa şeklinde yazılı kurallar hazırlanmasına ihtiyaç duyulmamakla birlikte Tanzimat Fermanı ile hukukta da yenilikler yapılması istenerek Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye olan medeni yasa hazırlanmıştır¹⁷³.

Tanzimat hareketini oluşturanlar Batılı zihniyetin etkisi altında olduğu için Ali Paşa gibi Napolyon tarafınca düzenlenen Fransız Medeni Kanunu’nun iktibas edilmesi gerektiğini savunanlar bulunmaktaydı, fakat başta Ahmet Cevdet Paşa olmak üzere yeni bir milli kanun

¹⁶⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 424.

¹⁷⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 14.

¹⁷¹ Mardin, *Türk Modernleşmesi*, 16.

¹⁷² Ahmad, *Bir Kimlik Peşinde Türkiye*, 45.

¹⁷³ Ahmet Şimşirgil – Ekrem Buğra Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle* (İstanbul: Beylik Yayınları, 2015), 48-49.

hazırlanması fikrini savunanların çalışmaları neticesinde ilk Osmanlı medeni kanunu tamamlanmıştır¹⁷⁴.

Şeklen Batı kanunları etkisinde kalması haricinde tam olarak teknik ve milli bir kanun olarak nitelenmesi mümkün olan Mecelle, İslam hukukunun kanunlaştırılmasının en önemli örneği olmuştur¹⁷⁵.

Mecelle, modernizmin etkisinde kalmadan modernleşmenin eseri olarak nitelenebilir. Çünkü o dönem İslam hukuku kurallarının kanunlaştırılması, zamanın bir ihtiyacı ve modernleşmenin gereği iken, Batı kanunlarını kabul etmek modernizmin etkisi altında kalmaktır. Mecelle hem İslam hukuku kurallarını bir kanun altında toplayarak bir ihtiyaca hizmet etmiş, hem de bunu yaparken Batılı zihniyetlerin etkisi altında kalmamıştır. Bu nedenle Mecelle'yi modernizmin değil modernleşmenin eseri olarak nitelendirmek mümkündür. Kanunlaştırma eyleminin de Batı'ya has olduğundan bahisle, Mecelle'de de modernizme ait unsurların bulunduğu ileri sürülebilir. Fakat Mecelle'de Batı'ya dair hiçbir iz bulunmadığı savunulmamaktadır. Bu kanun hazırlanırken şekil itibariyle Batı'nın kanun yönteminden faydalandığı, fakat içerik itibariyle kendine has yapısının korunduğu söylenebilir.

Mecelle'nin hukukta ahlaka yer vermesi bakımından modernist hukuk anlayışından farklılığı hususunda Şimşirgil-Ekinci'nin belirttiği bir övgüye yer vermek istiyoruz: “...*Garp hukukunun, celb-i menafîin def-i mefaside üstünlüğüne dayanan ve menfaati öne alan kıymet üstünlüğüne karşı, def-i mefasidin celb-i menafiden evla olduğu düşüncesi ile ahlakı ön planda tutmaktadır...*”¹⁷⁶

Hukuk tarihimizde böyle özgün örneklerin az olması, modernist yaklaşımın kendi dayatmaları dışındaki çalışmalara tahammülsüzlüğü ile açıklanabilir. Modernist yaklaşımın iktibas dışındaki girişimleri bastırma isteğini anlatan bir örnek: Muhammed Kadri Paşa adında bir hukukçunun hazırladığı Mürşidü'l Hayran isimli bir medeni kanun projesinin Mısır'daki modernistlerin baskıları sebebiyle kanunlaşamamasıdır¹⁷⁷. Bunun sebebini, modernizmin postmodernizmin aksine yerele ve ötekiye olan tahammülsüzlüğüne bağlamak mümkündür. Bu tahammülsüzlüğün kaynağı ise modernizmin bünyesinde ve doğasında bulunan özelliklerdir. Modernizm; Batı uygarlığının diğer uygarlıklardan üstün olduğu varsayımına dayandığı için, Batı uygarlığındaki her şeyin (sanayi, bilimsel ve teknolojik gelişmeler, kültür, hukuk...) diğer uygarlıkların oluşturduğundan daha üstün olduğuna yönelik hatalı ve kibirli inanç kalıpları

¹⁷⁴ Şimşirgil – Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, 49-50.

¹⁷⁵ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 431.

¹⁷⁶ Şimşirgil – Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, 65.

¹⁷⁷ Şimşirgil – Ekinci, *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*, 57-58.

barındırır. Bu nedenle modernist bakışın yukarıdaki örnek özelinde iktibas dışındaki girişimleri bastırma, genel olarak ise özgün uygulamaları reddetme refleksi geliştirdiği çıkarımında bulunmak mümkündür.

5.4.5. I. Meşrutiyet Dönemi: Kanun-u Esasi

23 Aralık 1876'da Padişah II. Abdülhamit tarafından tek yanlı bir işlemi ile yürürlüğe giren Kanun-u Esasi, halkı temsil eden bir kurucu meclis tarafından hazırlanmamıştır¹⁷⁸.

Kaynağında Batı anayasalarında olduğu gibi ulusal bir hareketin bulunmadığı ifade edilmelidir¹⁷⁹. Mahiyeti gereği iktidarı sınırlayan anayasaların, iktidar dışında bir topluluk tarafından talep edilmesi beklenir. O halde Kanun-u Esasi için, padişahın neden kendi iktidarını sınırlandırmak isteyeceği sorusunun gündeme gelmesi olağandır.

Devletin içinde bulunduğu koşullar dikkate alınmadan hazırlanan Kanun-u Esasi'nin, bu dönemde hazırlanan diğer kanunlar gibi batılılaşmanın izlerini taşımakta olduğu ve devlete yeni bir düzen verme çabaları ile dış problemleri halletme isteği neticesinde ortaya çıktığı ifade edilmektedir¹⁸⁰.

Sonuç olarak görülmektedir ki; Türk hukuku için en önemli gelişmelerden biri sayılabilecek anayasanın meydana geliş şekli doğal değil yapay niteliktedir. Çağdaşı olan güçlü ülkelerin yaptığını taklit ederek o güçlü ülkelerin ekonomik, bilimsel, endüstriyel, kültürel ve siyasal mecralardaki güçlerine kendisinin de sahip olabileceği düşüncesinden kaynaklanmıştır.

Mutlak monarşiden çıkılmışsa da II. Abdülhamit'in "istibdat rejimi" ile 1908'e dek meclis faaliyetlerinin durdurulduğu ifade edilmektedir¹⁸¹. Birçok yazarın "istibdat" kelimesiyle nitelendirmesine karşın, II. Abdülhamit devrinin 1839'dan itibaren yapılan değişikliklerin bir odak noktasında toplandığı bir devir olduğuna dikkat çekmek gerekmektedir¹⁸².

Kanunu Esasi'nin 17. ve 89. maddeleri ile Osmanlının hukuk çoğulculuğu uygulaması zayıflatılmıştır¹⁸³. 17. madde: "*Osmanlıların kaffesi huzuru kanunda ve ahvali diniye ve mezhebiyeden maada memleketin hukuk ve vezaifinde mütesavidir.*" İnanç ayrımı gözetmeksizin herkes için aynı hukukun benimsenmesi şüphesiz hukuk çoğulculuğu ile bağdaşmaz. 89. madde ise: "*Her ne nam ile olur ise olsun bazı mevaddı mahsusayı rüiyet ve hükmetmek için mehakimi muayyene haricinde fevkalade bir mahkeme veyahut hüküm vermek*

¹⁷⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 14-15.

¹⁷⁹ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 338.

¹⁸⁰ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 107.

¹⁸¹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19.

¹⁸² Mardin, *Türk Modernleşmesi*, 93.

¹⁸³ Tögel, "Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism", 212.

selahiyetini haiz komisyon teşkili katiyen caiz değildir. Fakat kanunen muayyen olduğu veçhile tayini mevla ve tahkim caizdir.” Yine bu madde ile de olağanüstü mahkemelerin veya hüküm verme kabiliyetindeki komisyonların kurulmasının engellendiği görülmektedir.

5.4.6. II. Meşrutiyet Dönemi

II. Meşrutiyet’in ilanı, II. Abdülhamit rejimine karşı mücadele eden İttihat ve Terakki Örgütü’nün 23 Temmuz 1908’de hürriyet ilan etmesi neticesinde Kanun-u Esasi’nin tekraren meriyet kazanması ile özetlenmektedir¹⁸⁴. Bu noktada, Jön Türkler; hürriyeti yeniden tesis etmek amacıyla II. Abdülhamit aleyhine faaliyetlerde bulunduklarını ifade etmelerine rağmen, İttihat ve Terakki’nin 1876 Anayasası’na tekraren meriyet kazandırmaları dışında herhangi bir özgürlük kuramına sahip olmadığını ifade etmek gerekmektedir¹⁸⁵.

Yeni Meclis-i Mebusan seçimlerini kazanan İttihat ve Terakki Cemiyeti’ne karşı artan muhalefetle 13 Nisan 1909’da 31 Mart Vakıası olarak anılan ayaklanma gerçekleşmiş, bu ayaklanma Hareket Ordusu tarafından bastırılarak II. Abdülhamit tahttan indirilmiştir¹⁸⁶.

1909 Anayasa değişikliklerinde sansür yasağı, toplanma ve dernek kurma hakları, yasa dışı tevkif yasağı, iletişimin gizliliği, padişahın sürgün gücünden men edilmesi, anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin önemli hususlardandır ve 1909 Anayasa değişiklikleriyle mutlak monarşiden çıkılarak meşrutî(sınırlı) monarşiye geçildiğini ifade etmek mümkündür¹⁸⁷.

1909 değişiklikleri ile hak ve özgürlüklere dair önemli gelişmeler söz konusu olmuşsa da yeni sistemin işlemesi için ekonomik alt yapının yetersizliği, siyasal değişime öncü olabilecek bir sınıfın gerçek anlamda olgunlaşmış olmaması gibi nedenlerle bu gelişmeler daha çok devletin bütünlüğünün korunmasına yönelik bir araç vasfında kalmıştır¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19.

¹⁸⁵ Mardin, *Türk Modernleşmesi*, 101.

¹⁸⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19-20.

¹⁸⁷ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 20-21.

¹⁸⁸ Mehmet Akad vd., *Genel Kamu Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 376.

2. Cumhuriyet Dönemi Türk Hukuku

2.1. Türk Hukukunun Kuruluş Ayarları

Günümüz Türk hukuk sistemi büyük ölçüde Cumhuriyet sonrasında getirilen yeniliklerle şekillenmiş olsa da aslında bu yeniliklerin Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Döneminden itibaren kendini göstermeye başladığı söylenebilir. Dolayısıyla Cumhuriyetin ilanı ile getirilen yeniliklerin aslında Tanzimat Döneminden itibaren girişilen teşebbüslerin sonucu olduğunu ifade etmek mümkündür¹⁸⁹. Bu nedenle günümüz Türk hukuk sisteminin kuruluş ayarları tespit edilirken dönem ayrımı yapılmaksızın ortak özellikler üzerinden ilerlenmesi uygun görülmüştür.

Türk hukukunun kuruluş ayarlarında ilk göze çarpan husus modernleşme çabasından da öte modernizm felsefesidir:

Gerek Osmanlı Devleti gerek Türkiye Cumhuriyeti hukuk sistemlerinde reforma gidilmesi gerektiğinde iktibas yolu tercih edilmiştir. Zira iktibas, modernleşmenin yüzeysel de olsa en kestirme yolu olarak görülmüştür. Oysa Batı'nın şüphe ve eleştiri geleneğinden mahrum ülkelerin iktibas yolunu kullanması, uyumsuz bir taklitten öteye gidememiş ve sorunların kaynağını teşkil etmiştir¹⁹⁰. Özellikle Cumhuriyetin ilanından sonra eski hukuktan bütünüyle vazgeçilerek Batı'dan resepsiyon yoluyla hukuk sistemimizin yenilenmesine karar verildiği bilinmektedir¹⁹¹. Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk sistemi açısından benzeri görülmemiş bir hızla -üç yıl kadar kısa bir süre içinde- Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne girdiği ifade edilebilir¹⁹². Hukuk sisteminin yenilenmesi işleminin derin toplumsal araştırmalar gerektirmesi görmezden gelinerek yenileme işlemine kalkışılması büyük riskler barındırır. Fakat modernist ve iktibasa dayanan yaklaşımların sosyolojiyi görmezden geldiğini söylemek mümkündür. Kaya'nın ifadeleriyle “*Sosyoloji dışlandı çünkü üstün evrensel ideallerin olduğunu ima eden modernist, iktibasçı ve dayatmacı bir hukuk nosyonu benimsenmişti*¹⁹³.”

Türk hukuk tarihinde önemli hukuki adımların hak ve özgürlüklerin gelişmesi için değil, siyasi kazanımlar için atıldığını söylemek mümkündür. Zira Türk hukuk tarihinin incelenmesi neticesinde hak ve özgürlükler açısından atılan adımların amacının Batılı devletleri yatıştırmak

¹⁸⁹ Mardin, *Türk Modernleşmesi*, 342.

¹⁹⁰ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 234-235.

¹⁹¹ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 374.

¹⁹² Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 376.

¹⁹³ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 345.

ve devleti kurtarmak olduğu, devleti kurtarma geleneğinin özgürlükler ve haklardan önde geldiğı tespitinde bulunmak mümkündür¹⁹⁴.

Hukuk sistemimizde modernleşme amacıyla yapılan gelişmeler bir türlü olumlu sonuç doğurmuyorsa sebebi kültürümüz ile kurulmaya çalışılan sistem arasındaki uyumsuzlukta aranmalıdır. Çünkü modernleşme olgusu bir bütündür. Eğer bir toplumdaki bireylerin gündelik hayatta düşünme şekilleri ve alışkanlıkları hedeflenen sistemin getirdiğı rasyonel düşünme yetisi ile uyuşmuyorsa kamusal alanda pek çok reforma gidilse dahi istenilen sonucu vermeyecektir. Örneğın modernleşmenin gereklerinden biri, her türlü uygulamanın rasyonel bir sistemde ilerlemesidir. O halde en önemli hukuk uygulayıcısı hakimin tabiri caizse kafasına göre davranmasının önüne geçecek bir sistem oluşturmanın modernleşme gereğı olduğı söylenebilir. Hakimin dünya görüşü, duyguları olan bir insan olduğı göz önüne alındığında her şeyi belirli hale getirmenin hakimin objektif davranmasına gölge düşürecek olayların önüne geçeceği kabul edilebilir ve hakimin takdir yetkisi daraltılarak hangi olaya hangi kuralı uygulayacağı katı kurallarla belirlenebilir. Fakat rasyonel düşünme, davranma ve uygulama alışkanlığı gelişmemiş toplumlarda, böyle bir rasyonel sistem sağlıklı işlemeyebilir. Çünkü modernleşmenin gereklerini kültür olarak da benimsememiş bir toplumun hakimi kural ne söylüyorsa onu uygulayıp sorumluluk almama davranışı geliştirerek var olma sebebi olan adalete hizmet etmeyi göz ardı etme eğiliminde olacaktır. Kişiyeye göre hukuk olmasını engellemek için her şeyin belirli hale getirilmesi modernleşme gayesi iken, bu uygulamanın sonuçları göz önüne alınmaksızın Batı'daki sistemi birebir uygulamak modernizmdir.

Sonuçta modernleşme çabasıyla hukukta önemli adımların atıldığını fakat bunu yaparken modernleşmenin gereklerinin gözden kaçırılmasının hukuktaki problemlerin kaynağını teşkil ettiğı sonucuna ulaşmak mümkündür.

2.2. Tek Parti Döneminde Türk Hukuku

2.2.1. 1921 Anayasası

Asıl adı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olan, 23 maddeden ibaret, yumuşak bir anayasa olan 1921 Anayasası, 1876 Kanun-u Esasisi ile birlikte yürürlükte kalmıştır¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 123,126.

¹⁹⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 23-24.

Meclis hükümeti sistemini öngören bu anayasaya göre meclis hem yürütme hem de yasama yetkisini elinde bulundurmaktaydı. Anayasada yargı düzenlenmemişse de meclisin yargı yetkisini de elinde bulundurduğu düşünülmüş, olağanüstü koşulların etkisiyle İstiklal Mahkemeleri kurulmuştur¹⁹⁶.

Anılan özellikleri nedeniyle 1921 Anayasası'nın hukuka aykırı uygulamalara sebep olduğu ifade edilmelidir.

1921 Anayasası temek hak ve hürriyetlere dair doğrudan bir hüküm içermemekle birlikte, il şuralarına yer vermiş olması, ili bölgesel işlerde tüzel kişiliğe ve özerkliğe sahip, il meclislerini pek çok alanda yetkili kılması ilginçtir¹⁹⁷. Yerele verdiği önem nedeniyle postmodernizmi hatıra getirse de henüz postmodernizm akımının ortaya çıkmadığı bir tarih olması nedeniyle postmodernizmin etkisinde yapılmış bir adım olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır.

2.2.2. 1924 Anayasası

Teşkilat-ı Esasiye Kanunu olarak adlandırılan bu anayasanın meriyet kazanması ile Kanun-u Esasisi ve 1921 Anayasası mülga olmuştur.¹⁹⁸

1924 Anayasası her ne kadar anayasanın üstünlüğü ilkesine açıkça yer vermiş olsa da Anayasa Mahkemesi bulunmadığından söz konusu ilkenin uygulamada etkili olmadığı ifade edilmektedir¹⁹⁹. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi yasama organına verilmiştir²⁰⁰. Yasama organından çıkan bir yasanın anayasaya uygunluğunu denetleme görevinin yine yasama organına bırakılması, denetimin sıhhatine gölge düşürecektir. Bu nedenle bu dönemde anayasanın üstünlüğü ilkesinin kâğıt üzerinde kaldığı çıkarımı yapılabilir.

1924 Anayasası'nın çoğunlukçu demokrasi anlayışını benimsediği bilinmektedir²⁰¹. Gücü ve yetkiyi elinde tutan çoğunluğun, kararlarının herhangi bir denetime tabi tutulmasını gerek görmemesi nedeniyle anayasa yargısını düzenlemekten kaçındığını düşünmek mümkündür. Dolayısıyla bu anayasada anayasa yargısına yer verilmemesinin, benimsemiş olduğu çoğunlukçu demokrasi anlayışıyla tutarlı olduğu ifade edilebilir²⁰².

¹⁹⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25.

¹⁹⁷ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 377.

¹⁹⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 28.

¹⁹⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 28.

²⁰⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 29.

²⁰¹ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 379.

²⁰² Arslan, *Anayasa Teorisi*, 145.

Egemenliğin millete verilmesinin doğal bir sonucu olan serbest seçimler 1950'ye dek yapılmamış ve tek parti yönetimi hüküm sürmüştür²⁰³.

CHP iktidarının yargıdan beklentisinin, yargının rejimin bekçisi olması olarak özetleyenler mevcuttur²⁰⁴. Yargının bağımsız olması gerektiği yönünde bir anlayışın bulunmadığı, yargıyı yeni rejimin devamlılığını sağlamakla görevli bir güç olarak gören bir anlayışın hâkim olduğu söylenebilir.

2.3. Çok Partili Rejimle Yaşanan Gelişmeler

Türk tarihinde çok partili rejime ilk kez 1946'da değil II. Meşrutiyet döneminde geçilmiş, I. TBMM döneminde de sürmüştür fakat II. TBMM ile sekteye uğramış ve 1946'ya dek tek partili rejim devam etmiştir²⁰⁵. 21 Temmuz 1946 tarihinde ilk defa çok partili genel seçimler gerçekleşmiştir. Bu seçimleri kazanan yine CHP olmuşsa da 7 Ocak 1946'da teşkil eden Demokrat Parti mecliste yerini almıştır.

16 Şubat 1950'de çıkarılan 5545 sayılı Milletvekili Seçim Kanununda yer alan gizli rey, açık tasnif ve hukuksal denetim ilkelerine uyularak yapılan 14 Mayıs 1950 seçimlerini DP kazanmıştır²⁰⁶.

Mardin'in DP'nin toplumda kabul görmesinin kültürel boyutuna dair tespitine yer vermek istiyoruz: *“Demokrat Parti'nin gayri resmi gündeminin önemli bir maddesi, üyelerinin merkezin ve onun kendini beğenmiş istibdadı olarak gördükleri uygulamanın bütün izlerini silmekti. Bundan, CHP'nin seçkinci bürokratik tarzını hatırlatan her şeyi tahrip eden bir hükümet siyaseti doğdu. Hedef, CHP'nin seçkinci yapısal dayanakları yanında, bu partinin seçkinlerinin halka tepeden bakan kültürel tutumu -onlar kravattı bağlıyor, Mozart'tan hoşlanıyor, Homer ve Montaigne'i liselere sokuyorlar- idi. CHP'de etkili olan Batı kültürü hayranlığını teşhir edip kınayan bu yeni popülizm türü Türkiye'nin köylü ve kasabalı büyük çoğunluğundan hüsnü kabul gördü. Artık yabancı bir kültür kendi mahalli İslami kültürlerinin yerini aldığını gördükleri bir kültür onlara zorla kabul ettirilmiyordu. Bu hareketin daha cumhuriyetin ilk yıllarında bile başlamış olduğu söylenebilir; çünkü cumhuriyetin kültür politikası, yerel kültürel kökleri arama çabasının üstüne bindirilmiş kararsız(şaşkın) bir Batı kültürü hayranlığından oluşmaktaydı²⁰⁷.”*

²⁰³ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 379.

²⁰⁴ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, 62-64.

²⁰⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 33.

²⁰⁶ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 33-34.

²⁰⁷ Mardin, *Türk Modernleşmesi*, 277.

Kuruluşundan 7 ay gibi kısa süre sonra yapılan seçimlerle meclise girmeyi başaran ve bir sonraki seçimlerde 27 yıllık CHP iktidarının sona erdiren DP ile birlikte yaşanan baştaki birtakım gelişmelerin, çalışmanın ilk bölümünde tespit edildiği üzere çoğulcu ve açık demokrasiden yana olan postmodernizmi hatırlattığı söylenebilir. Fakat gerçek sebep, Türk devletinin tek partili sistemle dünya kamuoyunda modern bir devlet olarak algılanmasının imkânsız hale gelmesidir. Çok partili siyasi düzen modernleşme ülküsü kapsamında gerçekleştirilmiş olup, çoğulcu kültür yönünde hızlı bir değişim sağlamamıştır. Çoğunlukçu demokrasi doğrultusunda modernist karakterdeki devletin tek sesli yöneticisi olma anlayışı CHP iktidarında olduğu gibi DP döneminde de devam etmiştir.

2.3.1. 27 Mayıs 1960 Askeri Müdahalesi

27 Mayıs 1960'ta bir grup asker idareye el koyarak Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar ve milletvekillerini kanuni hâkim güvencesine aykırı bir şekilde Yüksek Adalet Divanı adlı kurulda yargılayarak infaz etmiştir²⁰⁸. Bu olayın, çok partili hayat şeklindeki zaruri modernleşmenin siyasi kültür tarafından taşınamaması sebebiyle sistemin despotik özüne dönmesi olarak yorumlanması mümkündür.

27 Mayıs müdahalesi yapanlar tarafından anayasa niteliğindeki 1 Sayılı Kanun ile Millî Birlik Komitesi kurulmuş ve bu süreç geçiş dönemi olarak nitelendirilmiştir. Millî Birlik Komitesi ve Temsilciler Meclisinden oluşan Kurucu Meclisin içinde oluşturulan Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı Anayasa Tasarısı 9 Temmuz 1961 tarihinde halkoylamasına sunulmuş ve kabul edilmiş, 15 Ekim 1961 tarihinde genel seçimler yapılarak normal rejime geçilmiştir²⁰⁹.

2.3.2. 1961 Anayasası

Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü prensibini kabul eden, sosyal hak ve ödevleri ilk kez dizgesel açıdan düzenleyen, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını güvenceli hale getiren katı bir anayasa olarak özetlenmesi mümkündür²¹⁰.

²⁰⁸ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 35.

²⁰⁹ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 35-37.

²¹⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 37-38.

Önceki anayasaların aksine bir meclis ürünü olmayıp, askeri darbe sonucunda yapıldığı için devletin seçkinlerinin siyasal değerlerini ve çıkarlarını yansıttığı görüşü üzerinde fikir birliği olduğu ifade edilebilir²¹¹.

Bilindiği üzere anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekleşebilmesi için yasaların anayasaya uygun olmak zorunda olduğunun anayasada düzenlenmiş olması yeterli olmayıp etkili bir denetim mekanizması gerekmektedir, bu denetim siyasal bir organ yahut yargı organı tarafından gerçekleştirilebilmektedir²¹². Bu denetimi yargı yoluyla gerçekleştirmesi tercih edilerek Anayasa Mahkemesi'ni kurması 1961 Anayasası'nın getirdiği en önemli yeniliktir.

Fakat tarihi arka planı izlendiğinde, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme mekanizması halkın talebiyle gerçekleşmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, askeri müdahale ürünü olarak meydana gelen 1961 Anayasası ile, siyasal iktidarı denetleyecek bir organ misyonuyla kurulduğunu ifade etmek mümkündür²¹³. Siyasal iktidarı denetleyecek bir organa ihtiyaç duyulması hukuk devleti olma yolunda bir ihtiyaç ve zorunluluk iken, bu ihtiyacın askeri müdahale neticesinde giderilmesi yani demokratik olmayan bir yolla gelmesi düşündürücüdür. Anayasanın üstünlüğünün korunması hususundaki tedirginliğin altında, hukuk devleti olmanın gereklerini yerine getirme arzusunun değil rejimi iktidara gelecek siyasi partiden koruma gayesinin bulunduğunu düşündürmektedir. Normalde bireysel başvuru gibi yollarla bir bütün olarak düşünüldüğünde farklının ve ötekinin de hakkını arayabileceği, çoğulculuğun bir gerekliliği olması yönüyle postmodern bir kurum olarak nitelenebilecek Anayasa Mahkemesi'nin ülkemizde kuruluşunun modernist kaygılarla -modern olduğu kabul edilen devletlere benzeme saikiyle- gerçekleştiği sonucuna varmak mümkündür. Oluşturulma amacı ile gütmesi gereken asıl amaç arasındaki tezatlık AYM'nin karakterini tam olarak bulamamasına sebebiyet vermektedir.

2.3.3. 12 Mart Muhtırası

1970'li yılların başında siyasal şiddet hareketlerinin artmasıyla 12 Mart 1971'de dönemin üst düzey askeri yetkililerin bir andıç vererek Süleyman Demirel'i Başbakanlık görevinden ayrılmaya zorlamaları neticesinde partiler üstü bir hükümet kurulmuştur²¹⁴.

²¹¹ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 380.

²¹² Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 385-386.

²¹³ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 255.

²¹⁴ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 40.

Anayasa’da yapılan 1971 ve 1973 değişiklikleri yürütmenin güçlendirilmesi ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik olmuştur. Üniversite özerkliğinin zayıflatılması ve TRT özerkliğinin kaldırılması hükümleri yer almıştır. Bu değişikliklerden yargıya ilişkin olan en önemlisinin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulması olduğu ifade edilebilir. 1971 ve 1973 tarihli Anayasa değişikliklerinin modernist yaklaşımla gerçekleştirildiğini ifade etmek mümkündür. Zira postmodernizmin önem verdiği yerellik ve özerklik kavramlarına modernizmde gereken önemin verilmediği söylenebilir. Çünkü modernist yaklaşım, sistemin otoritesini özerk kuruluşlarla paylaşmaktan yana tavır sergilemekten kaçınır. Üniversite özerkliğinin zayıflatılması ve TRT özerkliğinin kaldırılması bu duruma somut bir örnek teşkil eder. Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluşunun, modernizmin toplayıcı, kontrol edici karakterini yansıttığını söylemek mümkündür. Çünkü modernizm, sahip olduğu meta-anlatıyı koruyacak mekanizmalara ihtiyaç duyar ve bunu gerçekleştirirken baskıcı ve bütüncü siyaset gütmekten geri durmaz.

2.4. Yakın Dönem Türk Hukuku

2.4.1. 1982 Anayasası

12 Eylül 1980’de TSK’nın yönetime el koyması neticesinde oluşturulan Milli Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisinden müteşekkil Kurucu Meclis tarafından hazırlanan Anayasa, 7 Kasım 1982’de halkoylamasına sunulurak kabul edilmiştir²¹⁵.

Askeri darbenin ürünü olan bu anayasanın özelliklerini okuyabilmek için 12 Eylül rejiminin “sarsıldığı varsayılan devlet otoritesini yeniden güçlü bir şekilde tesis etmek” olan hedefinden, özünde güvenlikçi bir devlet anlayışına dayandığını ifade etmek mümkündür²¹⁶.

1982 Anayasası’nın baskıcı bütüncü siyaset güdüsü yönüyle modernist zihniyet taşıdığı ifade edilebilir. Buna yönelik tespitlere aşağıda yer verilmiştir:

“Gerçekten 1982 Anayasası, başlangıç itibarıyla, 12 Eylül darbesinin gerekçesi ve mantığı bağlamında güvenliği esas alan ve devlet teşkilatını buna göre şekillendirmeyi seçen, özgürlükleri düzeni bozması muhtemel unsurlar olarak görüp kuşkuyla bakan, kutsal olarak nitelediği devleti bireye yeğleyen bir felsefeye sahip olmuştur”²¹⁷.

²¹⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 42-43.

²¹⁶ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 382.

²¹⁷ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 383.

“...Anayasa’nın 14. Maddesi, hak ve hürriyetlerin demokratik ve laik cumhuriyetin aleyhine yorumlanamayacağını hüküm altına almaktadır. Hakların sınırını rejimin kabulleri çizmektedir. Çatışma halinde aslolan rejimdir. Lakin bu hüküm çelişkilidir çünkü demokrasi, demokrasi aleyhinde olup şiddet ve nefret söylemi içermeyen ifade ve basın hürriyetlerinin de korunmasını gerektirir. Aksi halde demokrasi; dogmatik ve antidemokratik olur. Fakat 14. Madde rejimin hak ve hürriyetler pahasına demokratik olduğu iddiasındadır. Dolayısıyla değerler çatışmasında uzlaştırıcı değil, baskılayıcı mahiyettedir... Anayasa, temel haklar ile devletin rejimi arasındaki çatışmalarda insandansa sistem, adalettense düzen, gerçeklerdense kurgular tarafındadır²¹⁸.”

Hakıyemez’den aktarımıyla militan demokrasi; “Faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm ve benzeri özgürlükçü demokratik düzeni açıkça tehdit eden ve ortadan kaldırmayı amaçlayan totaliter akımlar karşısında, kendi demokratik değerlerini korumak amacıyla bu tür yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların ifade ve örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan ve bunlara karşı hukuksal, siyasal ve toplumsal alanda aktif bir tutum içerisine giren, farklı bir klasik (liberal) demokrasi yorumudur²¹⁹.”

Özellikle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar ve siyasi parti yasaklarında, 13. ve 14. maddelerinin sistemi korumaya yönelik hükümler içermesi nedenleriyle 1982 Anayasası’nda militan demokrasi anlayışının etkili olduğu ifade edilmektedir²²⁰.

1982 Anayasası’nın, otorite-özgürlük dengesinde otoriteye ağırlık verdiği ve felsefesinin birey merkezli değil devlet merkezli olduğu görülmektedir²²¹.

2.4.2. Postmodern Gelişmeler

2.4.2.1. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları

Anglo-Sakson hukuk doktrininde kullanılan *Alternative Dispute Resolution* terimine karşılık Türk hukuk doktrininde “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü” kavramı kullanılmaktadır. Anglo-Sakson öğretisinde ADR olarak yapılan kısaltma tüm hukuk doktrininde kabul görmüştür²²².

²¹⁸ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 271-272.

²¹⁹ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 400.

²²⁰ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 402.

²²¹ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 230.

²²² Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011), 6-7.

Alternatif Uyuşmazlık Çözümü; tarafların, aralarındaki anlaşmazlıkların bir çözüme bağlanması için yargı organlarının menfi taraflarından etkilenmemek adına kimi zaman ihtiyari kimi zaman zaruri olarak müracaat ettiği, yargı organlarının yerine geçmeyip onu mütemmimi niteliğinde, müracaat edenlerin aktif bir şekilde iştirakine imkan sunan, etkili ancak prensip olarak bağlayıcı olmayan bir çareye kavuşturan ve hukuk düzenince kabul görebilecek her türlü yöntem olarak özetlenmektedir²²³.

Anglo-Sakson hukukunda gelişen bu kavramın doğumunu aslında insanlık tarihine atfetmek mümkündür. Çünkü insanlar tarih boyunca aralarındaki uyuşmazlıkların çözümünde bu yöntemlere başvurmuştur. Fakat modern hukukun ortaya çıkmasıyla raftan kaldırılan bu yöntemler postmodern dönemde tekrar gündeme gelmiştir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin, modern hukukun uyuşmazlıklar için öngördüğü tek tip çözümün adaleti gerçekleştirmeye elverişli olmadığı görülmesi ile farklı çözüm arayışlarına girişilmesinin neticesinde geliştiği sonucuna ulaşılabilir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının hukuk doktrinde kendisine sağlam bir yer edinmesinin sebebi bünyesinde taşıdığı avantajlardır. Devlet yargısına göre hızlı ve az maliyetli olması açısından adalet hizmet ettiği ifade edilmelidir. Ayrıca taraflar, devlet yargısındaki edilgen profillerinden farklı olarak bu yöntemlerde etken bir profil çizmektedir. Bu da ulaşılan çözümün benimsenmesi noktasında tarafların istekli olmasına sebep olmaktadır.

2.4.2.1.1. Arabuluculuk

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2. maddesinin b bendinde: *“Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* ni belirtir. Arabulucu, uyuşmazlık halindeki tarafları bir araya getirerek uyuşmalarına aracı olan bağımsız ve tarafsız uzman bir üçüncü kişidir.

Ülkemizde ticaret hukukunda ve iş hukukunda bazı durumlarda zorunlu arabuluculuk şartı getirilmiştir. Bu yeniliğin, yukarıda bahsedilen postmodern etkilerin sonucu olduğunu

²²³ Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, 9.

söylemek mümkündür. Modern hukukun adalet sağlamayan uygulamalarda ısrarlı tutumundan vazgeçildiğinin göstergelerindendir.

2.4.2.1.2. Uzlaştırma

Hukuk uyuşmazlıklarındaki arabuluculuk kavramının yerini ceza hukukunda uzlaştırma kavramı alır.

Uzlaştırmanın, onarıcı adalet anlayışını yansıtan bir mekanizma olduğunu söylemek mümkündür. Kelime kökeni “uz” un “iyi” anlamına gelmesi tesadüf değildir. Uzlaştırmada, mağdur ile şüpheli/sanığın birlikte iyileştirilmesi hedeflenir.

Ceza adaleti türleri cezalandırıcı adalet ve tazmin edici adalet olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²²⁴. Cezalandırıcı adalette mağdurun ikinci plana atıldığından bahsedilebilir²²⁵. Bu adalet türünde mağdurun değil toplumun iyileştirilmesine öncelik tanınır. Fail suç işlemekle yalnız mağdura karşı değil, toplum tarafından kabul edilen kuralları çiğnediği için topluma karşı da sorumlu sayılır. Bu nedenledir ki hukuk sistemimizde de olduğu gibi, iddia makamı müşteki değil cumhuriyet savcılarıdır. Ceza davaları hukuk davalarından ayrı olarak, kamu davasıdır. Failin cezalandırılması ile kamu vicdanının rahatladığı kabul edilir. Oysa tazmin edici adalet türünde, mağdurun yaralarının sarılması ön plandadır.

Uzlaştırma kurumu, hukukumuzdaki klasik ceza yargılamalarından ayrılan özellikleri ile onarıcı adalet anlayışını yansıtmaktadır. Hukukumuzdaki klasik ceza yargılamalarında mağdura karşı suç işlemiş bir fail kanunda yer alan cezayı alır ve mağdur dilerse ayrı olarak hukuk mahkemelerinde tazminat davası açar. Fakat bir örnek üzerinden gitmek gerekirse: Fail mağdura karşı hakaret suçu işlemiş ve kanuna göre cezalandırılmış olsun. Failin yaşamış olduğu cezalandırılma süreci mağduru tatmin etmemiş, faili ise ıslah etmekten öte yeniden suç işlemeye teşvik edecek şiddette öfkelenirmiş olsun. Manevi tazminat davası açsa da yargılama sonucunda edineceği tazminat bedeli mağduru tatmin etmeyecek, kendisine karşı hakaret eyleminin gerçekleştiği ortamda bulunan insanların huzurunda failin kendisinden özür dilemesini istemekte olsun. Anılan örnekte (ahlaka/adaba/kanuna aykırı olmadığı sürece) tarafları karşılıklı olarak tatmin edecek ve dolayısıyla adalet hizmet edecek çözüm yolu uzlaştırma kurumuyla mümkün hale gelmiştir.

²²⁴ *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı*, ed. Orhan Cüni vd. (Ankara: Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 2021), 3.

²²⁵ *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı*, 7.

Görüldüğü üzere modern hukukun dayattığı yargılama sisteminden farklı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri hukukta postmodernizme somut örnekler teşkil etmektedir.

2.4.2.1.3. Tahkim

Tahkim, anlaşmazlık çözümünde geçmişten günümüze önemini yitirmeyen ve ticaretin global düzeyde büyümesiyle oldukça fazla tercih edilen alternatif uyuşmazlık çözüm tekniğidir. İçinde bulunduğumuz zaman diliminde ticari anlaşmazlıklarda, yargısal faaliyetin menfi taraflarından kaçınmak arzusunda tacirlerin oldukça fazla tahkimi tercih ettiği gözlemlenmektedir. Son zamanlarda tercih edilen bir yöntem olmasının sebeplerinden biri, tahkimin anlaşmazlığın taraflarına yargı organlarına nispeten seri bir çare sunmasıdır.

Tahkim özünde cebri icra kabiliyetini haiz bir sonuç doğurmakla birlikte devletin egemen olduğu bir yargılama faaliyeti değildir. Sözleşme hükümleri hakemlerin yetkilerini sınırlarını belirlemektedir²²⁶. Tahkimde anlaşmazlık tarafların mutabakatı neticesinde devletin yargı organları tarafından değil alanında uzman, taraflarca seçilebilen, objektif ve bağımsız hakemlerce daha seri olarak sonuca bağlanmaktadır²²⁷.

Ticari uyuşmazlıkların hızlı çözümlendirilmesi, ticari hayatın akışı için büyük önem arz eder. İhtiyaçlar doğrultusunda gelişmiş tahkim yöntemi hukukta postmodernizme örnek teşkil eden uygulamalardan olmuştur.

2.4.2.2. 2010 Anayasa Değişikliği: Pozitif Ayrımcılık

1982 Anayasası'nın kanun önünde eşitlik kenar başlıklı 10. maddesine göre:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”

Çocuk, engelli, yaşlı, şehitlerin birinci derece yakınları ile gaziler açısından uygulanacak önlemlerin eşitlik prensibine muhalif sayılamayacağının güvence altına alınması; toplumda

²²⁶ Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, 37.

²²⁷ Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, 1.

dezavantajlı grupların haklarının özel bir koruma altına alınmak istenmesi olarak yorumlanabilir. Azınlık haklarının gözetilmesi ise hukukta postmodern etkileri hatıra getirmektedir.

Herkesin kanun önünde eşit olduğunun anayasal güvence altına alınması, uygulamanın da bu yönde olduğunu göstermemektedir. Hatta eşit olmayanların eşit kurallara tabi tutulmasının, eşitsiz bir durum doğuracağı söylenebilir. Bu nedenle pozitif ayrımcılık kavramının denkleştirici adalet değil dağıtıcı adalet anlayışı doğrultusunda bir gelişme olarak nitelendirilmesi mümkündür.

2.4.2.3. Hukuki Argümantasyon

Birinci bölümde postmodernizmde durağan değil aktif adalet anlayışının ön planda olduğunu, kuralların mutlak olarak görülmeyp sorgulandığı takdirde aktif adalet anlayışının söz konusu olabileceğini, bu nedenle hukuki kararların da aktif nitelik arz etmesi gerektiğini, hukuki kararların aktif nitelikte olabilmesinin ise yorumlama sanatına önem verilmesiyle mümkün olduğu ifade edilmişti²²⁸. Aktif adalet anlayışına hizmet edecek olan yöntemlerden birisi de hukuki argümantasyondur. Hukuki argümantasyonun ülkemizde yeni yeni gündeme geldiği söylenebilir. Hukuki argümantasyon hukukun sosyal gerçekliğe, sosyal gerçekliğin hukuka yaklaştırılması konusunda önemli bir rol oynamaktadır.

Feteris'in ifadeleriyle; *"Hukuki argümantasyona gittikçe artan ilginin temel sebeplerinden biri, yargıcın görevlerine ilişkin değişen görüşlerdir. On dokuzuncu yüzyılın hukuk felsefesinde yargıcın görevi, Montesquieu'nün kuvvetler ayrılığı düşüncesi çerçevesinde, hukuku, yasakoyucunun yarattığı şekliyle uygulamaktır. Yargıç, belli bir davanın konusu olan olayları genel hukuk kuralının altına yerleştirmek durumundaydı.*

Modern görüşe göre yargıç hukuk kurallarını yorumlamada ve somut davaya uygulanacak normu formüle etmede belli bir serbestiye sahiptir. Bu görüşe göre yargıç artık kararı genel kuraldan otomatik şekilde çıkaran 'hukukun ağzı' olarak görülmemektedir. Artık o, hukuk kuralının önündeki somut dava çerçevesindeki anlamını kendisi inşa etmektedir. Bu anlayışa göre hukuk kurallarının bağlamdan- bağımsız anlamı bulunmaz, görülmekte olan dava açısından hukuk kuralının tam olarak ne ifade ettiğine yargıç karar verir²²⁹." Ayrıca burada

²²⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 444.

²²⁹ Eveline T. Feteris, *Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma*, trc. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2019) 26.

geçen modern kelimesinin; alışlagelen hukuk yaklaşımlarından farklı olarak, yeni yaklaşımlar anlamında kullanıldığını önemle belirtmek gerekmektedir.

2.4.2.4. Diğer Gelişmeler

1982 Anayasası'na 1995 yılında yapılan değişikliklerle (m. 33 ve m. 52) sivil toplum hakkında getirilen özgürlükler ile siyasal katılma alanı genişletilerek farklı grupların seslerini duyurmaları adına gelişmeler yaşanmıştır²³⁰. Farklılığa ve çıkarların çoğulculuğuna verilen önem yönüyle bu gelişmelerin postmodern etkiler taşıdığını söylemek mümkündür.

Ayrıca 2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri neticesinde Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında önceki yıllarda sergilediği “mücadeleci” laiklik yorumlarının, kamusal alanda dinsel figürlerin dışlanmaması yönünde değiştirildiği fark edilmektedir²³¹. Bu değişimin modernizmin karşısında, postmodern etkilerle açıklanması mümkündür. Zira farklı grupların özgürlüklerini savunan bu yaklaşım, felsefesini postmodernizmin temel düsturlarından almaktadır.

Hukukumuzdaki postmodern gelişmeler ile siyasi alanda Avrupa'ya uyum süreci arasındaki paralellikler incelenmelidir.

2.5. Avrupa'yla Entegrasyon Sürecinde Hukuk

Cumhuriyetin kurucusu M. Kemal Atatürk'ün muasır medeniyetler seviyesini hedeflediği herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Muasır medeniyetlerin hangileri olduğu başka bir tartışma konusu olmakla birlikte, ilk olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin politikasının bu yönde başladığı ve muasır medeniyet olarak Batılı medeniyetlerin kabul edildiği ifade edilmelidir. Haliyle başta siyasi, ekonomik, kültürel olmak üzere her alanda Avrupa ile uyumlanma süreci takip edilmiştir.

Avrupa ile entegrasyon sürecinde Avrupa Birliği sürecine değinmek gerekmektedir. Bugünkü ismiyle Avrupa Birliği'nin temeli sayılan Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun 1958'de teşkil etmesinin ardından Türkiye 1959 yılında topluluğa ortaklık başvurusunda bulunmuştur²³². Türkiye'nin yaptığı başvuru kabul edilmiş, üyelik şartları gerçekleşinceye kadar geçici ortaklık sözleşmesi imzalanması önerilmiş ve Türkiye ile AB münasebetlerinin

²³⁰ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 397.

²³¹ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 410.

²³² T.C. Dış İşleri Bakanlığı AB Başkanlığı, “Türkiye AB İlişkilerinin Tarihçesi” (Erişim 6.12.2022).

yasal zeminini kuran Ankara Anlaşması 1963'te imzalanarak yürürlüğe girmiştir²³³. 1970'lerden 1980'lerin ikinci yarısına dek ekonomik ve siyasi sebeplerden istikrarsız ilerleyen Türkiye AB münasebetleri 1980 darbesinden sonra askıya alınmışsa da 1983'te sivil yönetimin tekrardan kurulmasıyla ilişkiler tekrar canlanarak 10-11 Aralık 1999 tarihlerinde Helsinki'de gerçekleştirilen AB Devlet ve Hükümet Başkanları zirvesinde Türkiye'nin adaylığı onaylanmıştır²³⁴.

Bu çalkantılı süreçte uyumlanma paketleri ile hukukumuzda alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemlerinin hareketlenmesi gibi pek çok değişiklik yaşanmıştır. Hukukumuzdaki postmodern gelişmeler incelendiğinde temelinde Avrupa ile uyum gayesi bulunduğu görülmektedir. Fakat Avrupa'nın postmodern hareketler neticesinde hukuk alanında yönelmiş olduğu eğilimleri taklit etmek, Türkiye için esasında yine modernist bir tutum oluşturur. Hukukta postmodern unsurlara aşına bir toplum olmamıza rağmen, eskiden değer verilmeyen hususlara Avrupa'daki hareketlenmeler üzerine eğilmeye başlanması bu durumu kanıtlamaktadır.

2.5.1. Avrupa Konseyi Üyeliği ve AİHM

Avrupa Konseyi; insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması, geliştirilmesi, demokrasinin korunması, sağlık, eğitim, refah, çevre gibi pek çok alanda üye devletlerarasında uyum sağlanması amacıyla Avrupa devletleri arasında merkezi Strasburg olmak üzere 1949'da kurulmuştur²³⁵. Türkiye de kuruluştan kısa süre sonra 1950 yılında Konseye üye olmuştur.

Konseyin amaçlarını gerçekleştirmek üzere hazırladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine tüm üye ülkelerin uyma zorunluluğu bulunmaktadır²³⁶. Türkiye de konseyin üyesi olduğu için AİHS hükümlerine uymakla yükümlüdür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise AİHS'nin kurduğu, Avrupa Konseyi'nin yargı organıdır²³⁷. Sözleşmeyi imzalamış bir devletin sözleşmede yer alan bir hakkı ihlal ettiği iddiasıyla devlet başvurusu ve bireysel başvuru yollarıyla AİHM'e başvurulması mümkündür. Sözleşmeye taraf olduğu için Türkiye aleyhine de AİHM'e pek çok başvuru yapılmaktadır.

Türkiye'nin, Avrupa Konseyi üyeliğine başvurusunun modernist kaygılarla gerçekleştirildiğini ifade etmek mümkündür. Zira Konseyin amacının Avrupa devletleri

²³³ T.C. Dış İşleri Bakanlığı AB Başkanlığı, "Türkiye AB İlişkilerinin Tarihçesi".

²³⁴ T.C. Dış İşleri Bakanlığı AB Başkanlığı, "Türkiye AB İlişkilerinin Tarihçesi".

²³⁵ Durmuş Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2019), 58.

²³⁶ Durmuş Tezcan vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, 58.

²³⁷ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), 432.

arasında uyum sağlanması olduğu göz önüne alındığında, Türkiye'nin kendini Avrupa devleti olarak tanımladığı ve uyumlanma isteği görülmektedir.

2.5.2. Avrupa Birliği Üyelğine Başvuru Sürecinde Hukuk

Türkiye AB üyeliği konusunda, başvuru sürecinden itibaren kararlılığını bozmamış, kriterleri sağlamak adına uyum yasası paketleri parlamento tarafından kabul edilmiştir. 2002-2004 yılları arasında 8 uyum paketi, 2001 ve 2004'te 2 anayasa paketi parlamentodan geçmiştir²³⁸. Bu yasa paketleriyle insan hakları, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve ifade özgürlüğü gibi pek çok alanda düzenlemeler gerçekleştirilmiştir.

Türkiye'nin bu uyum paketleri ile temel hak ve özgürlüklerin güçlendirilmesi adına yaptığı düzenlemelerin, Avrupa Birliğine kabul edilmesi için gerçekleştirdiği görülmektedir. Anılan düzenlemelerin içeriğinde postmodern unsurlar bulunsa dahi, temel kaygı yine modernisttir.

3. Türk Hukukunun Genel Değerlendirmesi

Yukarıda Türk hukuku; Osmanlı Devri ve Cumhuriyet Devri olmak üzere iki başlık altında ele alınmıştır. Osmanlı Devri Türk hukukunun dönem olarak postmodernite söz konusu olmasa da postmodern unsurlar barındırdığı, Cumhuriyetin ilanıyla birlikte Türk hukukunun modernizm etkisi altına girdiği görülmüştür. Alternatif uyumsuzluk çözüm yolları, hukuki argümantasyon gibi kavramların yaygınlaşması ve modern hukukun basmakalıp uygulamalarından uzaklaşılmasıyla hukukumuzda postmodern unsurların yer almaya başladığı tespit edilmiştir.

Batı hukukunda gözlemlenen pre-modernite, modernite, post-modernite ve *post-truth* dönemlerinin Türk hukukunda kronolojik olarak seyretmediği tespit edilmiştir. Bunun sebebini Türk toplumunun modernleşme serüveninin Batılı toplumların serüveninden farklı olmasına dayandırmak mümkündür. Modernite dönemi yaşanmadan modernite kurallarının getirilme çabası gibi sağlıklı yaklaşımlar yalnızca cumhuriyetin ilanı sonrası iktibasa başvurma gibi olaylara has değildir. Kökleri Osmanlı İmparatorluğu'nun hukukta Batılılaşma hareketlerine kadar uzanmaktadır. Osmanlı'dan Cumhuriyete kadar uzanan süreçte zihniyet olarak bir devamlılık olduğu tespitinde bulunmak mümkündür. Kaya'nın ifadesiyle “...*Bozulmuş akıl son dönem Osmanlı'da din söylemleri çarpınılar şeklinde hukuk üretmiştir; Türkiye'de ise seküler*

²³⁸ T.C. Dış İşleri Bakanlığı AB Başkanlığı, “Türkiye AB İlişkilerinin Tarihçesi”.

*maneviyat şeklinde hukuk üretmektedir. Her ikisi de oksimorondur. Her ikisinde de çağrı yeterince tanımama ve problemlere günübürlük çözüm yetiştirme aceleciliği söz konusudur*²³⁹.” İster dini söylemlerle bezeli ister seküler görünümde olsun özünde aynı acelecilikle oluşturulan yüzeysel çözüm üretme hali, Osmanlı’dan Cumhuriyete zihniyet açısından bir devamlılığı göstermektedir.

Türk hukukunda modernitenin doğal olarak yaşanmadığını, modernizmin etkili olduğunu söylemek daha doğru olacaktır. Somutlaştırmak adına bir örnek vermek gerekirse; işçilerin haklarının güvence altına alınması Batı’da işçilerin zor şartlar altında çalışmaktan rahatsızlıklarını seslendirmeleri üzerine gerçekleşmişken Türk hukukunda daha çok, akademisyenlerin Batı’da görmüş oldukları gelişmelerin ülkeye getirilmesini seslendirmeleri üzerine mi gerçekleştiği yoksa Avrupa Birliği gibi uluslararası kurum ve kuruluşların Türkiye’yi oluşumlarına kabul edebilmek için sundukları kriterleri yerine getirmek için mi gerçekleştiği tartışılmalıdır. Elbette Türk hukukundaki gelişmelerde kişi, topluluk veya sivil toplum örgütlerinin hiçbir hak talebinin etkisinin olmadığını ifade etmiyoruz. Ya da akademisyenlerin ülkelerine faydalı uygulamalar taşıyabilmek adına dünyadaki gelişmeleri takip etmelerinin hatalı olduğunu ileri sürmüyoruz. Burada dikkat çekilmek istenen husus; bir uygulamanın nasıl, ne amaçla ve ne niyetle geldiğinin onun işlevselliğine kesinlikle etki edeceğidir.

Her ne kadar Türk hukukunun Cumhuriyetin ilanıyla birlikte modernizm etkisi altına girdiği söylenebilirse de günümüzde yaşanan bazı değişimler Osmanlı modelini hatırlatmaktadır. Örneğin TRT Kürtçe kanalının açılması, Osmanlı İmparatorluğu’ndaki millet sistemi çerçevesinde farklı dillerin devlet bünyesi altında yaşam alanı bulabilmesini çağırıştırır. Dolayısıyla günümüz Türk hukukunun salt modernizm etkisi altında olduğu iddia edilemez. Türk toplumu için kurulmuş olan hukuk sistemi ile toplumun sahip olduğu kültür arasındaki uyumsuzluğun doğurduğu karmaşa ve bu karmaşaya getirilen çözüm önerileri, olguların ve saiklerin kompleks nitelikte olduğunu göstermektedir.

Nihayetinde Türk hukukunun genel anlamda modernist bir çizgiye sahip olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kaya’nın ifadeleriyle: “...Modernist tutulma tüm dünyada zihin krampı haline geldi. Aynı zihin krampı içinde Türkiye, Batılılaşma adına hukuku felsefi açıdan temelsizleştiren etkilere teslim oldu²⁴⁰.”

²³⁹ Emir Kaya, “Dindar Osmanlı’dan Laik Cumhuriyet’e Hukuk Zihniyetinin Sürekliliği: Orijinal Bir Model, Taze Bir Hukuk Düzeni Mümkün mü?”, *Zihniyet ve Din*, ed. Abdullah Özbolet – Asım Yapıcı (Adana: Karahan Kitabevi, 2018), 63.

²⁴⁰ Kaya, *Hukuk Zihniyeti*, 232.

III. BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ ANALİZİ

1. Anayasa Yargısının Tarihi

Hukuktaki, anayasanın yasalardan üstün olduğu, yasaların anayasaya aykırı olamayacağı ilkesinin uygulanabilir olması için yasaların anayasaya aykırı olmamasını kontrol eden bir organa ihtiyaç duyulmuştur. Söz konusu organ Anayasa Mahkemesi, yaptığı iş de anayasa yargısı olarak adlandırılmıştır²⁴¹.

Tarihte yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin; Amerika'da ilk kez federal mahkemece *Marbury v. Madison* yargılamasında 1803 tarihinde fiilen uygulanmış, Avrupa'da ise Avusturya Anayasası ile Avusturya Anayasa Mahkemesi 1 Ekim 1920 tarihi itibarıyla kurulmuştur²⁴². Anayasa yargısının Amerika'da Avrupa'dan daha erken uygulandığı görülmektedir.

1947 İtalyan, 1949 Alman, 1958 Fransız, 1961 Türk, 1976 Portekiz, 1978 İspanyol Anayasaları ile bu ülkelerde Anayasa Mahkemeleri kurulmuştur²⁴³. Dolayısıyla dünya geneline kıyasla, ülkemizde anayasal yargının uygulanmasının yeni bir gelişme olmadığını söylemek mümkündür.

2. T.C. Anayasa Mahkemesi'nin Tarihi ve Yapısı

Anayasa Mahkemesi ülkemizde ilk kez 1961 Anayasası ile kurulmuştur.

T.C. Anayasa Mahkemesi'nin, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesi sonucunda hazırlanan 1961 Anayasası ile siyasal iktidarı kontrol edecek bir organ misyonuyla kurulduğu bilinmektedir²⁴⁴.

AYM'nin yapısı 1982 Anayasası'nın son olarak 21.01.2017 tarihinde değişen 146. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, AYM 15 üyeden kurulur. Bu üyeler TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Başkanı ve Başkanvekilleri, üyeleri arasından dört yıl için seçilir.

²⁴¹ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011), 95.

²⁴² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 444.

²⁴³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 444.

²⁴⁴ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 255.

AYM üyelerinin TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi hususu, üzerinde durulmaya değer bir konudur. TBMM'nin çıkaracağı kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırı olmasını engellemek adına kurulmuş bir organın üyelerinin TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi; denetleyecek kişilerin denetlenecek kişiler tarafından seçilmesi olarak özetlenebilir.

1982 Anayasası'nın 149. maddesinde yüksek mahkemenin yargılama ve çalışma usulü düzenlenmiştir. Yüksek mahkemenin Genel kurul ve iki bölümden müteşekkil olarak çalışacağı öngörülmüştür. İtiraz ve iptal yargılamaları, siyasi partilere ilişkin başvurular ve davalar ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurul tarafından bakılacağı, bireysel başvuruların ise bölümler tarafından karara bağlanacağı aynı maddede düzenlenmiştir.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Görevleri

Yüksek mahkemenin yetkileri ve görevleri 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede; yasaların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve TBMM İçtüzüğü'nün anayasaya esas ve şekil açısından uyumluluğunu denetlemek ile bireysel başvuruları sonuca bağlamak, anayasa değişikliklerini de yalnızca usul açısından incelemek, denetlemek görev ve yetkilerindendir. Yine kişinin, AİHS çerçevesinde koruma altına alınan haklarından herhangi birisinin kamu otoriteleri tarafınca ihlal edildiği iddiası ile AYM'ye bireysel başvuruda bulunulabileceği düzenlenmiştir.

Bunlar dışında AYM'nin Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisi ve görevi de bulunmaktadır. Fakat çalışmanın konusu ve kapsamı gereği, yalnızca norm denetimi ve bireysel başvuru yolu incelenecektir.

3.1. Norm Denetimi

Yasaların anayasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi somut ve soyut norm denetimi şeklinde iki yolla yapılmaktadır. Soyut norm denetimi olarak adlandırılan yol iptal yolu, somut norm denetimi şeklinde ifade edilen yol ise itiraz yoludur.

3.1.1. İptal Yolu

Anayasaya aykırı olduğu düşünülen bir kanunun, anayasada belirtilen yetkili makamlar tarafından Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açması ile gerçekleştirilen yoldur. İptal yolu,

1982 Anayasası 150. maddede düzenlenmiş olup buna göre: *“Kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir.”*

Yüksek mahkeme, iptal davasına mevzu edilen bir kanunu anayasaya aykırı bularak iptal etme yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi’nin doğrudan yasa çıkarma gibi bir yetkisi olmadığı halde anılan bu yetki ile bir yasayı iptal etme yetkisine sahip olmaktadır. Bu noktada, neyin anayasaya aykırı olduğuna neyin anayasaya olmadığına karar verme yetkisinin Anayasa Mahkemesi’ne yasama konusunda doğrudan olmasa da engelleyici ve ayıklayıcı nitelikte dolaylı bir yetki kazandırdığını söylemek mümkündür.

3.1.2. İtiraz Yolu

Def’i yolu olarak da bilinen itiraz yolu, 1982 Anayasası 152. maddede düzenlenmiş olup buna göre: *“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmüyle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi’nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”

Kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerinin mahkemeler tarafından anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi incelemesine götürüldüğü bu yolun da Anayasa Mahkemesi’ne yasama konusunda doğrudan olmasa da dolaylı bir yetki kazandırdığı söylenebilir. Çünkü Anayasa Mahkemesi söz konusu normların anayasaya uygunluğunu

incelediğinde anayasaya aykırı bulursa kanun için yasamanın ortaya koyduğu iradeye aykırı bir hüküm tesis etmiş olacaktır.

3.2. Bireysel Başvuru Yolu

Anayasa şikâyeti olarak da adlandırılan bireysel başvuru yolu, 12 Eylül 2010 tarihli referandum ile kabul edilen Anayasa Değişikliği Kanunu sayesinde getirilen bir yeniliktir²⁴⁵.

2010 yılında 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle: *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz. Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”*

Bu hükümle birlikte hem AIHS kapsamında hem anayasada düzenlenen hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğini düşünen ve olağan kanun yollarını tüketmiş bir kişinin AYM'ye bireysel başvuruda bulunması mümkün hale gelmiştir.

Bireysel başvuru yolu, Kaya tarafından *“AYM'nin eski devletçi muhafazakarlıktan çıkmasının en etkili aygıtı”* olarak nitelendirilmektedir²⁴⁶. Bireysel başvurunun; devlet karşısında bireyi, muhafazakarlık karşısında özgürlüğü güçlendiren yeni bir yol olduğunu söylemek mümkündür. Bu yolun bireyler için olumlu olmasının yanı sıra AYM'nin de varoluş amacına giden yolda önemli bir araç olacağı söylenebilir. Şöyle ki; AYM önüne gelen bir bireysel başvuruda otorite yerine özgürlüğe, devlete değil bireye yakın durabilecektir.

4. Anayasa Mahkemesi Kararlarının Toplumsal ve Entelektüel Önemi

Anayasa metni temel hak ve özgürlüklerin korunması için önem arz etse de korumada en önemli görev anayasanın yorumlanması ve uygulanması olmaktadır²⁴⁷. Aksi halde anayasada düzenlenen hak ve özgürlükler, kâğıt üzerinde yer alan harfler topluluğundan ibaret kalacaktır. Bu nedenle anayasanın yorumlanması ve uygulanmasında yetkili merci olan Anayasa Mahkemesi'nin, temel hak ve özgürlüklerin sesi olma özelliğine haiz olduğu söylenmelidir.

²⁴⁵ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 431.

²⁴⁶ Kaya, “Anayasa Mahkemesinin Muhafazakâr – Liberal İkilemi”, 196.

²⁴⁷ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 163.

AYM kararlarının yalnızca iptal davası açan veya itiraz yoluna başvuranların üzerinde değil, sonuçlarıyla tüm toplum üzerinde etkili olduğu ve çeşitli toplumsal güçleri yakından ilgilendirdiğini söylemek mümkündür²⁴⁸.

AYM, bireysel başvuru incelemelerinde hukuku yorumlama ve hatta şekillendirme yetkisine sahip olmuştur. Çünkü somut bir olayda anayasada yer alan bir hak ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde AYM'nin hukuku yorumlama noktasında büyük bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

AYM, kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol yetkisiyle bir anlamda siyasi iktidarı da denetleme yönüyle diğer yargı organlarından ayrılmakta ve siyasal bir otorite olarak konumlanmaktadır²⁴⁹. İktidarın yasalaştırdığı bir hususu anayasaya aykırı bularak iptal etme yetkisinin doğrudan olmasa da dolaylı olarak siyasi bir iktidar olduğunu söylemek mümkündür.

1982 Anayasası'nın 7. maddesinde yasa yapma yetkisinin TBMM tarafından kullanılabilceği ve başka bir organ tarafından kullanılamayacağı güvence altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin; özel konumundan ötürü yer yer yasama organının rolünü üstlendiği, bu durumun söz konusu 7. maddeye aykırı olduğu ileri sürülebilmektedir. Çünkü yasa yapmasa dahi, tüm kişi ve kurumları bağlayıcı olması yönüyle yasayla aynı işlevi görececek bir karara imza atabilmektedir. Yahut TBMM'den geçen bir yasanın anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali yetkisinden ötürü AYM'nin yapısı “negatif yasa koyuculuk” olarak da ifade edilmektedir²⁵⁰. Bu durumun, yasama organı gibi halkın iradesini yansıtan bir yapısı olmadığı için demokrasiye aykırı olduğu da söylenebilmektedir. Fakat azınlığın sesinin duyurulması da aslında çoğulcu demokrasinin en büyük gereklerinden olduğundan AYM penceresinde hukukun üstünlüğü ile temel hak ve özgürlükler üstte tutulduğunda mahkemenin iradesi demokrasiye aykırı olmak şöyle dursun, çoğulcu demokrasiye hizmet eden en büyük mekanizmalardan biri olma özelliği gösterecektir.

Bilindiği üzere hukukta postmodernizm çoğunlukçu değil çoğulcu demokrasi anlayışını savunmaktadır. Yasama çoğunluğunda yer almayan azınlıkların talepleri AYM bünyesinde açığa kavuşabilir. Yasalaşamayan bir husus, AYM'nin vereceği bir kararla içtihat haline gelebilir. Dolayısıyla postmodern hukuk öğretisinde AYM'nin özel bir yerde bulunduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Bunlarla birlikte; AYM'nin sadece toplumu etkileyen değil, aynı zamanda toplumdan ve toplumsal bilinçaltından etkilenen bir kurum olduğu söylenmelidir. Çünkü AYM'nin modernist

²⁴⁸ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, 262.

²⁴⁹ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, 26-27.

²⁵⁰ Arslan, *Anayasa Teorisi*, 257.

veya postmodernist olarak nitelendirdiğimiz tutumları her zaman bilinçli değil dönemin koşullarına, zamanın ruhuna ve siyasi atmosfere göre de ortaya çıkabilir. AYM'nin ilk yıllardaki çekingen tutumu, sonraları atılğan bir duruş sergilemesi ve pozitivizmden uzaklaştığı da AYM'nin zamanla değişimini gösteren tespitlerden birkaçıdır²⁵¹.

AYM'nin yaklaşımları zaman içerisinde değişkenlik gösterse de Kaya'nın ifadesiyle: “...İdeolojisi, muhtevası, vurguları, sunumu zaman zaman değişen muhafazakarlığın, AYM'nin temel refleksi olduğu gerçeği bakidir²⁵²...” Zikredilen muhafazakarlıktan dini hassasiyetlere sahip muhafazakarlık anlaşılmamalıdır. Kastedilen; dönemin ideolojisi ne olursa olsun o ideolojiyi koruma içgüdüğü ile yaklaşmak, olması gerekene ulaşma çabasından ziyade olanı koruma şeklinde hareket etmektir. AYM kararlarının analizi bölümünde somut olaylar üzerinden görülecek olmakla birlikte; iktidarın modernist politikaya sahip olması halinde modernist çizgide olması, postmodern politikaların gündemde olması halinde ise bu yönde kararlara imza atması şeklinde özetlenebilir. Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin iktidar karşısında korunması adına kurulmuş bir organın her durumda iktidarın politikası ile paralel hareket etmesi var olma sebebi ile tezat oluşturacaktır. Elbette burada AYM'nin iktidar boyunduruğunda hareket eden bir organ olduğu kastedilmemektedir. Amaçlanan, kuruluşundan bugüne dek AYM'nin yaşadığı çelişiklere dikkat çekmektir.

5. Modernizm ve Postmodernizm Ekseninde Anayasa Mahkemesi Kararlarının Analizi

5.1.1. 1973 Nazilli Sulh Ceza Mahkemesi İtiraz Davası Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 1973/12 Esas, 1973/24 Karar Sayılı, 07.06.1973 tarihli itiraz davasıdır. Davanın konusu; Nazilli İlköğretmen Okulunda gerçekleştirilen kontrolde bir kısım öğrencinin eşyaları arasında komünizm hakkında yazılan ve dolaşımdan memnu edilmiş kitapların ele geçirilmesi nedeniyle öğrencilere yönelik TCK'nın 526. hükmüne göre yapılan yargılamada Nazilli Sulh Ceza Mahkemesinin TCK'nın 526/1. hükmünün anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı görmesi nedeniyle Yüksek mahkemeye itiraz yoluyla başvurusudur.

Yasa fıkrasının; yetkili makamların adli işlemler, kamusal düzen ve güvenlik, umumi sağlık konularında verdiği emre ya da düzenlemiş olduğu bir tedbire uymamayı suç olarak düzenlediği

²⁵¹ Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, 217.

²⁵² Kaya, “Anayasa Mahkemesinin Muhafazakâr – Liberal İkilemi”, 210.

görülmektedir. Yetkili makamın keyfi hareket etmesinin önüne geçmek için yasa koyucu tarafından düşünülen tek önlem ise emir veya tedbirin kanun ve nizamaya aykırı olmamasıdır. Elbette olağanüstü durumlarda kamunun daha az zarar görmesi ve hızlı hareketin sağlanması amaçlarıyla buna benzer düzenlemelerin oluşturulması belirli şartlar ile kabul edilebilir. Fakat bu tarz düzenlemelerin tehlikeli yanını törpülemek onu mümkün olabildiğince belirli hale getirmekten geçer. Aksi takdirde belirsiz bir düzenleme toplumun kontrol altına alınmasını kolaylaştırır, hürriyetlere ise gölge düşürür. Dönemin siyasi koşulları göz önüne alınırsa söz konusu yasa fıkrasında belirtilen durumun suç olarak düzenlenmesinde toplumu kontrol altına alma arzusunun bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımının da yasa fıkrasına paralel olarak toplumu kontrol altına alma yönünde olduğu görülmektedir. Şöyle ki; AYM; anayasaya aykırılığı ileri sürülen fıkra da geçen “amme emniyeti”, “amme intizamı” ve “mülahaza” gibi sözcüklerin itiraz eden mahkemenin iddia ettiği gibi muğlak ve sübjektif kavramlar olmadığını vurgulamıştır. Buna dayanak olarak ise bu kavramların hukuk ve anayasa diline girmiş olmasını göstermiştir. İptali istenen fıkra da suç unsurlarının ve cezasının açık olarak belirtildiğini ileri sürmüş, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine aykırı bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır.

AYM; iptali istenen yasa fıkrasının düşünce ve kanaat hürriyetine düşürebileceği gölge ihtimalini tartışmadan söz konusu fıkranın anayasanın düşünce özgürlüğüne dair 20. Maddesiyle ilgisinin bulunmadığını tespitle yetinmiştir.

Karar oyçokluğuyla kabul edilmiş olup karara katılmayan üyelerin karşı oy yazıları önemli hususlar barındırmaktadır:

Başkanvekili Avni Givda ve üye Ahmet Aka'nın karşı oy yazısında yer alan önemli bir tespite değinmek isteriz: “...*Buyruk veya tedbirin kanun ve nizamla aykırı olmaması koşulu bir ceza kuralında yeri olmayacak kadar esnek, ceza tehdidinin işleyeceği alanı sınırsız kılacak biçimde yorumlanmaya ve uygulanmaya elverişli bir ögedir*”. Bu yönü ile anayasada yer alan suçun ve cezanın kanuniliği ilkesine aykırı bulunmuştur.

Üyelerden Muhittin Gürün ve Lütfü Ömerbaş'ın karşıoy yazısında yer alan önemli tespitlerinde; yasa maddesi ile yetkilendirilen makamların maddede sayılı gerekçelere dayanarak emir vermesi ve önlem alması ve buna aykırı davrananların cezai tatbikata uğramaları kişilerin hak ve özgürlüklerinde devamlı olarak müdahale ve etki imkânı vermesi nedeniyle iptali istenen yasa fıkrasının anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi görüşündedir.

Hak ve özgürlüklerin esas, bunlara müdahalenin ise sınırlı olması gerektiği ilkesinin karşısında yer alan bir yasa fıkrasının anayasanın temel prensiplerine aykırı olduğu açık iken;

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerçeği görmezden geldiği söylenebilir. Söz konusu yasa fıkrasına göre yetkili makamların kanun ve nizamlara aykırı olmayan fakat herhangi bir mantık da içermeyen emir veya tedbirine uymamak da suç sayılacaktır. Tarihi koşullar göz önüne alındığında o dönem komünizm ideolojisinin ülkede yaygınlaşmasını önleme düşüncesinin baskınlığı hatırlanacaktır. O kadar baskındır ki; bu uğurda hak ve özgürlüklere kısıtlama getirilmesi dahi göze alınmıştır. Oysa temel hak ve özgürlüklerin yegâne koruyucusu olan Anayasa Mahkemesi, dönemin siyasi baskı havası doğrultusunda hareket etmek yerine hak ve özgürlüklerden yana tavır almalıdır. Toplumu kontrol altına alma arzusu modernizmin hukuktaki en önemli görünümünden olduğu için Anayasa Mahkemesi'nin bu karardaki yaklaşımının modernist olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Bu kararda AYM'nin hak ve özgürlüklere müdahaleler karşısındaki tutumunun, yönetenin yönetilen üzerindeki müdahalelerinin sorgulanamazlığı açısından pre-modern dönemi hatırlattığı söylenebilir. Bununla birlikte; insan aklıyla toplumun kontrol edilebileceği düşüncesi bakımından modern dönemin özelliklerini de hatıra getirmektedir.

5.1.2. Abdullah Öcalan Hakkındaki Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü Kararı

İncelenmek üzere seçilen karar Anayasa Mahkemesi'nin 2013/409 No'lu ve 25.06.2014 karar tarihli Genel Kurul kararıdır. Başvurucunun basım aşamasındaki kitabı ile ilgili mahkeme tarafından verilen el koyma kararı ve karara karşı itirazlarının neticesinde anayasanın 25., 26., 90. ve 141. Maddelerine aykırı davranıldığı savındadır. Karar, Yüksek mahkemenin düşünceyi açıklama ile yayma özgürlüğü ve basın özgürlüğüne karşı hassas yaklaşımını gözler önüne sermesi bakımından önem arz etmektedir. Bu karar; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması prensibine sığınarak hak ve özgürlüklerin ihlaline göz yuman tutumun terk edildiğine bir işaret olmakla kalmayıp, toplumun çoğunluğunu rahatsız eden söylemlerin dahi düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinden yararlanma hakkının bulunduğu dikkatleri toplamaktadır. Kararın verildiği tarihin, postmodernizmin hukukumuzda etkilerini hissettirdiği zamanlara rastlaması tesadüf değildir. Oluşan yeni bilinç, demokrasinin toplumdaki farklı seslere (bazen rahatsız edici, ürkütücü veya tehlikeli gelse dahi) duyarlı olmayı gerektirdiğinin farkındadır.

Kararın özünü teşkil eden olaylara özetle yer vermek gerekirse; İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucuya ait “*Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kısacasında Kürtleri Savunma)*” isimli kitapta

PKK terör örgütünün propagandasının yapıldığı iddiasıyla soruşturma başlatılmış ve ele geçirilen kitap nüshalarına el konulmuştur. Kitapların toplatılması ve el konulmasına ilişkin kararı veren mahkemenin gerekçesi; kitabın müellifinin silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hükümlü bir kişi olması, kitapta Türkiye, Irak ve İran sınırlarında yer alan bir bölgenin ayrılıp içinin yazılarla ön plana çıkartılması ve kitabın çeşitli sayfalarında terör örgütü propagandası yapılmasıdır. Kitap, içeriğinde yer alan ifadelerin 3713 Sayılı TMK'nın 7/2-5 fıkralarında düzenlenen ve cürüm niteliğinde olduğu kanaatiyle 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun 25/2. fıkrasına göre toplatılmıştır.

AYM; klasik olarak evveliyatla müdahalenin varlığını ve sonra da bu müdahalenin geçerli bir nedenin bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir. Kitap ile ilgili toplatılma, el konulma ve imha işlemleri ile başvurucunun başvuruya konu haklarına karşı müdahale olduğu sonucuna ulaşmıştır. Kanunilik ölçütü açısından; 5187 Sayılı Kanun'un 25. Maddesi ile kanunilik ölçütünün karşılandığı neticesine varmıştır. Meşru amaç kriteri açısından; düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için anayasanın 26/2. fıkrasında belirtilen (kamu düzeni, milli güvenlik vb.) amaçları, basın özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin meşru olabilmesi için ise anayasanın 28/7. fıkrasında sayılan amaçları hedeflemesi gerektiğini belirtilmiştir. Nihayetinde AYM; PKK'nın gerek ulusal yargı gerekse de uluslararası kuruluşlarca silahlı terör örgütü olarak kabul edildiğini belirterek söz konusu kitaba yönelik alınan el koyma kararının terör örgütünün ulusal ve uluslararası eylemleri ile mücadele edilmesi gayesi ile kamu düzeni, milli güvenlik, kamu kamu güvenliği, suçluların cezalandırılması ve suçların önlenmesine karşı çalışmaların parçası olduğu ve bunun da anayasanın 26/2. Fıkrasında düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve 28/7. fıkrasında düzenlenen basın özgürlüğü kapsamında meşru bir amaca yönelik olduğu neticesine varmıştır.

AYM demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük kriteri açısından ise; demokratik toplum ölçütünün hoşgörü, çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik ekseninde değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Bu sayılan ilkelerin postmodernizmin temel prensiplerinden olduğu yukarıda ifade edilmişti. Demokratik toplumun yapıtaşını oluşturan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve aynı bağlamda basın özgürlüğünün yalnızca lehe olan ya da önem arz etmeyen ve zararsız sayılan fikirler için değil, bunun yanında kamunun veya toplumun bir kısmının aleyhine olabilecek, onları rahatsız eden, onlara çarpıcı gelen düşünceler ve haberler için de uygulandığını vurgulamıştır. Bu nedenlerle öncelikle söz konusu kitap hakkında verilen el koyma ve toplatma kararının gerekçesinde yer alan biçimde terör örgütünün propagandasının yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. AYM, özellikle söz konusu

haklara ilişkin başvurularda ifadelerin bağlamından kopartılarak incelenmesinin hatalı sonuçlara sebebiyet vereceğini vurgulayarak ifadeleri bir bütün olarak değerlendirmiştir. AYM'nin bu değerlendirmelerinde hukuka uygun ve açık görüşlü bir yaklaşım sergilediğini söylemek mümkündür. Bir yargı makamının en önemli vazifesi somut olaya ön yargılardan arınmış bir zihinle yaklaşmasıdır.

AYM, düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir kimsenin kişiliğine bağlı kılınamayacağını pek tabii terör örgütü kurucusu ya da mensubunun da düşüncelerini açıklama ve yayma hürriyetini haiz olduğunu belirterek el koyma kararında kitabın müellifinin statüsü ve kişisel özelliğinin kararın gerekçesini oluşturmasını hatalı bulmuştur.

Yüksek Mahkeme el koyma kararında yer alan ve Türkiye'nin de dahil olduğu başka ülkelerin siyasi sınırlarını içerisine alarak bir bölgenin resmedilmiş olmasının tek başına o bölgenin yer aldığı ülkelere yönelik bir toprak bütünlüğü tehdidi niteliğinde olmadığını tespit etmiştir. Resmedilen bölgenin "Kürdistan" olarak nitelendirilmesi adlandırılarak resmedilmesi ancak kitabın içeriği ile birlikte değerlendirilmeli görüşü vurgulanmıştır.

AYM tarafından bir bütün olarak kitap içeriği değerlendirildiğinde örgütün yıllar içerisinde geçirdiği değişim, dönüşüm ve bunların nedenlerinin bizzat örgütün kurucusu tarafından aktarıldığı, örgütün eylemleri sonucunda ortaya çıkan ekonomik, ideolojik ve sosyolojik değişikliklerin analiz edildiği tespit edilmiştir. Basın özgürlüğü açısından ise Türkiye'nin ve bölgenin güncel toplumsal bir çıkmazına dair muhalif bir bakış açısı ile toplumun bilgi edinme hakkına hizmet edebileceği de değerlendirilmelidir. Kitabın bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun ifadesiyle Kürt sorununun çözüme kavuşturulmasına barışçıl çarelerin tercih edilmesi ekseninde temellendirildiğini tespit etmiştir. AYM'nin yerel mahkemenin yaklaşımından farklı olarak ön yargılardan arınmış vaziyette kitabı bir bütün olarak değerlendirmesi; bütünlüğe tehdit oluşturma ihtimali bulunan konularda müdahaleyi haklı görme davranışını değil hak ve özgürlüklerden yana tutum aldığını gösterir niteliktedir. AYM'nin 1973 yılında Nazilli Sulh Ceza Mahkemesi itiraz davası kararını verirken sahip olduğu baskıcı tutumundan ayrıldığı görülmektedir.

Sonuç itibarı ile koruma tedbiri niteliğindeki el koyma kararına dayanılarak kitapların toplatılması ve bir kısmının hukuka aykırı şekilde imha edilmesi Yüksek mahkemeye göre amaçlanan hedef bağlamında orantısız bulunmuş ve bu yönden demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. AYM'ye göre düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahalenin hukuken kabul edilebilir olması için kanuni olması ve meşru amaç taşıması yeterli olmamış, demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması da sağlaması gereken kriterler arasında yer almıştır. Çünkü gerçek bir demokrasi, toplumu oluşturan tüm

bireylerin seslerini duyurabilme hakkına sahip olmasından geçmektedir. Bu yaklaşımın, çoğunluğu değil çoğulculuğu savunan postmodernizmin demokrasi anlayışı ile paralel olduğu ifade edilebilir.

AYM'nin tehlikeli görülen ifadeler içeren kitaplar karşısındaki tutum değişikliğinin sebebi; gerçekten düşünce özgürlüğüne verilen önemin artması mı, dönemin siyasi atmosferinin etkisi altında kalması mı yoksa hakikat sonrası dönemde bireysel inançlara ve duygusal yönelimlere göre karar alınması tavrı mahkemeye de mi sirayet etmiştir sorusu sorulmalıdır. Zira ilgili kararın verildiği 2014 yılının çözüm sürecinin yasalaştığı tarihle aynı olmasını tesadüf olarak nitelendirmek mümkün görülmemektedir²⁵³. AYM'nin aynı veya benzer bir konuda farklı yaklaşımlar sergilemesini tek bir sebebe dayandırmak doğru olmayacaktır. AYM'nin bu karardaki yaklaşımında hukuktaki postmodernizm etkilerinin yanı sıra siyasi atmosferin de etkili olduğunu ileri sürmek mümkündür.

5.2.1. 1989 Başörtüsü Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 1989/1 Esas, 1989/12 Karar Sayılı, 07.03.1989 tarihli iptal davası kararıdır. Davanın konusu 3511 Sayılı “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 44. Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun”un 2. maddesiyle 2547 Sayılı Yasaya eklenen “Ek Madde 16”nın, Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile, 2., 10., 24., 174. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal istemidir.

İptali istenen yasa kuralı: “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunma zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir”.

AYM, ilk olarak iptali istenen yasa kuralını oluşturan iki cümlelin birbiriyle bağdaşmadığı tespitinde bulunmuştur. Mahkemeye göre kuralın ilk cümlesi zorunluluk, ikinci cümlesi serbestlik içerdiğinden, mahkeme iki cümlelin birbiriyle bağdaşmadığı yönünde bir çıkarıma ulaşmıştır. Oysa dini inançlara karşı önyargı beslemeyen bir zihin; çağdaş kıyafet ve görünümde bulunma zorunluluğu ile dini gerekçelerle boyun ve saçların örtülü olmasının serbest olabileceği düzenlemesinin birbiriyle çelişmeyeceğini rahatlıkla görebilir. İki düzenlemenin çeliştiğini belirtmek, mahkemenin dini inancın gerektirdiği örtünme biçimini çağ dışı bulduğunu açıkça göstermektedir. Temelinde önyargıların bulunduğu, özgürlüklere karşı

²⁵³ 6551 sayılı Terörün Sona Erdirilmesi ve Toplumsal Bütünleşmenin Güçlendirilmesine Dair Kanun 16.07.2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanıp yürürlüğe girmiştir.

mesafeli zihniyet; bu tespiti ile yalnızca fikrini ortaya koymakla kalmamış bu düşüncesinin topluma dayatılmasını da amaçlamıştır. Bu nedenle modernizmin en belirgin hedeflerinden olan toplumu kontrol altına alma dürtüsünün kararda ilk bakışta göze çarpan husus olduğu söylenebilir.

Anayasanın başlangıç bölümü yönünden yapılan incelemede yer alan kesit, kararın modernizm etkisinde şekillendiğini göstermektedir: “...*Kurtuluş Savaşı sonrasında saltanat kaldırılmış, hanedan üyelerinin yurt dışına çıkarılması gerçekleştirilmiş, Cumhuriyetin ilanını izleyen yıllarda da hilafet kurumu ile ‘Şer’iye ve Evkaf Vekaleti’ kaldırılarak devlet, yapısına ve işlevlerine egemen olan teokratik özelliklerden arındırılıp, böylece uygar ve çağdaş devrimler süreci başlatılarak modern Türkiye’nin temeli atılmıştır.*” Yükseköğretim kurumlarında dini gerekçelerle boyun ve saçların örtülmesi hakkını düzenleyen kanun maddesinin anayasaya aykırı olup olmadığının tespiti sırasında modern Türkiye’nin temelinin anlatılması, dini inanç sebebiyle örtünmenin anti-modern addedilmesi değil midir? Bu durum modern ve modernite kavramlarının gereği gibi anlaşılmadığını (ya da anlaşılmak istenmediğini) da göstermektedir. Belki de en büyük problem; Türkiye’de toplum üzerinde etkisi olan bir kısım kurum ve kuruluşun, aydın ve akademisyenin “modern” kavramına yüklediği yanlış anlamdır. Modernitenin Batı ülkelerinde doğmuş ve şekillenmiş olması, bir bütün olarak Batı kültürünün (din, kılık kıyafet vs.) modern olarak algılanmasına sebebiyet vermiş olabilir. Bu noktada; modernite ile modernizm arasındaki farkın detaylıca işlendiği çalışmanın ilk bölümü hatırlanmalıdır. Dinin gereklerinin yerine getirilmesi özgürlüğünü anti-modern bulmak, modern değil modernist bir tutumdur.

Ardından laiklik ilkesi kapsamında inceleme yapılmış, başvuruya konu hükmün laik düzene aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Sınıflarda, kliniklerde, laboratuvarlarda, poliklinik ve koridorlarda birlikte çalışarak bilimin ışığında gerçeğe ulaşmak gayesinde kardeşlikleri gerekli iken onları dini gerekler çerçevesinde ayırmanın, dini mensubiyetlerinin anlaşılacak şekilde işaretlerle belli etmenin beraber çalışmalarını ve yardımlaşmalarını engelleyeceğini bunun çatışmalara sebebiyet vereceğini belirterek dayanaksız ve önyargı dolu tespitlerde bulunulmuştur. Bir insanın benimsediği dinin gerekleri doğrultusunda giyindiğinde çalışma hayatında çatışmaların çıkacağını öngören bu tespit; farklılıklara karşı tahammülünün olmadığını açıkça göstermektedir. Modernist zihniyette farklı inançların, kültürlerin, düşüncelerin barış içinde yaşayabileceği ihtimali yoktur. Bu nedenle farklılıklar, bastırılması gereken bir tehdit olarak algılanır.

Anayasanın 2. maddesi yönünden yapılan incelemede yer alan kesite dikkat çekmek isteriz. Burada iptali istenen hükmün *Dini inanç sebebiyle...* ifadesini içerdiği ve bunun demokratiklik

prensibine aykırı olduğu ulusal egemenlik olgusunun demokratik yapının yapı taşı oluşturduğunu, demokratik dñzenin ise dini gereklilikleri muktedir kılmayı hedefleyen şeriat dñzeninin karşıtı olduğunu belirtmiştir. Demokratik bir devletin ancak laik devlet olarak var olabileceğini, dini gerekliliklerin yasal dñzenlemelerde yer almasının dinsel zorlamalara neden olacağını ve demokrasinin özgñrlñkçñ, hořgñrñcñ ve çoğulcu niteliğini ortadan kaldıracaağını ifade etmiştir. Dava konusu maddede yer alan dñzenleme dini inanç sebebiyle örtñnmenin serbestliğini konu almakta olup, dinsel bir çaba veya zorlama öngörmemektedir. Dini inançların gereğini yaşama özgñrlñđñññ konu edinen bir dñzenlemeyi dinsel gerekleri egemen kılma çabası olarak yorumlamak řñpheci reflekslerin doğurduğu kontrol dñrtñsñne işaret eder. Dinin gereklerini yaşamak isteyen bir bireyin özgñrlñđñññ sağlayacak bir dñzenlemeyi şeriat dñzeni ile bağdaştırmak da kontrol dñrtñsñ ile tutum alındığının göstergesidir. Eğer söz konusu dñzenleme *“Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtñ veya tñrbanla kapatılması zorunludur.”* şeklinde olsaydı mahkemenin bu tespitinin yerinde olabileceğinden söz edilebilirdi. Zira mahkemenin vurgulamış olduğu demokrasinin özgñrlñkçñ, çoğulcu ve hořgñrñcñ niteliği kısıtlamalardan değil serbestliklerden yanadır.

Anayasanın 2. maddesi yönñnden yapılan incelemede yer alan diğer bir kesit ise:

Kanunların dine dayalı ve bağlı olamayacağını, kaynağını yaşamdan ve hukuktan almadığı taktirde hukuk devleti niteliğinin zedeleneceğini belirtmektedir. Devamında ise dine dayalı kanunların bireylerin vicdan özgñrlñđñne aykırı olacağından her bir dinin gereklilikleri için ayrı bir yasa yapma zorunluluğunun ortaya çıkacağını, ulusal devlette ise bu tñr dñzenlemelerin olamayacağını, din kurallarını benimsememiş bireylerin üzerinde baskı aracı olarak kullanılabileceğini, gelişim ve ilerleme doğrultusunda dogmatik ve durağan din kurallarının yerine akla ve bilime dayalı kurallara öncñlñk tanımak gerektiğini belirtmiştir. Bu sebeplerle hñkmñn içeriği aısından hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiği kabul edilmiştir. Mahkemenin bu tespitinde de modernizm etkisi görñlmektedir. Söz konusu dñzenlemenin kaynağının dini sebep teşkil etmesi kabul edilemez karşılanmıştır. Hukuksal dñzenlemelerin dñnya işi olduğu, din işi olmadığı tespitinde bulunulmuştur. Oysa dinin de dñnya yaşamını etkileyen boyutlarının bulunduğu bir gerçektir ve dini hukukun dışında konumlandırmak hukukun temel amacı ile bağdaşmayan bir tavırdır. Kaldı ki söz konusu dñzenleme dinin gereklerine dair bir dayatma içermemektedir.

Anayasanın 10. maddesine aykırılığı konusunda yapılan incelemede mahkeme bařörtñsñne ayrıcalık tanımanın anayasanın eşitlik prensibi ile biçimsel olarak ayrılık yaşadığını, dinsel gerekçelerle başın örtñlmesinde serbestlik tanınması durumunun zorlama ve yönlendirme niteliğinde olduğunu, bireylerin bu tñr zorlama ve yönlendirmelere maruz bırakmanın farklı

dinler bakımından ayrılık yaratacağını tespit etmek suretiyle söz konusu düzenlemenin anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Öncelikle söz konusu düzenleme, kişilere başını örtme zorunluluğu getirmemekte, başını örtmek isteyenlere özgürlük tanımaktadır. Mahkemenin; kişilerin başını örtmesine serbestlik tanınmanın, başını örtmeyecek olanların dinin gereklerini yerine getirmediği için dışlanabileceği, ayıplanabileceği tehlikesi barındırdığına işaret etmişse de bu durumu layığı ile tartışmadığı söylenebilir. Esasında mahkemenin eğilmesi gereken en önemli tartışma; dininin gereklerini yerine getirmek isteyen kişinin özgürlüğü karşısında dininin gereklerini yerine getirmeyen kişinin dışlanma ve ayıplanma ihtimalini nasıl dengeli ve özgürlük esaslı bir şekilde çözüme kavuşturulabileceğidir. Böyle bir çözüm arayışına girmeksizin söz konusu düzenlemenin ayrımcılık yasağına dayanarak anayasaya aykırı bulunması dinin gereklerini yerine getirmek isteyen kişinin özgürlüğüne engel oluşturmaktadır.

Anayasanın 24. maddesine aykırılığı konusunda yapılan incelemede mahkeme; söz konusu yasa hükmünün din özgürlüğü ile bağdaşmadığı tespitinde bulunmuştur. Mahkeme, Yükseköğretim kurumlarında kıyafetlerin dinsel gerekliliklere dayandırılmasının çağa uygun olmadığı ve çağa, ortama ve şartlara uygun şekilde herkesin istediği biçimde giyinebileceğini belirterek dinsel nedenlerle örtünmeyi açıkça çağ dışı olarak nitelendirmiştir. Dini sosyal hayattan apayrı bir yerde konumlandırmak ve her insanın bu yönde yaşaması gerektiğini dikte etmek toplumu kontrol altına alma gayesinin göstergelerindendir ve bu nedenle modernist tutum göze çarpmaktadır.

En büyük görevi özgürlükleri korumak ve güvence altına olmak olan Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 24. maddesi yönünden yapılan incelemede dini inancının gereğini yaşamak isteyen bireylerin yükseköğretim kurumlarında da istediği şekilde giyinme özgürlüğünü güvence altına alması ve bu durumun doğurabileceği ayrımcılık ihtimalinin nasıl önlenebileceğini tartışması gerekirdi. Fikrimizce mahkeme, "Yükseköğretim kurumlarında giysilerin başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. Yükseköğretim kurumlarında boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasına serbestlik tanınması gerekmeyle birlikte, 'dini inanç sebebiyle' ifadesi söz konusu kanun maddesinden çıkarılmalıdır. Dileyen dini inanç sebebiyle, dileyen başka herhangi bir sebeple boynunu ve saçlarını örtü veya türbanla kapatabilir. Giyinme özgürlüğünü dini inanç sebebiyle sınırlandırmak Anayasanın 24. maddesine aykırılık oluşturacaktır." şeklinde bir tespitte bulunsaydı modernist bir şekilde kamunun hayatın her alanını düzenleme yaklaşımından uzak postmodernist bir tutum sergilemiş olduğu söylenebilirdi.

Anayasanın 174. maddesine aykırılığı konusunda yapılan incelemede mahkeme dini gerekliklerin şart koştugu biçimde olsun ya da olmasın, devrim kanunlarına muhalif kıyafetlerin uygun karşılanmayacağını, dini nitelikteki kıyafetlerin laiklik ilkesine daha yoğun bir aykırılık oluşturduğu şeklindeki tespiti ile dinsel gereklerin getirdiği giyinme şekli çağdaşlığa aykırı bulmuş, devrim yasaları ile çelişen giysilerin uygun karşılanamayacağını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımının baskıcı bütüncü siyaset niteliğinde değerlendirilmesi ve modernizme işaret ettiğinin tespiti mümkündür. Devrim yasaları büyük anlatı, mahkemenin bu tespiti ise büyük anlatılarını uygulayabilmek için güttüğü baskıcı bütüncü siyaset örneği olarak görülebilir.

Kamu ya da özel hayatta bireylerin kıyafetleri dini gerekçelere göre kanunla düzenlenemeyecekse de kamu kesiminde kıyafetler hukuki gerekçelere göre düzenlenebilecektir ifadesi ile Mahkeme evveliyatla kamu personeline kılık ve kıyafeti düzenleyen kuralların yalnızca hukuki sebeplere göre düzenleneceğini belirtmiş, dini gereklerin hukuksal gerekler içinde yer alamayacağını vurgulamıştır. Oysa hukukun kaynağı bizzat yaşamdır ve dini gerekleri yaşamın dışında olarak konumlandırmak modern hukukun getirdiği bir yaklaşımdır.

Sınıflara çağdışı kıyafetler ile katılmanın özgürlük ile alakasının bulunmadığı gibi kamu otoritesinin de düzeni tesis edecek kurallar getirmesinin de özgürlük ile bir alakasının bulunmadığını ifadesi ile Yüksek mahkeme dini gereklerin getirdiği giyinme biçimini çağ dışı bulma yaklaşımı bir yana, bu giyinme biçiminin özgürlükle bir ilgisi olmadığını belirterek mahkemenin özgürlüğün içeriğini yine bir ideoloji olan sekülerizm doğrultusunda belirlediğini göstermektedir.

Sonuçta; iptal konusu kural oyçokluğu ile anayasaya aykırı bulunmuştur. Analizler ışığında; mahkemenin aykırı bulma gerekçelerinin modernist yaklaşımlar neticesinde oluşturulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

5.2.2. 2014 Tuğba Arslan Başörtüsü Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 2014/256 Başvuru Numaralı, 25.06.2014 karar tarihli bireysel başvuru kararıdır. Başvurunun konusunu Ankara Barosuna kayıtlı serbest avukatın duruşmaya başörtüsü ile girmesi sebebiyle yargıcın duruşmanın gerçekleştirilemeyeceğini bildirerek duruşmayı bir sonraki celseye tehir etmesinin din ve vicdan hürriyeti, savunma ve mahkemeye erişim hakkı, çalışma hakkı ve ayrımcılık yasağı ihlalini oluşturduğudur.

Adil yargılanma hakkı yönünden; başvurunun kişi açısından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Söz konusu duruşmada avukatın değil temsil ettiği kişinin duruşması ertelendiğinden, başvuru mağdur sıfatı taşımamaktadır. Bireysel başvuruda başvurunun olaydan dolayı değil doğrudan etkilenmesi gerektiğinden AYM'nin kabul edilemezlik kararı yerindedir.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü açısından; bu hak anayasada güvence altına alınmışsa da AİHS ve ek protokollerde yer almadığı halde AYM, başvurunun bu özgürlük hakkındaki şikayetini ayrımcılık yasağı, din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılı bulmuştur.

Bilindiği üzere Yüksek mahkemeye bireysel başvuru şartı olarak kanun yollarının tüketilmesi koşulu bulunmaktadır. Olayda başvuru şeklen kanun yollarını tüketmemiş olsa da AYM bireyin haklarının korunması amacıyla biçimsellikten ırak ve esnek değerlendirmede bulunulması gerektiğini ifade etmiştir. AYM somut olayda ilk derece mahkemesinin ara kararına karşı başvurunun aynı meryiden gözden geçirme talep hakkı bulunsa da yerel mahkemenin konuya yaklaşım tarzını ortaya koymuş olması nedeniyle bu itirazın sonuçsuz kalacağının açık olduğunu belirtmiştir. Bu yaklaşım tarzının modernizmden uzak olduğunu belirtmek gerekmektedir. AYM'nin; hakimın başörtülü katılan avukat ile duruşmanın yapılamayacağına yönelik ara kararına karşı başvurunun gözden geçirme yoluna gitmemiş olmasını kanun yollarını tüketmemek olarak yorumlamaması biçimcilikten uzak hakkın özüne yakındır. Pozitivizmin karşısında, adalet anlayışına hizmet eden bu tutum postmodern bir detay olarak nitelendirilebilir.

AYM din ve vicdan hürriyeti bakımından esas incelemesinde; kamu otoritesinin çoğulcu siyaseti devleti toplumda herkese karşı eşit mesafede durmaya iterken diğer taraftan devletin dinler ya da ideolojiler arasında seçim yapmasına da müsaade etmediğini, çoğulculuğun ise bireylerin kendisi olarak kendi kimlikleri ile siyasal yaşama katılmaları ile gerçekleşebileceğini farklılıkların ve farklıların tanınmadığı ve korunmadığı bir ortamda çoğulculuktan bahsedilemeyeceği devletin her bireyin dünya görüşünde özgürce yaşamasını tesis etmekle mükellef olduğunu belirterek din ve vicdan hürriyetinin çoğulcu bir demokraside önemine dikkat çekerek konuya postmodern hassasiyetle yaklaşmıştır. Devletin herhangi bir dini veya ideolojiyi benimsememesi gerekliliği, bireylerin benimsediği din veya ideolojileri bastırması anlamına gelmemektedir. Aksine toplumdaki her bireyin benimsediği dini veya ideolojiyi (kimseye zarar vermemek şartıyla) özgürce yaşayabilmesi devletin en büyük sorumluluklarındanır.

Dini gerekçelerle başın örtülmesi hakkına mekan ve zamansal olarak tahdit getiren eylemler dolayısıyla müdahalenin mevcut olduğu AYM tarafından tespit edilmiştir. Başvurunun din ve

inanç hürriyetini sınırlandıran bir kanun hükmünün bulunmaması nedeniyle kanunilik şartının sağlanmadığı belirtilmiştir. (Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 20. maddesindeki “başları açık” ibaresinin kanunun amacını aşan bir düzenleme olması nedeniyle kuralın hukuka aykırı olduğu, bu nedenle Danıştay 8. Dairesinin 05.11.2012 tarihli kararıyla söz konusu kuralın yürürlüğünün durdurulduğuna yer verilmiştir.) Kanunilik şartı sağlanmadığından; meşru amaca sahip olma, demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olmama ve ölçülülük gibi kriterlerin değerlendirilmesine gerek görülmemiştir. Özgürlükler karşısında kanuna dayanmayan bir müdahalenin amacı veya orantılı olup olmadığı önem arz etmemektedir.

AYM ayrımcılık yasağı bakımından esas incelemesinde; ilk derece mahkemesi hakiminin bütün avukatların duruşmalara başları açık olarak girmek istediğini fakat duruşmaya başörtüsü ile katılmak isteyen avukata karşı gerçekleştirdiği farklı muamelesini haklı kılacak objektif gerekçeler sunmadığını tespit etmiştir. İlk derece mahkemesi hakiminin gerekçesi türbanın laik düzene karşı dini ve siyasi bir simge olarak kullanılmasıdır. AYM, bu gerekçenin temelini olup olmadığını, toplum menfaati ile hak ve özgürlükler arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını irdelemiştir. Yüksek mahkeme, yerel mahkemenin dayandığı laiklik gerekçesinin somut olaya uygulanabilmesi için başvurunun kullandığı dini simgelerin başkalarının dini inanışlarına müdahale ettiğine ya da saldırgan nitelikte olduğuna dair somut gerekçelerin gösterilmesi gerekmektedir diyerek başvurunun başörtü takmasının engellenmesini haklı kılacak bir neden olmadığı için söz konusu müdahalenin ölçülü olmadığına karar vermiştir.

Sonuçta ilk derece mahkemesinin müdahalesinin ayrımcılık yasağı ile din ve vicdan hürriyeti açısından ihlal teşkil ettiğine karar verilmiştir. Karşımızdaki AYM'nin başörtüsü ile ilgili yukarıdaki 1989 tarihli karara imza atan AYM'den oldukça farklı olduğu söylenebilir. Bu farklılık yaklaşık 25 yıllık bir olgunluk süreci, muhafazakar bir partinin iktidarda olması ve AYM'yi siyasal açıdan etkilemesi, hukukta postmodernizmin görünmeye başlanması gibi sebepler ile açıklanabilir. Çalışmanın eksenı bakımından postmodernizm etkisine yoğunlaşmak yerinde olacaktır. Laiklik kavramının doğru anlaşıldığı bir yerde; başörtüsü laiklik karşısında bir tehdit değil, laikliğin temel düsturu din ve vicdan özgürlüğünün kapsamında serbestçe yaşanması gereken bir husustur. Postmodernizm; yanlış kalıplara, tabulara meydan okumak ve onları sorgulamaktan yana değil midir? Türkiye'de başörtüsü serbestliğinin, kalıplaşmış yanlış laiklik anlayışının sorgulanması sonucunda ve postmodernizm etkisi altında getirildiği ifade edilebilir.

AYM'nin bu kararının postmodern dönemin özelliklerini bütünüyle yansıttığını söylemek mümkündür. Hatırlanacağı üzere postmodernitede insan algısı açısından, görecelilik söz konusu

olduğu için kategorileştirme yapılamaz. Başörtüsü serbestliği; insanların dini hassasiyetlerinin farklılıklarına özgürlük tanımakta, başörtüsü kullanımının mekan ve zaman yönünden yasaklanması ise insanların kendini gerçekleştirme özgürlüğüne engel olmaktadır.

5.3.1. 1965 Türkiye İşçi Partisi İptal Davası Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 1963/173 Esas, 1965/40 Karar Sayılı, 26.09.1965 karar tarihli iptal davasıdır. Davanın konusu; TCK'nın 5844 Sayılı Kanunla değişik 141/1. ve 142/1. maddelerinin anayasaya aykırılığı gerekçesi ile iptali istemidir.

İptali istenen kanun maddelerine yer vermek gerekirse;

“141/1: Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeğe veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmağa veya memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmeye matuf cemiyetleri her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül edenler veya kuranlar veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare edenler veya bu hususlarda yol gösterenler (...) cezalandırılır.

“142/1: Sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak yahut memleket içinde müesses iktisadi veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmek veya devlet siyasi ve hukuki nizamlarını topyekün yok etmek için her ne suretle olursa olsun propaganda yapan kimse (...) cezalandırılır”.

Davacı parti; bahsi geçen 141/1. ve 142/2. maddelerin sadece sınıf tahakkümüne dair çabaları değil anayasa güvencesi altındaki diğer düşünce ve dernek çalışmaları ile sosyalizmi de yasakladığını, bu nedenle anayasaya aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

AYM, kararında kanun maddelerinde geçen sınıf tahakkümünün anayasaya aykırılık gerekçelerini detaylı olarak sıralamıştır. Fakat insan hak ve özgürlüklerine aykırı olan sınıf tahakkümünün anayasaya aykırılığı zaten açıktır. Davacının ileri sürdüğü husus sınıf tahakkümünün yasaklanmasının anayasaya aykırılığı değil, söz konusu maddelerin anayasa güvencesindeki diğer düşünce ve dernek çalışmaları ile sosyalizmi de yasaklaması bakımından anayasaya aykırılığıdır. Ayrıca AYM, 142/1. maddede yer alan eylemin anarşizme yol açtığını belirtmiş, söz konusu maddelerin gerekçelerine yer vererek maddelerin demokratik rejimi demokrasinin temeli ile uyumlu olmayan ideolojilerden korumak amacıyla düzenlendiğini ifade etmiştir. Oysa mahkeme tarafından tartışılması gereken husus; davacının iddiası gereği söz konusu maddelerin düşünce hürriyetine düşürebileceği gölge ihtimalleri olmalıydı. AYM'nin en önemli vazifesi hürriyetlere hukuka aykırı şekilde müdahale teşkil edecek kanunların

anayasaya aykırılığını tespit etmek iken, bu vazifesini görmezden gelerek kanunların konulma gerekçelerini tekrar eden bir organ haline gelmesi düşünülemez.

Davacı söz konusu maddelerde yer alan deyimlerin suç teşkil etmeyen eylemleri de suç kapsamına alacak şekilde muğlak oluşunu belirterek kanunsuz suç olmaz ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştü de, AYM bu eylemlerin niteliklerinin tayin ve teşhisinin mümkün olduğundan bahisle zikredilen ilkeye ters düşmediği sonucuna ulaşmıştır.

Demokratik siyasi hayatın vazgeçilmezi olan siyasi partilerin, sınıf veya zümre diktatörlüğünü savunmamak şartı ile anayasal sınırlar dahilinde özgürce kurulabilmeleri esastır. Söz konusu kanun maddelerinin bu serbestliğe gölge düşürecek nitelikte muğlak olduğu görülmektedir. Bu nedenle kararda AYM'nin hürriyetlerden yana bir yaklaşım sergilemediğini ifade etmek mümkündür. Unutulmamalıdır ki çoğulcu ve açık demokrasinin hakim olabilmesi için hayati önem arz eden siyasi partiler, düşünce ve kanaat özgürlüğünün de en önemli araçlarındandır.

Modernizmin büyük anlatılarını uygulayabilmek için baskıcı bütüncü siyaset güttüğü bilinmektedir. Bu baskının temelinde, yerini muhafaza etme arzusunun ve gelebilecek tehlikelere karşı korkunun yer aldığı söylenebilir. Nitekim AYM'nin de bu kararında liberalist devlet ideolojisi etkisi altında, baskıcı bütüncü siyaset güdümünde yaklaşım sergilediği görülmektedir. Liberal devletin müdahale etmeyen, özgürlük ortamı sağlayan felsefeye sahip olması karşısında baskıcı siyaset gütmesi tezat görünmekteyse de burada kast edilen; liberal ideolojiye karşı tehlike içeren sosyalist oluşumlara baskıcı yaklaşılmasıdır. Liberal ideolojiyi koruma içgüdüğü ile baskıcı tavır sergilenmesi yönünden kararda AYM'nin tutumu modernist olarak nitelendirilebilir.

Ayrıca kararda AYM'nin hukuki yorumlama ve tartışmadan geri durduğu, iptali istenen yasa maddelerinin gerekçelerini sıralamakla yetindiği gözlemlenmiş, hakimin hukuk yorumlamasına imkan tanınmaması açısından modernist hukuka örnek teşkil ettiği tespit edilmiştir. Modernist hukuk sistemlerinde hakim rolü, mevcut hukuk kuralını olaya uygulamaktan ibarettir. Bunun sebebini; modernizmin düşünme biçimi pozitivizmde bulmak mümkündür. Pozitivizmde ölçülemeyen, subjektif veriler yer almadığı için pozitivist hukuk anlayışına göre subjektif nitelikteki yorumlama faaliyetleri hukuk dışında konumlandırılır.

5.3.2. 2019 Mehmet Aksoy İfade Özgürlüğü Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 2014/5433 başvuru numaralı, 11.07.2019 karar tarihli Genel Kurul kararıdır. Başvurunun konusu başvurunun yapmış olduğu heykelin yıktırılması ile ifade hürriyetinin ihlal edilmesi iddiasıdır.

Olaylar özet itibarı ile;

Dünya genelinde bilinen sanatçı olan başvuru, 2005 yılında Kars Belediye Meclisinin kan dökülmemesi ve savaşların bir daha olmaması namına bir insanlık anıtının yapılmasına karar vermesi üzerine imzalanan sözleşme kapsamında yeri ve amacı belirlenmiş olan heykeli yapmış, bu süreçte Kars Belediyesi ile Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu arasında idari uyuşmazlıklar çıkmıştır. Ulusal ve uluslararası basında özellikle Türkiye-Ermenistan ilişkileri bazında heykele ilişkin pek çok siyasi tartışma gündeme gelmiştir. Heykelin yıktırılmaması adına uluslararası sanat dernekleri tarafından mektup gönderilmiş, global bir imza kampanyası başlatılmış, pek çok toplantı ile gösteri yürüyüşü düzenlenmiştir. Heykelin yaptırılmasına karar veren eski Kars Belediye Başkanı anıtın “Ermenistan’daki Soykırım Anıtı’na karşılık” bir iyi niyet nişanesi olarak yaptırılmak istendiğini, yeni belediye başkanı ise heykelin tarihi tabya üzerinde yapılması nedeniyle kaldırılacağını açıklamıştır. Bu süreçte başvurunun yıkıma ilişkin yürütmeyi durdurma davası açmış olduğu mahkeme 07.03.2011 tarihinde yürütmeyi durdurma kararı vermiş, aynı gün Kars Belediyesi “insanlık anıtının kaldırılması işi ihalesini” ilan etmiş, iktidar partisi yöneticisi de heykelin mutlak surette yıktırılacağını belirtmiştir. Bölge İdare Mahkemesinin yürütmeyi durdurma kararını kaldırması üzerine Kars Belediyesi yıkım sürecini başlatmıştır.

AYM öncelikle; başvurunun sahibi olduğu eserin, kamu gücü yetkisini haiz birimlerce yıktırılmış olduğundan ifade hürriyetine yönelik müdahalede bulunduğunu tespit etmiştir. 2863 sayılı Yasa’nın 9. ve 13. maddelerinin kanunilik kıstasını taşıdığı, heykelin yıktırılması kararının kamu düzeni için alınan önlemlerin parçası olduğu için meşru amaç kriterini de sağladığı sonucuna ulaşmıştır. Fakat demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük kıstası bakımından; sanat eserlerinin ifade biçimi olarak kullanılması ifadenin taşıdığı içeriğin daha çarpıcı biçimde toplumda yer almasını sağladığından yola çıkarak devletin bu ifade biçimine ayrı bir koruma ve güvence sağlaması gerektiği ifadesinde bulunan AYM’nin bu yaklaşımı ile bireyin ve özgürlüklerin devlet karşısında ön planda olması gerektiği savunulan postmodern dönemin özelliklerini vurguladığı söylenmelidir.

AYM tarafından; heykelin inşa ve yıktırılma aşamalarındaki tartışmalar ekseninde siyasi yönü olan bir sanat eseri olduğunun kabul edilebileceği tespit edilmiş, sanatsal ifadelerin siyasi

ifade olarak nitelendirildiğinde diğer ifade türlerine nazaran daha fazla güvence sahibi olması gerektiği vurgulanmıştır. Koruma Bölge Kurulunun heykelin yıktırılması gerektiğine dair kararının gerekçesi olan yeni bulguların nelerden ibaret olduğunun belirtilmediği gibi yapılış olan bu heykelin daha önceden orada bulunan tarihi varlıklara ne tür zarar verdiğinin belirtilmediği tespit edilmiştir. İnsan varlığının kültürel mirası haline gelen ve demokratik toplumda ehemmiyet arz eden bir sanat eserinin korunmasında gerekli özenin kamu gücü kullanan organlar tarafından gösterilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Bu kararda AYM'nin konuya yaklaşımının ifade özgürlüğüne hassasiyetle yaklaşılması açısından postmodern çizgide olduğu söylenebilir. Kararın, devletin özgürlük ortamını sağlamak ve mümkün olduğunca müdahalede bulunmamakla yükümlü olduğu postmodern dönemi yansıttığı çıkarımında bulunmak mümkündür.

Ayrıca mevcut siyasi iktidarın da başvuru konusu heykelle ilgili tartışmalara müdahil olmuş olmasının AYM kararında herhangi bir etki meydana getirmedeği anlaşılmaktadır. Yalnızca bu durum dahi AYM'nin bu kararında siyaset etkisi altında kalmayarak bağımsız ve özgürlüklerden yana tavır takındığını gösterir niteliktedir.

5.4.1. 1993 Tufanbeyli Asliye Ceza Mahkemesi İtiraz Davası Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 1993/20 Esas, 1993/17 Karar Sayılı, 20.04.1993 karar tarihli itiraz davasıdır. İtirazın konusu; 765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 2370 Sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değişik 537. maddesinin altıncı fıkrasının Anayasa'nın çeşitli maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemidir.

Sanık hakkında buğulanan okul penceresinin camına eliyle “PKK, HECO, PKK, CİVAN, CİĞERVİN, FREİRE, PKK, HECO CİVAN APO” şeklinde yazı yazarak “Kanunun cürüm saydığı fiili övmek” suçunu işlediği belirtilerek Türk Ceza Yasası'nın 312/1. maddesine göre cezalandırılması için açılan davada sanığa Türk Ceza Yasası'nın 537/3. maddesinin uygulanması olasılığı nedeniyle belirtilen maddenin anayasaya aykırı olduğu kanısıyla Tufanbeyli Asliye Ceza Mahkemesi Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurmuştur.

AYM, itiraz konusu maddeye son şeklini veren Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına, Bazı Maddelerine Yeni Fıkralar Eklenmesine Dair 2370 Sayılı Yasa'nın 7.1.1981 gününde kabul edildiğini belirterek Anayasa'nın geçici 15. maddesine yer vermiş, buna göre anılan yasanın anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. (Geçici madde 15/3; *Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde*

kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların anayasaya aykırılığı iddia edilemez".)

Geçici madde kısaca; 1980 darbesinin gerçekleştiği günden ilk genel seçimlerle toplanacak meclisin Başkanlık Divanının oluşturulmasına kadar geçen zaman zarfında çıkarılan kanunların anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini düzenlemektedir. AYM, anayasaya aykırılığı ileri sürülen yasa maddesinin söz konusu zaman aralığında çıkarılmış olması sebebiyle başvuran mahkemenin yetkisizliğine ve yasa maddesinin davada uygulanacak kural olduğuna karar vermiştir.

Karar oy çokluğu ile verilmiş olup karşıoy yazısında önemli değerlendirmeler yer almaktadır. Başkanvekili Güven Dinçer'in karşıoy yazısından; 1980-1983 yılları arasında ihdas edilen yasaların anayasal denetiminin geçici 15. madde ile engellenmesi Türkiye'yi anayasa ile yönetilen değil anayasada yer alan yasaklayıcı anlayış ile idare edilen bir devlet olmasına neden olacağını, yüksek mahkemenin hak ve özgürlükler yönünden anayasal bir sınırlama olmadan çalışması gerektiğini belirtmiştir.

Bu kararın, anayasal denetimi engelleyecek nitelikte konulmuş geçici maddeyi anayasal haklara üstün tutan yorumu açısından baskıcı siyaset niteliğinde olduğu söylenebilir. Söz konusu geçici maddenin düzenlenme amacının, o dönem çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerinin denetimden uzak tutulması olduğu görülmektedir. Denetimden uzak tutulması açısından pre-modern dönemi anımsatmaktadır. Modernist hukukta hakimın hukuku yorumlaması istenen bir olgu olmadığından anayasal denetimsizliğin modernizm olarak görülmesi de mümkündür. Baskıcı siyasetin getirdiği bir düzenlemenin, hak ve özgürlüklerin koruyucusu olan makam tarafından korunması AYM'nin de dönem dönem baskıcı siyaset güdümü altında kararlara imza attığını gösterir niteliktedir. Modernizmin temel unsurlarından olan baskıcı siyasetin yargı kararlarına sirayet etmesi hukukta modernizmin görünümülerindendir. Bu nedenle seçilen karar AYM'nin modernist yaklaşımla oluşturduğu kararlara örnek teşkil etmektedir.

5.4.2. 2016 OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi İptal Davası Kararı

Şimdiye kadar AYM'nin aynı veya benzer konuda modernist ve postmodernist yaklaşımını içeren kararlarının art arda incelenmesi benimsenmişse de, yukarıdaki kararın konusuna benzer bir konuda AYM'nin halen modernist olduğu gözlemlenmiştir.

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 2016/171 Esas, 2016/164 Karar sayılı 02.11.2016 tarihli iptal davası kararıdır. İptal davası 15.08.2016 tarihli, 670 sayılı OHAL

Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında KHK'nın 10. maddesinin 7., 9. ve 10. fıkralarının anayasaya aykırılığı ileri sürülerek açılmıştır. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen maddelerin içeriği çalışma bakımından önem arz etmemektedir. İncelenecek husus; AYM'nin OHAL KHK'larının anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine karşı yaklaşımındaki tutarsızlıktır. Şöyle ki; AYM bu kararında anayasanın 148. maddesinin 1.fikrasına dayanarak iptal taleplerinin yetkisizlik nedeniyle reddine karar vermiştir. Kararda; 1990/25 Esas 1991/1 Karar sayılı, 1991/6 Esas 1991/20 Karar sayılı, 1992/30 Esas, 1992/36 Karar sayılı, 2003/28 Esas 2003/42 Karar sayılı kararlarında OHAL KHK'sı olarak yapılan düzenlemelerin anayasada belirtilen nitelikte olup olmadığının incelenmek zorunda olduğunun, anayasal nitelikte bir OHAL KHK'sından söz edilemiyorsa yargı denetimine tabi olacağını öngören şekilde bir içtihat sürdürüldüğüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadından vazgeçme gerekçesi; zikredilen yaklaşımın anayasanın 148. maddesinde belirtilen esas ve şekil yönünden denetim yasağını manasız ve kullanılamaz hale getirmesi olmuştur. AYM bu kararında anayasanın 148. maddesini OHAL KHK'larının hiçbir şekilde yargı denetime tabi olamayacağı şeklinde yorumlamıştır.

Oysa OHAL KHK'larının sebebi; olağanüstü haller sebebiyle tehlikeye düşen temel hak ve hürriyetlerin, demokrasinin korunması değil midir? Tartışılmaya değer husus; olağanüstü hallerde çıkarılan KHK'ların anayasal yargı denetimine tabi olmamasının hukuka aykırı olup olmaması değildir. OHAL KHK'ları hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla AYM'de dava açılmayacağı anayasada düzenlenmiş bir husustur. Esas mesele anayasal denetime kapalı OHAL KHK'sının anayasada belirtilen nitelikte bir OHAL KHK'sı olup olmadığının AYM tarafından denetlenip denetlenemeyeceğidir. Bu kararında AYM; zikredilen denetleme işine kalkışmanın anayasal denetim olacağını, bunun OHAL KHK'larının anayasal denetime kapalı olması yönündeki düzenlemeye aykırılık teşkil edeceğini ileri sürmüştür. Oysa AYM'nin bu kararıyla vazgeçmiş olduğu yerleşik içtihatının daha özgürlükçü ve hakları korumaya yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Çünkü idarenin hak ve özgürlükler üzerinde tedbir niteliğinden uzak, keyfi müdahalelerinin önüne geçilmesi ancak AYM'nin bahsedilen bahsedilen denetimi yapması ile mümkündür.

Her ne kadar yakın tarihte AYM'nin modernizmden uzaklaştığı gözlemlense de yine baskıcı siyaset etkisinde kararlara imza attığı söylenebilir. Devlet karşısında zayıf olan bireyin temel hak ve özgürlüklerini idarenin keyfi yaklaşımlarından korumak adına geliştirmiş olduğu içtihadından vazgeçmesi başka nasıl açıklanabilir?

OHAL KHK'lerinin anayasada belirtilen nitelikleri taşıyıp taşıyamaması noktasında anayasal denetimden ayırık tutulması; denetim ve hesap verilebilirlik açısından pre-modern dönemi

hatırlatmaktadır. Pre-modern dönemde yönetimin aldığı kararlara karşı denetim mekanizması ve yöneticinin hesap verme sorumluluğunun yokluğu ile günümüzde yürütme organının kararının denetim mekanizmasından muaf tutulmasının benzer nitelikte olduğu söylenebilir.

Anayasal denetimin kendini inkârı anlamında ise hakikat sonrası dönemi hatıra getirmektedir. İdeal yönetim anlayışının bireysel inançlar ve duygusal yönelimlere göre olduğu hakikat sonrası dönemde yürütme organının olağanüstü hal kapsamına dayanarak fakat olağanüstü halin gerektirmediği bir konuda vereceği kararın denetlenmesi beklenmez. Hakikatler ile yalanların birbirine karıştığı bu dönemde anayasal denetim mekanizmasının da “anayasal denetimi gerçekleştirmek” olan kendi hakikatinden uzaklaştığı söylenebilir.

5.5.1. 2015 Ergün Poyraz İfade Özgürlüğü Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 2013/8503 başvuru numaralı, 27.10.2015 tarihli Genel Kurul kararıdır. Başvurunun konusu, başvurucunun yazdığı kitap sebebiyle tazminat yaptırımına maruz kalmasının ifade ve basın hürriyetinin ihlal edilmesidir. Söz konusu kararın çoğulcu demokrasi ilkesi kapsamında değerlendirilmesinin sebebi, ifade özgürlüğünü sekteye uğratacak bir müdahalenin çoğulcu demokrasiye darbe oluşturacağı gerçeğini gözler önüne sermesidir.

Başvuruya konu olan kitap “Musa’nın Gülü” 2007 yılında yayımlanmış ve kitap içeriğinde o dönem cumhurbaşkanlığına aday olan Abdullah Gül’e dair değerlendirmeler mevcuttur. Abdullah Gül bu kitap içeriğindeki değerlendirmelerden bazılarının gerçeğe aykırı olduğunu, şeref ve itibarını zedelediğini ileri sürerek başvuru hakkında manevi tazminat davası açmıştır. Kanun yolları neticesinde özetle başvurucunun davacıya tazminat ödemesine hükmedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi esas yönünden incelemesinde yerel mahkemece başvurucunun davacıya tazminat ödemesine dair kararının ifade özgürlüğüne müdahalenin varlığı olarak kabul etmiştir. Ardından bu müdahalenin ihlal niteliği taşıyıp taşımadığına dair değerlendirmesinde ise sırasıyla kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük prensipleri ekseninde değerlendirilmiş ve söz konusu müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Kararın özü bu başlık altında yapılan değerlendirmeler sonucunda olduğu için, bu başlık altında yapılan tespitlerden kritik olanlar tarafımızca seçilmiş ve bu tespitlere aşağıda yer verilmiştir:

- *Devlet, bireyin şeref ve haysiyetinin korunması ile ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurması gerekir.*

Somut olayda; bir tarafta dönemin cumhurbaşkanı adayı Abdullah Gül'ün şeref ve haysiyetinin korunması hakkı karşısında söz konusu kitabın yazarının ifade özgürlüğü hakkı çatışmaktadır. Anayasa Mahkemesi çatışan bu iki hak arasında adil bir denge kurma gerekliliğini vurgulamıştır. Başka bir hakkın korunması uğruna ifade özgürlüğünü görmezden gelmemiştir. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin artık ifade özgürlüğünün yokluğunun her şeyi tek renk kılacağına farkında olduğu görülmektedir. Farklı fikirlerin, farklı kimliklerin seslerinin duyulması postmodernizmin hukuktaki amaçlarındandır.

- *İfade özgürlüğü hakkı aynı zamanda eleştiri özgürlüğü anlamına da geldiğinde kullanılan ifadelerin kırıncı ya da sert olabileceği kabul edilmelidir.*

AİHM içtihatlarında sıklıkla dile getirilen, ifade özgürlüğünün yalnızca rahatsız edici olmayan söylemlerin özgürce dile getirilmesini kapsamadığı hususunun artık Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsendiği görülmektedir. Duyulması ve duyurulması istenen farklı sesler yalnızca rahatsız edici olmayan seslerden ibaret değildir. Hukukta postmodernizm etkileri görülmeye başlandığından beri farklılıklara tektipliğin bozulmaması için saklanması gereken unsurlar olarak bakılmamaktadır.

- *Başvuruya konu kitapta Türk siyasetinde önemli bir yeri olan davacının eleştirilmesi ya da bu kişinin hayatındaki bazı kesitlerin aktarılması, analiz edilmesi genel olarak kamu yararını ilgilendirir ve siyasetçilere yönelik eleştirilerin sınırı özel kişilere göre daha geniş yorumlanmalıdır.*

Anayasa Mahkemesi'nin bu tespiti ile Türk siyasetinde önemli rolü olan bir figürün eleştirilmesinde kamu yararının bulunduğuna vurgu yapması, toplumu şekillendiren figürleri eleştiriye açık konumladığını göstermektedir. Bu tutumun modernizme karşı bir duruş olduğunu söylemek mümkündür. Sorgulayıcı ve eleştirel yaklaşımı destekleme postmodernist hukuk öğretisinin en önemli araçlarındandır.

- *Evveliyatla siyasi kişiler hakkında toplumun genelinin katıldığı bir tartışma ortamının tesis edilmesi demokratik bir toplumda önemlidir. Bu sayede haber, eleştiri ve bilgi toplumunda özgürce yayılabilecek ve demokrasinin asıl işlevi yerine getirilebilecektir. Siyasilerde talip oldukları kamu görevlerinin sonucu olarak gerek özel ilişkilerinin gerekse de aile yaşantılarının sürekli olarak takip edilebileceğini öngörmektedirler. Bu bağlamda başvurucunun siyasetin içerisinde olan bir kişi hakkında daha önceden yayınlanmış bilgi ve belgeleri aktarması ve bunlar ekseninde bir analiz yapması çoğulcu demokrasinin bir gereğidir.*

- *Siyasi kişiler hakkında yapılan yorum ve eleştirilerin “caydırıcı etki” yaratacak şekilde cezalandırılması toplum içerisindeki farklı seslerin susturulmasına neden olacağı için çoğulcu toplumun sürdürülmesine engel teşkil edebilir.*

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile çoğulcu ve açık demokrasiden yana bir tutum sergilemiştir. Çoğunlukçu değil çoğulcu bir tartışma ortamının sağlanabilmesi ancak toplumdaki tüm seslerin duyulabilmesi ile mümkün olur. Toplumda aktif rolü olan siyasi bir figüre karşı eleştiri, ağır ve sert dahi olsa çoğulcu demokrasi karşısında katlanılması gereken bir durum olarak karşılanmalıdır. Aksi takdirde kişiliğe saldırı olarak nitelendirilip cezalandırılması demokratik bir toplum için tehdit niteliğinde olacaktır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, ifade hürriyetine aykırı müdahalenin demokratik toplumda zaruri olmadığı kanaatine varmış, başvurucunun ifade hürriyetinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bilindiği üzere postmodernizm çoğulcu demokrasiden yanadır. Bu nedenle söz konusu karar, Anayasa Mahkemesi’nin postmodernist çizgide vermiş olduğu kararlara belirgin bir örnek niteliğindedir.

Kararın dönem olarak; çoğulcu ve açık demokrasinin savunulduğu postmodernitenin özelliklerini yansıttığını söylemek mümkündür. Göreceliliğin ileri sürüldüğü bu dönemde elbette ki fikirler de görecelidir. AYM’nin bu kararıyla bazen rahatsız edici de olsa düşüncelerin dile getirilebildiği bir ortamın tesis edilmesine olanak sağladığı söylenebilir.

Bazen rahatsız edici dahi olsa fikirlerin ifade edilebildiği ortamın tesisine katkı sağladığını belirttiğimiz AYM’nin 2013/6297 başvuru numaralı 10.03.2016 tarihli kararında ise; Osman Sandıkçı başvurusunun, başvuru hakkının kötüye kullanılması nedeniyle reddine ve başvurucunun disiplin para cezası ödemesine karar verdiği görülmüştür. Bireysel başvuruda bulunan kişilerin hak ihlaline maruz kaldığı ve kanun yollarını tüketmesine rağmen sonuca ulaşamadığı gözetildiğinde; haksızlığa uğramanın vermiş olduğu kırgınlık ve kızgınlığın, başvuru sahiplerinin kendilerini ifade ederken rahatsız edici söylemler kullanmasına sebep olabileceği söylenebilir. Bireysel başvuruda başvurucunun rahatsız edici söylemlerinin hakkın kötüye kullanılması olarak kabulü, ifade özgürlüğünü sekteye uğratmaktadır. Bu çarpıcı örnekte AYM’nin rahatsız edici söylemlerin muhatabı olduğunda özgürlükçü tavrını terk ederek postmodernist tutumunda istikrarlı olmadığı görülmektedir.

5.5.2. 2023 1 Mayıs Gösteri Yürüyüşü Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 2017/18826 başvuru numaralı 17.01.2023 karar tarihli Genel Kurul kararıdır. Başvurunun konusu; Halkın Kurtuluş Partisi’nin

1 Mayıs Emek ve Dayanışma Günü'nde ve Taksim Meydanı'nda gerçekleştirmek istediği gösteri yürüyüşüne müdahalenin hukuka aykırı olduğu ve toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma haklarının ihlal edildiği iddiasındadır. Kararın seçilme sebebi yakın tarihte verilmiş olmasına rağmen pre-modern dönemi çağrıştırması açısından çarpıcı bulunmasıdır.

Özetle olaylar; HKP mensuplarından oluşan topluluğun 1 Mayıs günü Taksim Meydanı'na yürüyüş düzenleyerek ve kutlama yapma amacıyla İstanbul Beşiktaş Barbaros Bulvarı'nda toplanmasının ardından Taksim Maydanı'na geçtikleri esnada polis tarafından durdurulması ve polis tutanağında yer alan bilgiye göre dirençleri kırılacak ölçüde zor kullanılarak müdahale edilmesi ve topluluktan bir kısmı hakkında yakalama işlemi gerçekleştirilmesidir. Başvurucu partiye göre ise biber gazı orantısız biçimde kullanılmış, İşçi Bayramı için tarihsel ve sosyal öneme sahip Taksim Meydanı'nda toplantı hakları keyfi şekilde engellenmiştir.

AYM öncelikle başvurunun düzenlemek istediği toplantının polis tarafından engellenmesi neticesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahalenin varlığını tespit etmiş, ardından müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı noktasında kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterlerini irdelenmiştir. Bu kriterler açısından; müdahalenin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na dayanılarak yapıldığından bahisle kanunilik şartını sağladığına karar vermiştir. Müdahalenin kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerden olmasından bahisle meşru amaç taşıdığını tespit etmiştir. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriteri açısından ise; toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının çoğulcu demokrasilerin gelişiminde zaruri olan farklı fikirlerin ortaya çıkması korunması ve yayılmasını güvence altına aldığını, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılacağı mekan seçme serbestisinin hakkın unsurlarından olduğunu belirtmişse de kamu düzeni için devletin bu mekanı yasaklama veya alternatif mekan sunma yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. AYM bu noktada bireysel yarar ile çatışan kamu yararı arasında göz önüne alınması zaruri olan dengenin kurulup kurulmadığını gözetmekle yükümlü olduğunu hatırlatmış, idarenin somut olayda alternatif mekan göstermiş olmasından bahisle başvuru konusu olayda müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve orantılı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Başvuru konusu olayda; demokratik bir toplumda hayati önem arz eden toplantı ve gösteri yürüyüşüne karşı yapılan müdahalenin ölçülü olarak nitelendirilebilmesi için, idarenin yasaklayıcı tutumunun gerekçesinin AYM tarafından irdelenmesi gerekmektedir. Başkan Zühtü Arslan'ın karşıoy gerekçesi de; başvurunun gösteri yürüyüşü istemi sonucunda meydana gelebilecek somut, açık ve yakın tehlikeyi kamu makamlarının ortaya koyamamış olmasına dayanmaktadır.

İster özel kişi olsun ister tüzel kişi, bireylerin devlet karşısında korunması esasına dayanmayan bir yorum şekli AYM'nin taşıması gereken vazife ile bağdaşmamaktadır. Kamu otoritelerinin keyfi hareket etmesinin kabul edilemeyecek bir durum olması karşısında bu kararın, AYM'nin halen her durumda özgürlükler ve haklardan yana tutum sergilemediğini gösterdiğini ileri sürmek mümkündür. Siyasi iktidarın kendi çekincelerine dayanan müdahaleleri, bireyin hak ve özgürlüklerini kısıtlama noktasında haklı neden olarak görülmemelidir. Kamu düzeni ve kamu yararı gibi kavramlar siyasi iktidarın keyfi hareket etmesini sağlayan perde niteliğinde olmayıp, içerikleri AYM tarafından denetlenmelidir. Bireyin hak ve özgürlükleri yerine kamu otoritelerinin keyfi hareketine imkan tanıyan bir yaklaşımın postmodernist olmadığını söylemek mümkündür.

5.6.1. 2022 Ayşe Tezel ve Diğerleri Ayrımcılık Yasağı Kararı

İncelenmek üzere seçilen karar Anayasa Mahkemesi'nin 2018/14186 başvuru numaralı 20.10.2022 karar tarihli Genel Kurul kararıdır. Başvurucu Ayşe Tezel ve diğerleri, mazbut vakfin galle fazlasından²⁵⁴ vakfedenin kadın alt soylarının yararlanamaması nedeniyle mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin başvuruda bulunmuştur. Karar, AYM tarafından bugünün sosyal gerçekliğinin gözetilerek hukukun sosyal gerçekliğe uyumlu hale getirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bilindiği üzere hukukun sosyal gerçekliğe uydurulması postmodernizmin hukuktaki görünümlerindendir. Seçilen kararda AYM'nin postmodernist tutumu göze çarpmaktadır.

Olayları özetlemek gerekirse; Ayşe Tezel, Hatice Demir ve Elif Kanak isimli başvuruda bulunanlar müteveffa Z.Y.'nin murisleri olarak 18.11.1722 tarihli vakfiye ile teşekkül eden “*El-Hac Ebubekir ve İbrahim Beşe bin Topal Mehmet Ağa Vakfı*”nın vakfedeninin alt soylarıdır. Vakfin şartnamesine göre vâkıfın ölümünden sonra kuşak sıralaması üzerine erkek evlatlar eşit olarak tasarruf hakkına sahip olacak, erkek çocuklar bulunmaz ise veraset üzerine kız çocuklar mutasarrıf olacaktır. Başvurucuların murisi galle fazlasından yararlanma hakkı bulunan murisi olduğunun tespiti amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğüne karşı dava açmışsa da mahkeme, vakfin vakfiyesine atıfla vakfedenin erkek çocuğunun bulunduğu kız çocukların bu nedenle galle fazlasından faydalanmasına imkan olmadığı gerekçesi ile ret kararı verilmiştir.

AYM; öncelikle olaydaki asıl sorunun miras hukukuna değil vakfin galle fazlasının dağıtım şeklinin anayasayı ihlal edip etmediği olduğunu vurgulamıştır. Yerel mahkemenin cinsiyet

²⁵⁴ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu 3. maddesine göre galle fazlası: Mazbut ve mülhak vakıflarda, vakfin hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifasından sonra kalan miktar.

temelinde farklı muameleye sebep olduğunu fakat bunu vakfeden iradesine saygı ve hukuk güvenliği adına gerçekleştirdiğini tespit etmiştir. AYM'ye göre farklı muamele haklı sebep teşkil etse de farklı muamele ile hedeflenen amaç arasındaki orantılılık irdelenmiş ve orantılılık kriterinin sağlanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

AYM; “Cinsiyete dayalı ayrımcılığın gerek ulusal gerekse de uluslararası hukuk nezdinde yasaklandığını ve kamunun görevinin cinsiyete dayalı farklı muameleleri önlenmesi olduğunu bu nedenle cinsiyete dayalı farklı muamele sonucunda kişilerin mülkiyet hakkı ile vakfedenin iradesinin arasında başvurucular lehine adil bir denge bulunmadığını tespit ederek günümüzde cinsiyet temelli ayrımlara nasıl bakıldığına yer vererek konunun önemini vurgulamıştır.

Somut olayda söz konusu olan farklı muamelenin haklı sebebe dayandığı noktasında yerel mahkeme ve Anayasa Mahkemesi hemfikirdir. Çünkü vakfın şartnamesine göre vakfedenin erkek evlatları mevcut iken kız evlatların galle fazlasından yararlanması mümkün değildir. Vakfın kuruluş tarihi göz önüne alındığında vakfın şartnamesi yerine günümüz hukukunun uygulanmasının hukuk güvenliği ile vâkıfın iradesine saygı ilkesinin zedeleneyeceği görülmektedir. Fakat AYM'nin yerel mahkemeden ayrılan yaklaşımı; farklı muamelenin haklı sebebe dayanmasını kabul etmesine rağmen farklı muamele ile hedeflenen amaç arasındaki orantılılığı irdeleme gereksinimi duymasıdır. Nitekim bu irdeleme sonucunda orantılılık kriterinin sağlanmadığı gerekçesiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AYM'nin bu yaklaşımında hukukun sosyal gerçekliğe uydurulması belirgindir. Cinsiyete dayalı ayrıma; vakfın kuruluş tarihinde farklı yaklaşılrken, günümüzde çok daha farklı yaklaşılmaktadır. Vakfın şartnamesi oluşturulurken erkek evlatlar ile kız evlatların yükümlülükleri farklı olduğu için galle fazlasından yararlandırma noktasında yapılan ayrımın mantıklı bir sebebi olduğundan söz etmek mümkündür. Vâkıfın iradesini belirleyen etmenler zamanın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Salt vâkıfın iradesi ile hukuk güvenliğinin zedelenmemesi adına galle fazlasından yararlandırma işleminin vakfın şartnamesine göre ayarlanması günümüz gerçekliğine göz yummak olarak değerlendirilebilir. Bir yargı organının, yorum faaliyetine ve somut olayın özelliklerine gözlerini kapatarak yasaları olduğu gibi uygulamasının modernist bir tavır olduğu açıktır. Yeri geldiğinde hukukun sosyal gerçekliğe uydurulması ise postmodernizmin hukuktaki en önemli görünümülerindendir.

AYM'nin bu kararının postmodern dönemin özelliklerini yansıttığını ifade etmek mümkündür. Bilindiği üzere göreceliliğin ileri sürüldüğü postmodernitede insan kategorileştirilemez. AYM'nin insana ırk, cinsiyet, sınıf gibi kategorilerin uygulanamaması ilkesine örnek teşkil edecek bir karara imza attığı söylenebilir.

5.6.2. 2022 Aytaç Durak Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı; 2019/30514 başvuru numaralı, 02.02.2022 karar tarihli bireysel başvuru kararıdır. Kararın konusunu; Adana Büyükşehir Belediye Başkanı Aytaç Durak'ın görevi sırasında hakkında uygulanan görevden uzaklaştırma tedbirinin iki ay daha uzatılmasına dair işlemin iptali talebine ilişkin görülen yargılama sürecinde görev yapmasının engellendiğinden bahisle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile yargılamanın uzunluğu sebebiyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları oluşturmaktadır.

Çalışma bakımından önem arz eden iddia siyasi faaliyette bulunma ve seçilme hakkının ihlal edilmesidir. Yüksek mahkeme, başvurucunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine dair savı hakkında konu bakımından yetkisizlik sebebiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Buna dair gerekçesi ise; somut başvurunun belediye başkanı seçilme hakkına ilişkin olması, bu hakkın anayasada güvence altına alınmışsa da AİHS kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında bulunmasıdır. AİHS kapsamındaki hak yasama organının seçimiyle ilgili olduğundan, yerel seçim ve sonrasına dair hak ihlali iddiaların AİHS çerçevesinde bir hak olarak ihdas edilmediğinden konu bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

Öncelikle belediye başkanının görevden uzaklaştırılmasının, yerel yönetimlerin bölgesindeki halk iradesini sekteye uğrattığı göz ardı edilemeyecek bir gerçektir. Seçilmiş bir organ olan belediye başkanının merkezi idare tarafından görevden uzaklaştırılmasının postmodern hukukta demokratik bir yöntem olarak görülmeyeceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bilindiği gibi göreceliliği temel düstur edinmiş postmodernizmde her şey zamana ve mekâna göre değerlendirilmelidir. Bu nedenle yerellik ve özerklik kavramlarına büyük önem atfedilir. Yerel yönetimlerde seçilen organın siyasi faaliyette bulunma hakkını ihlal edecek şekilde görevinden uzaklaştırılması postmodern bilince sahip bir yargı organı tarafından ele alındığında ehemmiyetle değerlendirilmesi gereken bir olgu iken, AYM bu yönlerden irdeleme yapmamış çünkü işin esasına dahi girmemiştir. Elbette esasa girmemesinin yasal sebebi bulunmaktadır. Konu bakımından kabul edilemezlik... Fakat bu husus da bir başka açıdan modernisttir. Şöyle ki;

AYM'nin bireysel başvuru kapsamına almış olduğu hakların hem AİHS hem de anayasada yer alan haklardan olduğu sabittir. Fakat somut olayda yasal düzenlemeler hakkaniyetsiz bir sonuç doğurduğundan yasal düzenlemeyi olduğu gibi uygulamanın pozitivist bir yaklaşım olduğu ileri sürülebilir. Nitekim AYM'nin bireysel başvuru yolunda anayasada yer alan tüm

hakları kapsamına alması gerekliliği doktrinde ifade edilmektedir²⁵⁵. Bir hakkın yalnızca anayasada yer alıp AİHS’de özel olarak koruma altında değilse ihlale açık kalması kabul edilemez. AYM’nin hakkın özünü gözeterek benzer değeri koruyan belediye başkanı seçilme hakkını AİHS’de yer alması dahi incelemeye alması gerekmektedir. Bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir hak ihlali iddiasını o hakkın AİHS’de yer almaması nedeniyle incelememesi modernist bir tutum olarak değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak; AYM’nin (her ne kadar yakın tarihlerde postmodern kararlara imza atsa da) bu konuda halen hem yerellik prensibine gereken önem vermemesi yönüyle hem de pozitivist hareket etmesi yönüyle modernist tavrını koruduğu gözlemlenmiştir. Bu gözlem; AYM’nin asli mizacının modernist olduğu yönünde düşünmeye sevk etmektedir. Pozitivizmin terk edilmemesi, yerellik prensibine gereken önemin verilmemesi postmodernizmin temel söylemine tezat oluşturmaktadır. Eğer zamansal olarak doğal akışı takip eden bir eğilimden söz edilebilseydi, hukukumuzda postmodernist hareketler görülmeye başlandıktan sonra AYM’nin bu konuya yaklaşımının modernist olmayacağından söz edilebilirdi. Fakat postmodern etkilerin AYM’de görülmeye başlanmasından sonra verilen bu karar; postmodernizmin benimsenmediğini, yalnızca bazı hususlarda ve bazen kabul gören ikincil bir yaklaşım olarak görüldüğünü göstermektedir.

Bu kararın; pozitivist yaklaşımlarla hakikatin üzerini örtme yönü açısından dönemsel olarak hakikat sonrası dönem özelliklerini taşıdığı söylenebilir. Başvurucunun ihlal edildiğini ileri sürdüğü hakkının sırf AİHS ve anayasa kapsamında yer alan haklardan olmadığı için ihlal edilmesine göz yummak hakikatin görmezden gelinmesi anlamındadır.

5.7.1. 2022 Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Başvurusu

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı 2014/15345 başvuru numaralı, 07.04.2022 karar tarihli Genel Kurul kararıdır. Öğrencinin muafiyet talep ettiği Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muaf tutulmaması sebebiyle ailesinin dini inancına saygı gösterilme hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren başvuruda birinci başvuru baba Hüseyin El, diğer başvuru ise kızı Nazlı Şirin El olup kararda da çalışmada da başvuru ibaresi ile birinci başvuru kast edilmektedir.

Başvuru konusu olayın özetini; başvuruçunun ilköğretim 4. sınıf öğrencisi çocuğunun muafiyetini talep ettiği Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden, okul müdürlüğünce muaf

²⁵⁵ Çatlı, *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, 111.

tutulmaması ve başvuruçunun kızı adına velayeten idare mahkemesinde yürütmenin durdurulması talebiyle dava açması, davanın ise idare mahkemesi tarafından kabul edilmesi fakat Danıştay aşamasında bozulması oluşturur.

AYM, DKAB dersine dair hususların uzun süren tartışmalara konu olması nedeniyle kamuoyu ve kamu tarafından olgunun kavranabilmesi amacıyla ülkedeki ilk ve ortaokul döneminde öğretilen din kültürü derslerinin tarihsel sürecine ayrıntılı olarak yer vermiştir. AİHM'in *Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye* ve *Mansur Yalçın ve diğerleri/Türkiye* kararlarına ayrıntılı olarak yer verilmiştir. AİHM'in *Mansur Yalçın ve diğerleri/Türkiye* kararındaki “*Türk eğitim sisteminin ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesi için uygun yöntemlerle donatılmadığı*” tespiti hatırlatılmıştır.

AYM'nin esas incelemesinde kararına yön veren anahtar unsurun, dinin kültürel olarak öğretilmesi ile dinin öğretilmesi arasındaki ayrım olduğu söylenebilir. Anayasada yüksek öğrenim öncesi eğitim kurumlarında mecburi olarak öğretilen dersin din kültürü ve ahlak öğretilimine dayalı olduğu, bu amacı aşan derslerin din kültürü öğretimi niteliğinde olmayıp din eğitimi ve öğretimi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Yine bu ayrım sonucunda dinin kültürel olarak öğrenilmesini aşacak mahiyette küçüklere yönelik din öğretiminin sadece küçüğün kanuni temsilcisinin talebine binaen olabileceği anayasamızın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında hüküm altına alındığı belirtilmiştir. Kısacası AYM'nin anayasanın 24. maddesinin dördüncü fıkrası yorumuna göre zorunlu din kültürü öğretimi yönünden öğrenciye muafiyet hakkı tanınmaması anayasal açıdan hak ihlaline neden olmayacak iken, bu kapsamda olmayan dinin öğretimi mecburi olmayacak ve ancak isteğe bağlı olarak verilebilecektir. Bu nedenle AYM somut olayda esas meselenin başvuruçunun din öğretimi dersinden muaf olma talebinin reddedilerek bu dersi öğrenmek zorunda kaldığı bu surette anayasaya göre mecburi olması öngörülen din kültürü öğretiminin sınırlarının ötesinde yalnızca talebe binaen öğretilmesi mümkün olan dinin öğretimi niteliğinde olup olmadığını belirlemek olduğunu tespit etmiştir.

Sonuç olarak da DKAB dersi müfredatı incelemelerinde sadece İslamiyet'e ait dini vecibelerin öğretildiği, eğitim müfredatının öğretimin ötesine geçerek eğitim niteliğinde olduğu tespit edilerek ebeveynlerin eğitim ve öğretimde dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Karar sonuç itibarı ile postmodern etkiler taşıdığını düşündürse de arka planda AYM'nin modernist yaklaşımı hissedilmektedir. Her ne kadar ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesi hakkının gözetilmesi; özellikle azınlıkta kalan inanç sahibi ebeveynlerin, ötekinin, farklının inancına saygı hususu postmodernizmi hatıra getirirse de bu kararın temelinde

modernist kaygıların bulunduğu ileri sürülebilir. Çünkü AYM'nin kararının büyük ölçüde AİHM'in anılan iki kararında yapmış olduğu tespitlere dayandığını söylemek mümkündür. AİHM'in ülkemizdeki DKAB dersi hususundaki görüş ve yaklaşımlarının bu kararın oluşumunda temel etken olduğu açıkça görülmektedir. AİHM'i üst mercii olarak gören bu bakış açısının, Batı hukukunun üstün olduğuna dair sarsılmaz bir inanç ve onu bir otorite olarak görme eğilimine dayanmakta olduğu söylenebilir.

5.7.2. 2022 Kaos GL Derneği Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı Kararı

İncelenmek üzere seçilen Anayasa Mahkemesi kararı 2016/11193 başvuru numaralı, 20.10.2022 karar tarihli Genel Kurul kararıdır. Başvurunun konusunu düzenlenmek talep edilen gösteri yürüyüşüne izin verilmemesi neticesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edildiği iddiası oluşturmaktadır. Başvurucu, sadece cinsel yönelim ve cinsel kimliğin dikkate alınarak yürüyüşe izin verilmemesi nedeniyle ayrımcılık yasağının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Özetle olaylar; 1994'te Ankara'da kurulup 2005'ten itibaren Ankara Valiliği İl Dernekler Müdürlüğüne kayıtlı olan Kaos Gey ve Lezbiyen Araştırma ve Dayanışma Derneği; 17.05.1990 tarihinde eş cinselliğin Dünya Sağlık Örgütü tarafından hastalık listesinden çıkarılmasının 2004'ten beri Homofobi ve Transfobi Karşıtı Günü olarak kutlandığını belirtmiş, anılan gün kapsamında düzenledikleri programın son günü olan 22.05.2016 tarihinde Kurtuluş Kavşağı ile Kolej Kavşağı arasında homofobi karşıtı bir yürüyüş gerçekleştirmeyi planlamıştır. Dernek tarafından Ankara Valiliğine bildirimde bulunulması üzerine Valilik, Ankara İl Emniyet Müdürlüğünden görüş istemiştir. Müdürlük, planlanan yürüyüşün genel ahlakın korunması, suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması amacıyla yasaklanmasının uygun olacağına dair görüş bildirmiştir. Valilik bu görüş doğrultusunda planlanan gösteri yürüyüşünün düzenlenmesinin uygun olmadığına karar vermiş, Dernek ise yürütmeyi durdurma talepli iptal davası açmıştır. Derece mahkemesi yürütmenin durdurulmasına karar vermişse de Valiliğin itirazı üzerine Bölge İdare Mahkemesi yürütmenin durdurulması kararının kaldırılmasına karar vermiştir. İlk derece mahkemesi başvurusunun iptal davasının reddine karar vermiş, başvurusunun istinaf başvurusu neticesi de red ile sonuçlanmıştır.

AYM değerlendirmesinde başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve esas yönünden incelemesine geçmiştir. Müdahalenin olduğunu kabul ederek herhangi bir hak ihlalinin bulunup bulunmadığı noktasında kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriterlerini irdelemiştir. Müdahalenin 2911 sayılı Kanun'un 17. maddesi kapsamında

gerçekleştirildiğinden kanunilik kriterinin sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu yürüyüş hakkında verilen yasaklama kararının anayasanın 34/2. fıkrasında düzenlenen sebeplerden suç işlenmesinin önlenmesine ve kamu düzeninin korunmasına yönelik olduğundan meşru amaç kriterinin sağlandığı sonucuna ulaşılmıştır. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriteri açısından yapılan değerlendirmelerde ise; demokratik bir toplumda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının önemine değinilmiş, müdahalenin mecburi bir toplumsal ihtiyacı karşılamaması durumunda demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceğinin altı çizilmiştir. Toplumun büyük bir kısmı tarafından gösterilebilecek bir tepkinin bu hakkın ortadan kaldırılması için haklı neden oluşturamayacağı vurgulanarak devletin bu durumlarda üstüne düşen yükümlülüklerinin bulunduğu hatırlatılmıştır. Bununla birlikte; müdahalenin gerçekleştirildiği tarihteki şartlar göz önüne alınarak söz konusu toplantı ve yürüyüşün yapılmak istendiği tarihte kalabalık kamusal alanlara dair olağanüstü bir tehlikenin bulunduğuna da dikkat çekilmiştir. İdarenin cinsel yönelime dayanan ayrımcılık güdüsü ile değil terör tehlikesine karşı önlem niteliğinde hareket ettiği, müdahalenin mecburi toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve orantılı olduğu neticesine varmıştır.

Bilinmektedir ki çoğulcu ve açık demokrasilerin gelişiminde önem arz eden toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı yalnızca toplum tarafından kabul görmüş düşüncelerin açığa çıkarılmasını güvence altına almaz. Postmodern dönemde toplum tarafından benimsenmeyen, hatta abes karşılanan düşüncelerin ortaya çıkmasının özel olarak güvence altına alınması gerektiği söylenebilir. Bu husus farklının ve ötekinin sesinin duyurulabilmesi bakımından önemlidir. AYM her ne kadar başvuru derneğinin temsil ettiği cinsel yönelimlerin söz konusu müdahalede etkili olmadığı ve idarenin terör tehlikesinden bahisle bu müdahaleyi gerçekleştirdiği sonucuna ulaşmışsa da, müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu ve gerekli olduğu sonucuna ulaşılabilmesi için o tarihte yürüyüşün gerçekleştirilmesi durumunda muhtemel tehlikenin idare tarafından somut bir biçimde ortaya konulup konulmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Bu irdelemeye yeterince ehemmiyet verilmemesi, AYM'nin tutumunun postmodern olarak nitelendirilemeyeceğini göstermektedir. Fakat bununla birlikte başvuruçunun Türkiye'de tüzel kişilik kazanan ilk LGBT derneği olması özellik arz etmektedir. Dernek tüzüğüne göre kadın eş cinseller ile erkek eş cinsellerin eş cinsel varoluşlarını gerçekleştirmelerine destek olmak, toplumu eş cinselliğin bir yönelim olduğu; ahlaksızlık, hastalık, suç gibi toplum tarafından kabul edilmeyen değerler olmadığından hareketle eş cinsellik ve eş cinsellere dair aydınlatıcı faaliyetlerde bulunmak derneğin amaçlarındandır. Kadın ve erkek cinsiyetleri arasındaki ayrımı silikleştirmeye yönelik çalışmaların cinsiyet

hakikatini önemsizleştirdiğinden bahisle AYM'nin *post-truth*'a karşı bir duruş geliştirmiş olabileceği ihtimaller arasındadır. AYM'nin bu yaklaşımını hakikatlerin muhafazasına yönelik yorumlamak mümkündür.

5.8.1. 2011 Evlilikte Kadının Soyadına İlişkin Kararı

Fatih 2. Aile Mahkemesi, Ankara 8. Aile Mahkemesi ve Kadıköy 1. Aile Mahkemesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde düzenlenen ve kadının evlenme ile erkeğin soyadını alacağına ilişkin hükmün anayasaya aykırı olduğu savıyla itiraz yoluna başvurmuştur.

AYM esas incelemesinde başvurular tarafından davaya konu hüküm ile kadının erkeğin soy ismini almaya zorlandığı evlenmeden önceki soy ismini ise tek başına kullanmasına yasal olarak imkan bulunmadığı bunun ise evlilik birliği içerisindeki eşitlik prensibine muhalif olduğu ileri sürülmüştür. Hukukumuzda aile ismi yerine geçen soy isminin; kişinin kimliğini tespiti ile birlikte, kişinin soyunu ve ailesini belirleme işlevinin de bulunduğunu, söz konusu kuralın başta ailenin bağlarının kuvvetlendirilmesi ve ailenin birliğinin sağlanması da dahil nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ve resmi evraklarda karışıklığın önüne geçilmesi gibi nedenlerle kabul edildiğini hatırlatmıştır.

Ailenin toplumdaki algılanışının ve etkinliğinin her bir toplum yönünden değiştiğine dikkat çeken AYM, soy isminin aile birliğini temsilini Türk toplumuna göre değerlendirmiştir. Bu yaklaşımın postmodernist olduğu söylenebilir. Şüphesiz ki kültürel görecelilik hususu toplumların aile anlayışları için de geçerlidir. İtiraz konusu kuralın Batı toplumlarında bulunmaması ihtimali varsayımında, Batı hukukunun gelişmiş olduğunun ileri sürülerek hukukumuzda da bu kuralın kaldırılması girişimi modernist bir yaklaşım olacaktır. Bu nedenle AYM'nin durumu Türk toplumu özelinde değerlendirme çabası dikkate şayandır.

AYM yasakoyucunun aile soyadı hususundaki takdir hakkını kamu düzeni ve kamu yararı gözetilerek bazı zorunluluklar sebebiyle evlilik birliği içerisindeki taraflardan birine öncelik gösterecek şekilde kullanmasının hukuk devleti çerçevesinde değerlendirilebileceği nitekim yasa hükmünde kadının başvurması halinde önceki soyismini kocasının soyisminin önüne eklemek suretiyle kullanabileceği belirtildiğinden kamu yararı ile kişilik hakkı arasında adil bir dengenin kurulmasının sağlandığı sonucuna ulaşmıştır.

5.8.2. 2023 Evlilikte Kadının Soyadına İlişkin Kararı

İstanbul 8. Aile Mahkemesi, yukarıdaki karardaki gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz yoluna başvurmuştur.

Başvurucunun evlenmeden evvelki soyismini tek başına kullanmak istemesine ilişkin olduğundan AYM itiraz konusu yasanın ilk cümlesinin esas yönünden incelenmesine karar vermiştir. Söz konusu yasaya göre kadının evlendikten sonra evlenmeden önceki soyadını kullanabilmesi ancak talebe istinaden ve ancak soyismini kocasının soyismi ile birlikte kullanabilmesine bağlanmıştır. Kadının evlendikten sonra evlilikten önceki soyismini tek başına kullanması mümkün değildir.

Karara göre itirazın gerekçesinde kadının soyisinin onun kişiliğinin ve kimliğinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğu ve erkeğin soyismini hayatı boyunca kullanabilmesi imkanı karşısında kadının aynı haktan mahrum olmasının eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığıdır.

AYM, eşitlik ilkesi açısından yapılacak denetimde öncelikle aynı veya benzer durumda olan kişilere farklı muamelenin mevcudiyetinin tespiti, ardından farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçesinin olup olmadığı ve böyle bir gerekçe mevcutsa farklı muamelenin ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede ilk olarak erkeğin soyismini hayatı boyunca kullanabilmesi imkanı karşısında kadının böyle bir hakka sahip olmaması cinsiyet temelinde farklı muamele olarak nitelenmiştir. Farklı muamelenin objektif ve makul bir gerekçesinin olup olmadığının irdelenmesinde ise 2011 yılında vermiş olduğu kararda öngörülen kamu yararı gerekçesi sorgulanmıştır. Soyadının nüfus kayıtlarında karışıklığın önlenmesi ve soy bağının tespiti gibi hususlara hizmet etmesi açısından kamu yararı taşıdığı fakat günümüzde her vatandaşın T.C. kimlik numarasına sahip olması ve nüfus hizmetlerinde kullanılan bilişim teknolojileri karşısında artık bu durumun kamu yararı açısından farklı muamelenin makul gerekçesi olamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. AYM, eşlerin ortak bir soyadına sahip olmasının aile birliği açısından önemine değinmiş, fakat bunun tek seçeneğinin kadının kocasının soyadını taşıması olmadığını belirtmiştir. Eşlerin evlenmeden önceki soyadlarının birleşiminden oluşan soyadı ya da farklı bir adın aile soyadı olarak belirlenmesinin farklı seçenekler olduğunu ifade etmiştir. Fakat öngörülen bu seçeneklerin doğurabileceği problemlerin AYM tarafından gözetilmediğini söylemek mümkündür. Farklı bir adın aile soyadı olarak belirlenmesi ihtimali, eşlerin kendi aileleri ile arasındaki aile bağlarını zayıflatabilecektir. Eşlerin yeni bir aile soyadı belirlemesinin eşlerin gelmiş oldukları ailelerden bağımsız bir aile kurulduğu algısını uyandırdığı söylenebilir.

Sonuçta AYM anılan farklı muamelenin makul bir nedeni bulunmadığı, bu yönüyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Kararda, kadın-erkek eşitliğinin gerçekleştirilmesi için yasal düzenlemelerde yaşanan değişikliklere yer verilerek hukukun toplumdaki yeni ihtiyaçlar ve şartlar doğrultusunda değişmesi gerektiğinin vurgulandığı gözlemlenmiştir. Bu yönüyle; hukuka durağan değil aktif bir mekanizma olarak yaklaşılmasının postmodernist bakış açısını hatırlattığı söylenebilir.

Yalnız Türk toplumu açısından değil; Batı hukukunda kadının evlendikten sonra kocasının soyadını taşımasının, hanedeki en yaşlı erkek üyenin aile reisi olarak kabul edilmesini ifade eden *pater familias* kavramı ile geleneksel dönemden modern döneme taşınmış bir olgu olduğunu ifade etmek mümkündür. Kadının evlendikten sonra kocasının soyadını taşımasının geleneksel dönemden modern döneme taşınmış bir yerleşik kabul olduğunun kabulünde, bu yerleşik kabule karşı çıkışların postmodernizm etkisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Fakat AYM'nin bu kararındaki yaklaşımında hakikat sonrası döneme ait özelliklerin ağır bastığını ifade etmek gerekmektedir. Birçok soru işareti barındırması ve yol açabileceği problemler bulunmasına rağmen kamuoyunun duygusal eğilimleri doğrultusunda verilmiş bir karar olduğu yorumunu yapmak mümkündür. Bireysel inanç ve duygusal eğilimlerin objektif verilerden daha az etkili olduğu hakikat sonrası dönemde hakikatler ile yalanların iç içe geçip karışması söz konusudur. Günümüzde yaygınlaşan ve toplumu etkileyen sosyal medya ile kadın erkek eşitliğini savunmanın popüler olduğu, hukuki sorunlar üzerinde ehil olan-olmayan her bireyin fikir beyan ettiği bir dönemde yaşadığımız bir gerçektir. Kadın ile erkeğin eşit şartlara ve fırsatlara sahip olması gerektiğine inanmak ile konu ne olursa olsun kadın ile erkeğin eşit olduğunu ileri sürmek fakat bu iddianın bazı durumlarda arkasında durmamak arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Kadın erkek eşitliği söylemine sahip olanlar kadına pozitif ayrıcalıklar tanınmasına da örneğin popüler bir konu olan süresiz nafaka gibi hususlarda da kadın erkek eşitliği gündeme getirilmektedir. Zira mutlak surette kadın erkek eşitliği; erkeğe kadın karşısında avantajlar tanınmamasını içerdiği gibi kadına da erkek karşısında avantajlar tanınmamasını içermektedir.

Nihayetinde; toplumumuzda oluşan bir ihtiyaç sebebiyle değil Batı hukukunda yaşanan değişimleri hukukumuzda uyarlamak kaygısı ile oluşturulduğu gözlenen bu kararda modernizm etkisinin görüldüğünü söylemek mümkündür.

6. Kuruluşundan Bugüne AYM Kararları Hakkında Genel Değerlendirme

Genel değerlendirme kuruluşundan bugüne AYM'nin tüm kararları hakkında değil, çalışma kapsamında seçilen modernizm ve postmodernizm etkisi yoğun bir şekilde gözlemlenmiş kararlar hakkında olacaktır.

AYM'nin çalışmada incelenen 1973 Nazilli Sulh Ceza Mahkemesi İtiraz Davası kararında, AYM'nin toplumu kontrol altına alma yaklaşımını destekleyerek modernizme hizmet ettiği gözlemlenmiştir. 2014 Abdullah Öcalan Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü kararında ise; özgürlüklere müdahaleler karşısında özgürlükçü eğilimin ağır bastığı gözlemlenmiştir. AYM'nin yaklaşımındaki bu farklılık; mahkemenin zaman içerisinde modernizmden postmodernizme doğru geçtiğini düşündürebilir. Bu düşünceden emin olmamak, mahkemenin istikrarlı bir çizgisinin olup olmadığını sorgulamak gerekmektedir.

1989 Başörtüsü kararında; serbestliklerden değil kısıtlamalardan yana tavır alındığının açıkça vurgulandığı görülmüştür. Toplum kontrol altına alma arzusu kararda belirgin olarak gözlemlenmiştir. 2014 Tuğba Arslan Başörtüsü kararında ise; çoğulcu bir demokraside din ve vicdan hürriyetinin önemine dikkat çekilerek postmodern hassasiyetlerin gözetilmeye başlandığı görülmüştür. Bu iki karar da mahkemenin zaman içerisinde modernizmden postmodernizme doğru geçişini düşündürmüştür.

1963 Türkiye İşçi Partisi İptal Davası kararında; mahkemenin özgürlükler karşısında sınırlamalardan yana takındığı tutum ile modernist yaklaşımı gözlemlenmiştir. 2019 Mehmet Aksoy İfade Özgürlüğü kararı ile AYM'nin bu yaklaşımı terk ederek bireyin ve özgürlüklerin devlet karşısında ön planda olması gerektiğini, devletin özgürlük ortamını sağlamak ve mümkün olduğunca müdahalede bulunmamakla yükümlü olduğunu savunmuştur ve bu surette AYM'nin postmodernist bir çizgiye ilerlediği gözlemlenmiştir.

Yukarıdaki iki kararın kıyaslanması ile her ne kadar AYM'nin modernizmden postmodernizme geçişi gözlemlenmişse de; bu geçişin tüm kararlarında söz konusu olmadığını belirtmek gerekmektedir. AYM'nin yakın zamanda verilmiş olmasına rağmen modernist etkiler taşıyan kararları, böyle bir geçişin ileri sürülebilmesine engel olmaktadır.

1993 Tufanbeyli Asliye Ceza Mahkemesi İtiraz Davası kararında; baskıcı siyaset niteliğinde yorumlamalar yapıldığı gözlemlenmiştir. 2016 OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi İptal Davası kararında ise; 1993 yılında verilen kararda benimsenen yaklaşımın hala terk edilmediği gözlemlenmiştir. Bu iki karar; mahkemenin zaman içerisinde modernizmden postmodernizme geçişi düşüncesini yıkmıştır.

2015 Ergün Poyraz İfade Özgürlüğü kararında; çoğulcu ve açık demokrasiden yana bir tutum sergilendiği söylenebilir. Fakat 2023 yılında verilen 1 Mayıs Gösteri Yürüyüşü kararında kamu otoritelerinin keyfi hareketine imkan tanıyan ve postmodernist olmayan bir yaklaşım sergilendiği görülmüştür. Bu iki karar AYM'nin çoğulcu ve açık demokrasinin gerekleri hususunda sergilediği postmodern yaklaşımın yalnızca bazı kararlar için söz konusu olduğunu düşündürmüştür.

2022 Ayşe Tezel ve Diğerleri Ayrımcılık Yasağı kararında; hukukun sosyal gerçekliğe uydurulması anlamında inisiyatif alındığı, postmodern gelişmenin yaşandığı gözlemlenmiştir. Yasaların olduğu gibi uygulanması yaklaşımının terk edilerek, adaletin ön plana alındığını göstermesi açısından önemli bir gelişmenin kaydedildiğini göstermiştir. 2022 Aytaç Durak Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı kararında ise; halen modernizm etkisinin devam ettiği görülmüştür. Yerellik prensibine gereken önemin verilmemesi açısından; postmodernizmin aslında AYM tarafından tam anlamıyla benimsenmediğini göstermiştir. Birbirine yakın tarihlerde verilen bu iki karar da yukarıda değerlendirilen 2015 ve 2023 tarihli kararların değerlendirilmesindeki “AYM'nin postmodernist tutumunun bazı kararlar için geçerli olduğu” düşüncesini pekiştirmiştir.

2022 Hüseyin El ve Nazlı Şirin El Başvurusu kararında ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesi hakkının gözetilmesi; özellikle azınlıkta kalan inanç sahibi ebeveynlerin, ötekinin, farklının inancına saygı hususu açısından postmodern etkiler görülse de arka planda AYM'nin modernist yaklaşımı gözlemlenmiştir. Kararın büyük ölçüde AİHM görüşüne dayanılarak oluşturulması bakımından temelinde modernist kaygıların bulunduğu görülmüştür. 2022 Kaos GL Derneği Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı kararında ise; açık ve çoğulcu demokrasilerin gelişiminde önem arz eden toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı açısından farklının ve ötekinin sesinin duyurulmasına gereken hassasiyetle yaklaşılmadığı, postmodern etkilerin görülmediği, fakat bununla beraber kararın *post-truth*'a karşı bir duruş olarak yorumlanabileceği tespit edilmiştir. AYM'nin toplumda azınlıkta kalan inanç ve görüşlere karşı temelinde yine modernist kaygılar bulunsun da postmodern yaklaşımlar sergilemeye başladığı fakat bu yaklaşımı yıkıcı nitelikte gördüğü farklı ve ötekiler için sürdürmemeyi tercih ettiği söylenebilir.

2011 Evlilikte Kadının Soyadına İlişkin kararında ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışının toplumdan topluma değiştiğine dikkat çekerek soyadının aile birliğini temsilini Türk toplumuna göre değerlendirmiştir. 2023 Evlilikte Kadının Soyadına İlişkin kararı ise yerleşik kabullere karşı çıkış ve hukuku günümüze uyarlamak gerekliliği noktasında ilk bakışta postmodernist görünse de, Türk toplumunda ortaya çıkan bir ihtiyaç doğrultusunda değil Batı

hukukunda yaşanan değişimleri takip etmek kaygısı ile oluşturulduğundan kararın özünde yine modernist nitelikte olduğu görölmüştür.

Kurulduğu tarihten bugüne vermiş olduğu kararları üzerinden incelendiğinde Anayasa Mahkemesi'nin modernizm ve postmodernizm akımlarından açıkça etkilendiği anlaşılmıştır. Genel olarak 2000'lerden günümüze dek vermiş olduğu kararlarda AYM'nin postmodern yaklaşımlar sergilemeye başladığı görölmüştür. Temel hak ve özgürlüklere müdahale haklı ve meşru olsa dahi bunun yeterli olmayacağı ileri sürülerek, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması koşulu aranmaya başlanmıştır. Fakat tam anlamıyla postmodern olduğunun ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Güncel bir karar olmasına rağmen modernist yaklaşımlar neticesinde verilmiş olması açısından 2022 Aytaç Durak kararı gibi istisnalar da mevcuttur. Bunun için her anlamda daha açık görüşlü, çoğulcu bir bakış açısına sahip olması, insan haklarını ön planda tutması gerektiği ifade edilmelidir. Elbette mahkemenin artık sahiden özgürlükçü yaklaşımı benimsediğinin tespiti için bu yaklaşımı tüm kararlarında istikrarlı olarak sürdürmesi beklenmektedir. Bu nedenle AYM'nin günümüzde postmodernizmden etkilendiği gözlemlenmekle birlikte hala modernizme karşı kesin ve net bir duruşa sahip olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Devletin modernizmi terk etmediği sürece AYM'nin gerçek anlamda postmodern olması mümkün görünmemektedir. Çünkü modernist devlet, sahip olduğu tüm mekanizmaları kendi ideolojisi doğrultusunda kontrol altında tutma eğilimindedir. Modernist devlet, modernist hukuk sisteminin ayakta kalması arzusundadır. Ayrıca bahsi geçen iki akımın hukukumuzda ve AYM'de doğal bir süreç olarak ortaya çıkmaması AYM'nin hala modernizme karşı net bir duruşa sahip olamamasının sebeplerinden olabilir. Eleştirel ve sorgulayıcı tutumlar sonucunda ortaya çıkan postmodernizmin; hukukumuzda "Batı'da görülen yeniliğin hukukumuzda uyarlanması" niyeti ile ortaya çıkması ve modernizmin karşısında yer alan postmodernizmin hukukumuzda yine modernist kaygılarla oluşması çelişkilere işaret etmektedir. Dolayısıyla Türkiye'deki mevcut zihinsel altyapı ile hukukta ahenk ve tutarlılığın mümkün görünmediği söylenebilir. Anılan çelişkiler AYM bünyesinde de kendini göstermekte, açık fikirli ve çoğulcu yaklaşımların hissedildiği kararlarında umut yeşertirken; bu yaklaşımda istikrarını korumadığında o yaklaşımın o karara mahsus olduğunu, aslında mahkemenin zihninde bir değişim olmadığını hatırlatarak hayal kırıklığına sebebiyet vermektedir.

AYM'nin, müdahalelerin hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini incelerken AİHM standartlarını benimsediği görölmektedir²⁵⁶. Olumlu olduğu sürece başka hukuk sistemlerinden uygulamalar benimsenmesi eleştirilmez. Fakat başka hukuk sistemlerinden olumlu

²⁵⁶ Çatlı, *Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, 142.

uygulamalar benimsemek, AİHM içtihatlarının dışına çıkamamak halini alırsa bağımsızlık ve özgünlükten söz edilemez. AYM'nin AİHM gölgesi altında hareket ettiğine ilişkin şüpheler doktrinde dile getirilmiştir²⁵⁷. AYM'nin AİHM standartları ile sınırlı bir alanda hareket etmesinin, bağımsız ve kendine has bir kurum olma yolunda büyük bir engel oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hukukçuların AİHM'i ulaşılması istenen bir ideal olarak görmesinin, temeli özentî ve modernizm taşları ile döşenmiş içi boş ve sağlıklı bir yaklaşım olduğu söylenebilir. Bir hukukçunun idealize etmesi beklenen üst mahkeme; adaletin tesis edildiği, şeffaf, liyakate ve ehliyeteye dayanan mahkemedir. Oysa özellikle ülkemizdeki hukukçuların çoğunluğunda AİHM'in zikredilen özelliklere sahip olduğu önyargısının mevcut olduğu gözlemlenmektedir. Bu önyargı; Batı merkezci, ilerlemeci, modernist dönemin bakiyesidir.

Hak ve özgürlüklerin en önemli koruyucusu Anayasa Mahkemesi'nin; siyasi koşullardan etkilenmemesi, bağımsız ve tarafsız olması beklenmektedir. Fakat üyeleri bu toplumdaki bireylerden oluşan bir oluşumda bu beklenti gerçekçi olmayacaktır. AYM de toplumda yaşanan siyasi gelişmelerden etkilenmiştir. Bu nedenle AYM kararları incelenirken; yaklaşım tarzı ve yorum şekli gözetildiğinde hangi döneme ait olduğunu tahmin etmek zor olmamıştır. AYM'nin dönem dönem yoğun, dönem dönem seyrek de olsa siyaset etkisi altında kalmış olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin 1980 askeri darbesinin toplumda yarattığı baskı atmosferi o dönemin AYM kararlarından okunabilmektedir. Çözüm sürecinden sonra demokrasi anlayışının değişip gelişmesi de AYM kararlarında kendisini hissettirmektedir. Yaşanan siyasi olayların 2016 yılı sonrasında OHAL Kanun Hükmünde Kararnamesi iptal davası kararından okunabilmesi de AYM'nin yoğun olarak siyaset etkisi altında kaldığını göstermektedir.

AYM'nin 1960 askeri darbesi sonucunda hazırlanan 1961 Anayasası ile birlikte kurulduğu bilinmektedir. Siyasi iktidarı kontrol etme amacıyla kurulan bir organın, bazı durumlarda anti-demokratik kurulum ayarlarına sahip olduğu ifade edilebilir. Şöyle ki; siyasi iktidarı halkın hak ve hürriyetlerine müdahalesinden korumak amacıyla kontrol farklı, askeri tabanın sivil iradeye güvensizliği ve istenilen ideolojiden sapılması ihtimaline karşı kontrol farklıdır. İkinci kontrol biçiminin anti-demokratik olduğu açıktır. AYM'nin kurulum ayarları gözetildiğinde hak ve hürriyetlerin zedelenmesi tehlikesine karşı alınan bir önlemden ziyade Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ideolojisine zarar verebileceği düşünülen tehlikelere karşı alınan bir önlem niyetinin baskın olduğu görülmektedir. Bu ayarlar ile kurulan bir kurumun gerçekten özgürlükçü ve postmodernist olması beklenemez.

²⁵⁷ Çatlı, *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*, 73.

Türkiye kuruluş tarihinden beri modernizme öyle köklü bir bağ geliştirmiştir ki, bugün hukukumuzdaki postmodern uygulamalar incelendiğinde bunların dahi modernist tutumla getirildiği görülmektedir. Postmodernizmin Avrupa’da yaygınlaşması sonucunda ve AB’ye uyum gayesi ile getirilen yeniliklerin özünde modernizm yer almaktadır. Kısacası postmodernizmi bile modernist bir zihin ile istemek postmodernizmin doğasına aykırıdır. Özetle; modernizmden postmodernizme geçiş görülse de postmodernizmde tutarlı olunmadığı, bunun sebebinin de postmodernizmin bile modernist kaygılarla yaşandığı sonucuna ulaşılmıştır.



SONUÇ

Hukuktaki etkileri yadsınamayacak iki akım olan modernizm ve postmodernizm, günümüzü anlamlandırabilme noktasında önem teşkil etmektedir. Bu çalışmada, Türk hukuku bu iki eksen üzerinden bir okumaya tabi tutulmaya çalışılmıştır. Yorumlama faaliyetleriyle hukuki kararları ve kanunları sorgulama yetkisine sahip olan Türk yargısının en üst mercii Anayasa Mahkemesi kararları hukukumuzun bu iki akım yönünden analizinde enstrüman olarak kullanılmıştır. Anayasa mahkemelerinin modernizmden postmodernizme geçişi somutlaştıran kurumlar olması açısından analiz enstrümanı olarak Anayasa Mahkemesi kararlarının seçilmesinin uygun bir tercih olduğu görülmüştür.

AYM kararlarını yorumlama faaliyeti niteliğinde olan bu çalışmanın subjektif yorumlar içermeye tehlikesine karşı önlem olarak, karar analizlerinde kullanılan perspektif ve dönemlerin özellikleri ilk bölümde tespit edilmiştir. Batı’da pre-modern dönemde; insanın güçlü bir aidiyet duygusuna sahip olduğu, yetkinin kralda olduğu, kralın meşruiyetini “gökten” aldığı ve sistem içerisinde denetiminin söz konusu olmadığı görülmüştür. Modern dönemde insan aklına verilen önem neticesinde insan aklıyla toplumun dahi kontrol altına alınabileceği fikrinin oluştuğu, ulus-devlet anlayışının geliştiği görülmüş; postmodern dönemde göreceliliğin ileri sürülerek modernitenin kabullerine karşı çıkıldığı gözlemlenmiştir. Hakikat sonrası dönemde ise kişisel inanç ve duygusal yönelimlere hitap eden olguların, verilere dayanan gerçeklere tercih edildiği görülmüştür.

Karar analizlerinde; modernizm ve postmodernizm hakkında literatürdeki kaynaklardan edinilen bilgiler mahkeme kararlarına tarafımızca yorumlanarak AYM’nin bakış açısı anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Aynı veya benzer konuda önceki yıllara nazaran özgürlükçü eğilimin sergilenmesi AYM’nin zaman içerisinde modernizmden postmodernizme doğru geçtiğini düşündürse de yine benzer bir konuda önceki yıllardaki devletçi tutumun terk edilmediğini gösteren kararlar bu düşüncenin zedelenmesine sebep olmaktadır. Yakın dönemde verilmiş olan, kamu otoritelerinin keyfi hareket edebilmesine imkan tanıyacak nitelikteki kararlar AYM’nin sergilediği postmodern yaklaşımın yalnızca bazı kararlarında geçerli olduğu düşüncesini gündeme getirmektedir. Pozitivizm etkisinden uzaklaşıldığını ve adaletin ön plana alındığını gösteren yakın tarihli kararlar bulunsa da bazı kararlarda halen pozitivizm etkisinin devam ettiği görülmektedir. Bu durum postmodernizmin aslında AYM tarafından hala tam anlamıyla benimsenmediğini ve AYM’nin postmodernist tutumunun bazı kararlarla kısıtlı

olduğunu göstermektedir. Bazı kararlarda ötekinin, farklının inancına saygı hususu açısından postmodern etkiler görölse de bu kararların büyük ölçüde AİHM görüşüne dayanılarak oluşturulması nedeniyle arka plandaki modernist kaygılar tespit edilmiştir. Zira halen Batı'nın hakikat merkezi olduğu, taklit ve takip edilmesi gerektiği, ulusal bağlama uygun özgün hakikat arayışlarına ve hukuki çözümlere cüret edilemeyeceği gibi şartlanmalar etkili olmaktadır.

AYM ve Türk hukukunda postmodernist gelişmelerin istikrarlı bir çizgide ilerlemediği gözlemlenmiştir. Ülkemizdeki bu gelişmelerin özünde modernist olmasına bağlanmaktadır. Postmodernizm ülkemizde modernizmin bir eleştirisi olarak değil yine modernist zihniyetle gerçekleştirilmiştir. Bunun sonucu olarak da postmodernist adımların yapay nitelikte kalmasına neden olmuştur. Türk hukukunun modernist altyapısı, postmodern gelişmeleri dahi yapaylaştırmaktadır. Türk hukukundaki postmodern olma çabaları modernist hukukun kabullerini sorgulamak şeklinde değil, Batı'daki gelişmeleri takip etmek ve bu gelişmelere hukukumuzda yer vermek şeklinde seyretmekte, bu durum postmodernizmin doğası ile büyük bir tezat oluşturmaktadır.

Batı toplumunun sanayi, endüstri, bilim ve sanat gibi alanlarda yaşadığı gelişmeler neticesinde doğal ve kendiliğinden yaşadığı süreçler olan pre-modernite, modernite ve postmodernite evrelerinin Türk toplumunda tepeden inme veya yapay yaşandığı tarihsel ve sosyolojik bir gerçekliktir. Çalışmanın ikinci bölümünde hatırlatılan sürecin, Türk hukukunun hangi etkenlerle şekillendiğine ışık tuttuğu söylenebilir. Bahsi geçen evrelere kimi zaman uygarlaşma hedefi doğrultusunda atılmış adımlarla, kimi zaman daha üstün olduğu düşünülen siyasi oluşumlar tarafından kabul edilme gayesiyle sürüklenilmiştir. Kamu gücü karşısında bireyin haklarını korumak maksadı taşıyan bireysel başvuru yolunun getirilmesi gerçekten bireyin korunması ihtiyacı ile mi gündeme gelmiştir yoksa üstün görülen ülkelerin onayını ve takdirini kazanmak niyeti hukuk kisvesi altında kendini belli etmekte midir, sorusu sorulmalıdır. Niyet ne olursa olsun bireyin haklarını güvence altına alacak gelişmelerin bir hukuk devleti için olumlu olduğu kabul edilmekle birlikte, bir mekanizmanın kurulumundaki niyetin, sergilenecek performansta etkili olacağını ileri sürmekteyiz.

AYM'ye bireysel başvuru yolunun postmodern dönemin savunduğu bireyin devlet karşısında korunması gerektiği, devletin özgürlük ortamına müdahale etmemesi gerektiği düşünceleri neticesinde meydana geldiği ileri sürülebilseydi hukukumuzdaki bireysel başvuru yolunun postmodern dönem eseri olduğu sonucuna ulaşılabilirdi. Oysa yukarıdaki paragrafta değinilen sebeplerle bireysel başvuru yolunun ülkemizde doğal ve kendiliğinden yaşanan bir postmodernitenin sonucu olarak ortaya çıkmadığı görölmektedir. Dolayısıyla AYM'nin de pre-modernite, modernite, postmodernite ve *post-truth* dönemlerinin özelliklerini bilinçli olarak

yansıtmadığı, zikredilen evrelerde aktif bir rol almadığı, hukuk dışı etkiler doğrultusunda savrulmaktan kurtulamadığı tespit edilmiştir. Siyasi iktidarı kontrol etme amacıyla kurulan bir organın bazı durumlarda anti-demokratik kurum ayarlarına sahip olduğu hatırlandığında kurum ayarları itibarıyla gerçekten özgürlükçü ve postmodernist olması zor olan AYM'nin; özgürlüklere müdahale ile özgürlükleri koruma refleksi arasındaki çatışmanın oluşturduğu çelişkili bir mizaca sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Çalışmada fazlasıyla siyasi konjonktür etkisi altında kalmış olduğu sonucuna ulaşılan Anayasa Mahkemesi'nin hak ve özgürlüklerin en önemli koruyucusu olarak bağımsız ve tarafsız olması beklenmektedir. Hak ve özgürlüklerimizin güvencesi olan kurumun en verimli hale gelebilmesi adına AYM'nin her anlamda daha açık görüşlü, çoğulcu bir bakış açısına sahip olması ve insan haklarını ön planda tutması gerekliliği ifade edilmelidir. Mahkemenin artık gerçekten özgürlükçü yaklaşımı benimsediğinin tespiti için bu yaklaşımı tüm kararlarında istikrarlı olarak sürdürmesi beklenmektedir. AYM'nin AİHM standartları ile sınırlı bir alanda hareket etmesinin, bağımsız ve kendine has bir kurum olma yolunda büyük bir engel oluşturduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

AYM hakkında ileri sürülen dönemsel kimlik karmaşası eleştirisinin AİHM ve hatta insan hakları hukuku için de geçerli olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Çalışmada evrensel insan hakları söyleminin postmodernizme geçiş özelliği göstermesine rağmen temelinde modernist olgular barındırdığı çıkarımında bulunulmuştur. Diğer bir ifadeyle, modernist hukukun postmodernist karaktere büründürülme çabasındaki çelişkili durum, yalnız AYM'ye ya da Türk hukukuna has bir problem değildir.

Özetle, çalışmanın, Türk hukukunun modernizm ve postmodernizm ekseninde nerede durduğu yönündeki temel sorusu Türk yargısının en üst mercii olan AYM kararlarının analiz edilmesi neticesinde cevaplanmıştır. Hukukumuzda modernizmden postmodernizme geçiş emareleri görülse de bu geçişin doğal ve kendiliğinden yaşanmadığı, modernist altyapı üzerine gelen postmodernizmde sahici ve tutarlı olunmadığı, kurum ayarları itibarıyla gerçekten özgürlükçü ve postmodernist olması zor olan AYM'nin ve hatta bütün bir devlet aygıtının; özgürlüklere müdahale ile özgürlükleri koruma refleksi arasındaki çatışmanın oluşturduğu çelişkili bir mizaca sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Tüm bunlarla birlikte çalışma, özellikle Türk hukukunun ahenk ve tutarlılığını analiz etmekte olup, postmodernizmin yüceltilmesi gibi bir amaç taşımamaktadır. Türk hukukunun entelektüel tarihine eleştirel bakış açısı ile yaklaşıldığında Türkiye'deki mevcut zihinsel altyapı ile hukukta ahenk ve tutarlılığın yakalanamayacağı görülmüştür. Çalışmada anılan evrelerin Batılı tarih okumasına dayandığı da ifade edilmelidir. Bir hukuk sisteminin iyileştirilmesi noktasında, zikredilen evre ve eğilimler

dışında özgün yaklaşımlar geliştirmek mümkündür. Kendine özgü bir tarihe ve kültürel unsurlara sahip Türk toplumunun hukuk sisteminin verimli hale gelmesi, çelişkili mizacına dair farkındalık ve tutarlılık yönündeki çabalarla mümkün olacaktır. Bugün hukukumuzdaki eksikliklerden ve aksamalardan şikayet ediliyorsa ve bunların sebebini bulmak çabasındaysak problemin kaynağına inmek zorunda olduğumuz aşikardır. Toplumumuzda ve hukukumuzda yaygın olmayan, akademik anlamda eleştirel tutum ilk etapta yıkıcı bir yaklaşım gibi gelse de iyi ve doğru olana ulaşmak noktasında bir zorunluluktur.



KAYNAKÇA

- Ahmad, Feroz. *Bir Kimlik Peşinde Türkiye*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, 2010.
- Akad, Mehmet vd. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 16. Baskı, 2020.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Alpay, Yalın. *Yalanın Siyaseti Post-Truth*. İstanbul: Destek Yayınları, 19. Baskı, 2017.
- Anayasa Mahkemesi, *Bireysel Başvuru Seçme Kararlar 2015*. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2016.
- Arsel, İlhan. *Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler*. Ankara: Sevinç Matbaası, AÜHF Yayınları, 1970.
- Arslan, Zühtü. *Anayasa Teorisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Aydın, M. Akif Aydın. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 9. Baskı, 2012.
- Bauman, Zygmunt. *Modernlik ve Müphemlik*. Trc. İsmail Türkmen. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2017.
- Bauman, Zygmunt. *Postmodern Etik*. Trc. Alev Türker. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2020.
- Bouzov, Vihren. "Modernism and Postmodernism in Philosophy of Law". (2013), 203-208.
- Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Kitabı*. Ed. Orhan Cüni vd. Ankara: Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı, 1. Baskı, 2021.
- Çatlı, Mehmet. *Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri Bağlamında Muktedir/Erkli Demokrasi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2019.
- Çatlı, Mehmet. *Dijital Devlet Teorisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2021.
- Çetin, Halis. *Çağdaş Siyasal Akımlar*. Ankara: Orion Kitabevi, 2019.
- Çiğdem, Ahmet. *Bir İmkân Olarak Modernite Weber ve Habermas*. İstanbul: İletişim Yayınları, 1997.
- Demir, Esra. *İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çalışması*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*. Ankara: Doğu Matbaa, 1970.

Didin, Dilara Buket. *Doğa Bilimlerinin Hukuk Felsefesine Etkisi: Modern ve Postmodern Paradigma Ekseninde Bir Değerlendirme*. Ankara: Lykeion Yayıncılık, 2021.

Donnelly, Jack. *Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları*. Trc. Mustafa Erdoğan – Levent Korkut. Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.

Erdem, Tefik. *Feodaliteden Küreselleşmeye*. Ankara: Lotus Yayınevi, 2009.

Faroqhi, Suraiya. *Osmanlı Kültürü ve Gündelik Yaşam Ortaçağ'dan Yirminci Yüzyıla*. Trc. Elif Kılıç. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 6.Baskı, 2010.

Feldman, Stephen M. “An Arrow to the Heart: the Love and Death of Postmodern Legal Scholarship”.

Feteris, Eveline T. *Hukuki Argümantasyonun Temelleri Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma*. Trc. Ertuğrul Uzun. İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2019.

Gedik, Gülşen. “Anayasa Mahkemesi Karar İncelemesi: Gümrük Vergisinde Yükümlünün Mülkiyet Hakkı”. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, Güz 2015.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2. Baskı, 2011.

Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 8. Baskı, 2011.

Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 8. Baskı, 2011.

Gülener, Serdar-Uzun, Cem Duran. *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Tarihsel Perspektiften Olaylar, Kişiler, Kararlar*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2020.

Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 14. Baskı, 2019.

Hasen, L. Richard. “Deep Fakes, Bots, And Sioled Justices: American Election Law In A “Post-Truth” World”. *St. Louis University Law Journal*, 2019.

Işık, Hüseyin Murat. *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Resmî İdeolojisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Kaşıkkara, Mustafa Serhat – Kaşıkkara, Seher. “Post-Modernizm ve Hukuk”. *Hacettepe HFD* 7/1, 2017.

Kaya, Emir. “Anayasa Mahkemesi’nin Muhafazakâr – Liberal İkilemi”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 7/27.

Kaya, Emir. *Hukuk Zihniyeti*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2018.

Kaya, Emir. “Dindar Osmanlı’dan Laik Cumhuriyet’e Hukuk Zihniyetinin Sürekliliği: Orijinal Bir Model, Taze Bir Hukuk Düzeni Mümkün mü?”. *Zihniyet ve Din*. Ed. Abdullah Özbolat – Asım Yapıcı. 55-69. Adana: Karahan Kitabevi, 1. Baskı, 2018.

Konuralp, Cengiz Serhat. *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*: Tahkim. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011.

Larsen, Allison Orr. “Constitutional Law In An Age Of Alternative Facts”. *New York University Law Review*, 93/2, 2018.

Mardin, Şerif. *Türk Modernleşmesi*. İstanbul: İletişim Yayınları, 9. Baskı, 1991.

Oruç, Mehmet Sebih. “Postmodernite, Siyasal İletişim ve Doğruluk Sorunu: Post-Truth Durum ve Entelektüel Zemini Üzerine Bir İnceleme”. *Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi* 36 (2020).

Özcan, Mehmet Tevfik. *Hukuk Sosyolojisine Giriş*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 5. Baskı, 2012.

Özenç, Berke. *Hukuk Devleti Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2. Baskı, 2016.

Sallan, Songül – Boybeyi, Songül. “Postmodernizm - Modernizm İkilemi”. *AÜDTCF Felsefe Bölümü Dergisi* 15, 1994.

Sarup, Madan. *Post-yapısalcılık ve Postmodernizm*. Trc. Abdülbaki Güçlü. Ankara: Pharmakon Kitap, 6. Baskı, 2019.

Söğütü, İlyas. “İki Farklı Epistemoloji İki Farklı Siyaset Rasyonalist ve Ampirist Siyasetin Felsefi Kökenleri”. *Liberal Düşünce Dergisi* 51-52, Yaz-Sonbahar 2008.

Study.com. “The Evolution from Premodern to Modern & Postmodern Societies”. Erişim 13 Mart 2022.

Şahin, Engin. *Siyaset ve Hukuk Arasında Anayasa Mahkemesi*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2010.

Şimşek, Mehmet Emin. *Moderniteden Postmoderniteye Uzanan Bir Köprü: Z. Bauman*. Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.

Şimşirgil, Ahmet – Ekinci, Ekrem Buğra. *Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle*. İstanbul: Beylik Yayınları, 2015.

T.C. Dış İşleri Bakanlığı AB Başkanlığı, “Türkiye AB İlişkilerinin Tarihçesi”. Erişim 6.12.2022. <https://www.ab.gov.tr/111.html>

TDK, Türk Dil Kurumu Sözlükleri. “*Güncel Türkçe Sözlük*” Erişim 24 Kasım 2021. <https://sozluk.tdk.gov.tr/>

Terzi, Âdem. “Post-Truth Kavramı ve Türkçe Karşılıkları Üzerine”. *Türk Dili*, 60/820, Nisan 2020.

Tezcan, Durmuş vd. *İnsan Hakları El Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, 2019.

Timuçin, Afşar. *Felsefe Sözlüğü*. İstanbul: Bulut Yayınları, 5. Baskı, 2004.

Topuzkanamış, Engin. “Hukuk ve Modernlik Üstüne Bazı Notlar”. *HFSA* 25, 2010.

Tögel, Akif. “Ottoman Human Rights Practice: A Model of Legal Pluralism”. *YBHD*, 2016.

Üçok, Coşkun vd. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Turhan Kitabevi, 15. Baskı, 2011.

Ünsal, Artun. *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi* (“Siyasal Sistem” Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi). Ankara: S.B.F. Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, 1980.

Yüksel, Mehmet. *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2. Baskı, 2004.

Yüksel, Murat. *Hukuka Postmodern Yaklaşım*. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2010.

Yükselbaba, Ülker. “Postmodernizm ve Hukuk”. *İÜHF Mecmuası* 74/1, 2016.

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı : Emine Gizem Irmak

