

## İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN NİTELİĞİ

Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL\*

Bir konuşmanın konusu «İnsan hakları açısından temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri» olunca, bunun anlamı olsa olsa şu olabilir: Anayasada «Temel Haklar ve Ödevler» başlığı altında somut biçimde maddelendirilmiş birtakım haklar, özgürlükler ve ödevler sayılmaktadır; bunların «insan hakları» kavramı ile karşılaştırıp değerlendirmek.

Genellikle karşılaştırılarak yapılacak değerlendirmelerde, somut olan bir ölçüye göre pek o kadar somut olmayan, belirsiz olan birtakım şeyler ölçülür ve değerlendirilir. Oysa, konumuzda, ölçmeye çalışacağımız kavramlar, haklar, özgürlükler ve ödevler pozitif bir biçimde, pozitif hukukun parçası olarak 1982 tarihli Türk Anayasasında sayılmış olan haklar ve ödevlerdir. Dolayısıyla, somut olan, belirli olan, onlardır. Onları, niteliği tam ve genel olarak tanımlanmamış olan, evrensel olduğu ölçüde belirsiz sayılabilen ve daha da önemlisi, bugünün dünyasında son derece tartışmalı bulunan bir kavramlar bütünüyle karşılaştırmak gerekecek. Bu bakımdan, yapacağım iş, oldukça zor bir iş. Eğer tersi geçerli olsaydı, yani belirsiz olan birtakım durumları çok belirgin birtakım durumlarla karşılaştırmak ve ondan sonra değerlendirmek sözkonusu olsaydı, iş biraz daha kolaylaşmış olurdu.

Ama bu karşılaştırmayı bütün güçlüğüne rağmen yapmak gerekecektir. Güçlük, bir ölçüde, bazı bakımlardan aşılmış olabilir: eğer «insan hakları» kavramını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kavramları olarak alırsak. Çünkü, o da, tıpkı herhangi bir Anayasa gibi, bağlayıcılığı ortaklaşa kabul edilmiş olan, uygulanan, Mahkeme önünde açılmış davalarda ölçü olarak kullanılan ya da Komisyona başvurmayı gerektiren durumlarda Komisyon'da ölçü olarak alınan bir pozitif hukuk metnidir. Dolayısıyla tartışmanın ya da karşılaştırmanın o bölümü, yani Türk Anayasasındaki haklar ve özgürlükler ile Avrupa İnsan

---

(\*) A.Ü. S.B.F. Öğretim Üyesi.

Hakları Sözleşmesi'nin karşılaştırılması, oldukça kolaydır. Çünkü bu-  
radaki bağlayıcı metnin karşılaştırılması gerekecektir ve bu aslında bi-  
zim hukukumuzda, Avrupa Konseyine üye olan başka devletlerin hu-  
kuklarında da olduğu gibi, yapılması gerekli bir karşılaştırmadır da.  
Belki bizim hukukumuzda ve bizimle birlikte Malta ve kendisine Kıbrıs  
Cumhuriyeti denilen Kıbrıs Rum Yönetimi açısından bu karşılaştıрма-  
nın önemi başka yerlerde olduğu kadar büyük değildir. Çünkü biz, bu  
öbür devletlerle birlikte, (son olarak Yunanistan aramızdan ayrıldı),  
henüz Avrupa İnsan Hakları Komisyonunda kişisel başvuru hakkını ta-  
nımış değiliz. Dolayısıyla, iç hukukta bütün yolların tüketilmesinden  
sonra, kişilerin haklarını aramak üzere Komisyona bireysel olarak baş-  
vurabilmeleri henüz tanıdığımız bir hak değildir. Ama öbür  
devletler bu hakkı tanıdıklarına göre, onların hukuklarında bu tartışma-  
yı ve bu karşılaştırmayı yapmak daha da önem kazanmaktadır. Ama,  
yine de bizim açımızdan, Avrupa Konseyi Üyesi olan bir devlet olarak,  
bu haklar ve özgürlüklerle bağlı olduğumuza göre, karşılaştırmamızın yi-  
ne de pozitif hukuk açısından değeri inkâr edilmez.

Ama öbür karşılaştırma oldukça zor ve anlamı da oldukça felsefi  
bir karşılaştırmadır. Öbür karşılaştırma dediğim, Avrupa İnsan Hak-  
ları Sözleşmesi değil, Birleşmiş Milletlerin 10 Aralık 1948 de kabul  
ettiği Evrensel İnsan Hakları Bildirgesidir. «Bildirge» deyimini «beyan-  
name» karşılığı kullanıyorum. «Bildiri», «tebliğ» karşılığı kullanı-  
lan bir söz olduğu için.

Bu karşılaştırma, yani ikinci karşılaştırma, niçin önemlidir? Çün-  
kü Bildirge, Birleşmiş Milletlerin 1948 de kabul etmiş olduğu Bildirge,  
gerçi hukuken bağlayıcı gözükmeyen, yaptırımını olmayan bir bildirge-  
dir ama, kendi Başlangıç bölümünde de belirttiği gibi, bütün insanlık  
için insan haklarının gerçekleştirilmesinde ortak bir başarı ölçüsüdür,  
kıstasıdır. Bizim resmî çeviri metinlerimizde bu «ortak başarı ölçütü»  
sözü kaybolmuş; «Gerçekleştirilmesini sağlayan» falan gibi yuvarlak  
bir cümlenin içinde yok olmuştur. Oysa, geçerli resmî metinlerine  
baktığımız zaman, Birleşmiş Milletlerin geçerli dillerindeki resmî me-  
tinlere baktığımız zaman, orada Birleşmiş Milletler Bildirgesi için «stan-  
dart» terimi kullanılıyor. Bizdeki resmî çeviriye geçmemiş bu. Evet,  
«standart» terimi kullanılıyor ve bunun «ortak bir başarı standardı»  
olacağı, sayılan hakların ve özgürlüklerin bugün dünyada henüz ger-  
çekleşmemiş, tam anlamıyla gerçekleşmemiş olabileceği bir ölçüde  
kabul ediliyor. Ama, bir ölçüde de, bunun gerçekleştirilme zorunlu-  
ğunu vurgulamakta ve özellikle de bu gerçekleştirmeye doğru gidiş-  
te her toplumun ne kadar başarılı olabildiğinin ölçütü olarak böyle bir

bildirgenin yayınlandığını belirtilmektedir. Dolayısıyla, Bildirge, kendisinden sonra çıkartılan sözleşmelere göre bir bağlayıcılığı olmayan, yaptırımı olmayan, mekanizmaları bulunmayan bir metindir; ama farkına varılmadan aslında bütün o metinlerden, yani yaptırımları, mekanizmaları bulunan metinlerden çok daha fazla ağırlık kazanmıştır zamanla ve belki de hukuk tarihinde yaptırımı, mekanizması falan bulunmayıp da, bu ölçüde ağırlık kazanan tek metindir. Niçin? Çünkü, yapılışında hiçbir devlet aleyhte oy kullanmamıştır. Tarihe dikkatinizi çekmek isterim : 1948, yani İkinci Dünya Savaşının hemen ertesinde, soğuk savaşın başlamakta olduğu, hatta kızıştığı yıl. İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman, İtalyan ve Japon ittifakına karşı, yani değişik bir yönetim anlayışını savunan ittifaka karşı bir araya gelmiş olan, kendisi de çok değişik iki ideolojiyi temsil eden blok, yani liberal devletler bloku ile Marksist Sovyetler Birliği, ortak bir zemin olarak, savaşın gerekçesi diye kullanabilecekleri ortak bir zemin olarak, insan hakları kavramını işlemişlerdi. O ortaklık, yani Atlantik Bildirisi ile başlayan, Birleşmiş Milletler kavramının ortaya atılması ile sürdürülen ve 1944'te Dumbarton Oaks Konferansında işlenen insan hakları kavramı, henüz bu toplumlar arasındaki bağlayıcılığını, yani iki büyük ideolojiyi bir araya getireciliğini yitirmiş değil. Ama soğuk savaş başlamıştı ve bu soğuk savaş, aslında bildirgenin özünü meydana getiren insan hakkı kavramı, yönetim anlayışı, dünyada egemen olması gereken ideoloji bakımından sürdürülecek olan ve bugün hâlâ süren bir savaştı. Başlangıcında, henüz kutuplaşmalar keskinleşmeden, 1948'de, bu Bildirge üzerinde, oybirliği demiyeyim ama, karşı oy kullanmama başarısı sağlandı; birtakım devletler çekimser kaldılar : Sosyalist blok ki, Sovyetler Birliği ile birlikte Doğu ve Orta Avrupa'da savaştan sonra kurulmuş olan sosyalist devletler söz konusu idi; bir de Suudi Arabistan bu Bildirgeye olumlu oy vermediler. Fakat, karşı da çıkmadılar; çünkü savaş sırasında «insanlığın gerçekleştirilmesi gereken ortak değerleri» diye bu değerler vurgulanmıştı; Roosevelt'in dört ana özgürlüğü ile birlikte. Hiçbir devlet, Türkiye de dahil, 1948 yılında, bu Bildirge Paris'te, yani Fransız İhtifalının çıkardığı «İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi»nin yapıldığı yerde oylanırken, aleyhte oy kullanmamıştı ve o zamandan beri, kutuplaşmalar, ideolojik kutuplaşmalar çok keskinleştiği halde, bugün de hâlâ hiçbir devlet karşı çıkmamaktadır. O zamandan beri, Birleşmiş Milletlere üye olan devletlerin niteliğinde büyük değişiklikler olduğu ve Üçüncü Dünya denen dünya, çok değişik özgürlük hak anlayışı ile birlikte Birleşmiş Milletlere girdiği halde, yine o devletlerden hiçbirisi bu evrensel bildirgeye karşı çıkmamaktadır. Hatta evrensel bildirgeyi kabul edip, Birleşmiş Milletlere gi-

rişin bir çeşit başlangıç adımı ya da anlamını veren bir hareket sayılmaktadır. Birleşmiş Milletlere giren devletler kendi içlerinde ve dışlarında dünyaya gerçekleştirilmesi gereken ortak değerler olarak bu değerleri kabul etmektedirler ve bu gelişme, yani karşı çıkmayıp ve zaman içinde de karşı çıkmayıpın sürmüş olması, yavaş yavaş bu Bildirgeye çok büyük bir ağırlık kazandırmıştır. Öyle ki, bugün insan olmanın ölçüsü, devlet içinde ve devletler arasında insanca yaşamının ölçüsü ya da ölçütü, kıstası, bu Bildirge olmuştur. Bunun için, onunla yapılacak olan bir karşılaştırmanın da anlamı pozitif hukuk bakımından belki pek büyük olmayabilir; ama insanlık yarışındaki başarı derecesi bakımından, her toplumun başarı derecesi bakımından, belki Avrupa Sözleşmesi ile yapılacak bir karşılaştırmadan da çok daha fazladır.

Bunu söyledikten sonra, önce kolay olandan başlayarak söze, yahut konunun özüne girmeyi tercih ediyorum.

Kolay dediğim, iki somut metnin karşılaştırılması, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bizim 1982 Anayasasındaki temel hak ve ödevler düzeninin karşılaştırılması. Şunu başlangıçta kesin olarak söylüyeyim : 1982 Anayasası, görünürde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk arasında uyum sağlamak bakımından 1961 Anayasasına göre çok daha başarılıdır. 1982 Anayasasını eleştiren ve bu konuşmada da eleştirecek bir kişi olarak bu gerçeği de çok büyük bir rahatlıkla saptamakta yarar görüyorum. Niçin böyle olmuştur? Çünkü, daha önceki Anayasa, 1961 Anayasası, bu gereği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuktaki haklar ve özgürlükler düzenini bağdaştırmak, uyumlu duruma getirmek gereğini, 1982 Anayasası kadar duymamıştır. O daha genel bir kavramın peşindedir : insan hakları kavramının peşindedir; fakat aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin varlığından da haberdardır. Yine de, böylesine sıkı bir uyum sağlama gereği duyulmamıştır. Tabii, bunun en aşikâr nedeni, 1982 Anayasasının yapılışı sırasında, 1960-1961 döneminden daha fazla, o dönemden epeyce farklı olarak, Türkiye'nin üye bulunduğu Avrupa Konseyi topluluğu bakımından çok yakın bir gözetleme yeri olarak seçilmiş olmasıdır ve Türkiye Anayasasını yaparken kendisine yöneltilmiş olan eleştirilerin büyükçe bir bölümünü hiç olmazsa Anayasa metni düzeyinde karşılamak gereğini çok yakından duymuştur ve Anayasa ile, yöneltilen eleştirilere bir çeşit yanıt verilmek istenmiştir. Yani «bizim kurduğumuz anayasal düzen, sizin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kabul ettiğiniz düzenden farklı bir şey değildir. Onun için eleştirileriniz, bugünkü uygulamalar bakımından da ileri sürebileceği-

niz eleştiriler geleceğe dönük olarak ve mutlaka düzeltilmesi gereken eleştirilerdir denmiştir.

İkinci neden olarak, belki de Anayasa Komisyonu bünyesinde, yani Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonu bünyesinde bu konunun önemine çok daha yakından vâkıf olan ve doğrudan doğruya da o alanda çalışan insanların bulunması gösterilebilir. Bu nedenlerle, söylediğim gibi, bu uyum çok daha rahat bir biçimde sağlanmış sayılabilir.

Bu uyumun en belirgin özelliği, hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından ya da kullanılmasının durdurulması bakımından, hakların hem sınırlandırılması, hem de kullanılmasının durdurulması bakımından, Türk Anayasasının getirdiği hükümlerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde «sınırlamaların sınırlandırılması» sayılabilecek olan hüküm arasındaki benzerliktir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir toplumun yaşamını doğrudan doğruya tehdit eden durumlarda, bazı hakların ve özgürlüklerin sınırlandırabileceğini kabul eden; fakat bu durumlarda bile, yani bir toplumun yaşamını çok yakından tehdit eden durumlarda bile, bazı çok temel hakların sınırlandırılmayacağını ya da yok edilemeyeceğini vurgulayan bir beğgedir. 1982 Anayasası da, bu toplumun yaşamını çok yakından tehdit eden tehlikelere karşı doğmuş bir anayasa niteliği ile ve bu tehlikeler dolayısıyla, hâlâ sürebileceğini varsaydığı tehlikeler dolayısıyla, haklara ve özgürlüklere oldukça önemli sayılabilecek sınırlamalar getirmiş bir anayasa olarak yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel biçimde bazı temel hak ve özgürlüklerin bu durumlarda bile durdurulamayacağını belirtmektedir.

İsterseniz, 15 inci maddenin metnini beraber okuyalım : Belki tuhaf bir raslantı, bizim Anayasamızdaki 15 inci madde ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki maddenin numaraları bile aynı. Bizdeki hüküm şöyle :

«Birinci fıkrada belirtilen durumlarda, yani bazı tehlikeler karşısında hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulabileceğini, tehlikelere karşı, Anayasayla korunmuş hakları ihlal eden önlemlerin de alınabileceğini vurgulayan birinci fıkradaki durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz, kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerin; açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz, suç ve cezalar geriye yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanmaya kadar kimse suçlu sayılamaz.» Hüküm, «bu durumlar da bile bunlar olamaz» demektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aynı maddesine baktığımız zaman, bu çeşit önlemlerin, yani sınırlayıcı ve durdurucu önlemlerin alınmasını belirten fıkradan sonra, «Yukarıdaki hüküm» diyor sözleşme, «meşru harp fiilleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, —ki bizim Anayasamızda da o var— ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiç bir surette ihlalle mezun kılmaz.» Yani, o durumlar bunların ihlal edilmesine bir devleti mezun, izinli kılmaz.

Bakıyoruz, nelerdir bunlar? Sözleşmenin ikinci maddesinde belirtilen özgürlük ya da hak, bizim Anayasada yaşama hakkı biçiminde geçen ve dolayısıyla bu fıkra ile kendisi arasında bir paralellik kurulabilecek olan hükümdür.

Üçüncü maddeye bakıyoruz : Bu üçüncü madde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde, «hiç kimse işkenceye, zalimane gayri insanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz» biçimindedir. Bizim Anayasamızda, bu çok daha kibarca bir terimle ifade edilmiştir : Anayasa, «Kişinin maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz» demektedir. Oysa, daha sonra gelecek olan 17 nci maddede, yani kişinin hakları ve ödevlerini belirleyen 17 nci maddede, işkenceye doğrudan doğruya atıf vardır, eski anayasalarımızda da olduğu gibi : «Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz,» Yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesindeki hüküm, aşağı yukarı kelime kelime tercüme edilerek, eski anayasalarımızda da olduğu gibi, hatta biraz daha genişletilerek, burada da vardır. Onun için, sanıyorum, böyle durumlarda bile, yani vatanın, devletin tehlikeye girdiği, olağanüstü önlemlerin uygulandığı hallerde dahi işkencenin yapılamayacağını belirleyebilmek için, böyle «maddî ve manevî varlık» gibi dolaylı ve üstü kapalı bir terim yerine, bu hüküm, 17 nci maddenin üçüncü fıkrasında olduğu gibi, aynı sözlerle «işkence yapılamaz, eziyet edilemez» tarzında sözlerle buraya aktarılsa idi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çok daha yakın bir paralellik kurulmuş olur ve ülkemizde çok tartışma konusu olan bir konu, bu hallerde dahi tartışma konusu yapılmaması gereken bir konu olarak vurgulanabilirdi. Sanıyorum, bütün bu paralelliğe, bu uyuma rağmen, eleştirilmesi gereken noktalardan biri budur.

Öbür hükümler yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bir paralellik hatta, bazı bakımlardan onların da ötesine geçen bir kapsam getirmektedir. Örneğin, «kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz». Belki, işken-

ce konusunda demin hissettiğiniz eksiklik bu hükümle tamamlanabilir, yani özellikle insanların düşüncelerini açıklamak bakımından yalnız işkenceyle değil, herhangi bir zorlama önlemi ile karşılaşmamaları konusunda bu hükme dayanılabilir.

Yine paralellik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde cezaların geriye yürümezliği kavramı ile ilgilidir. Yalnız bizim Anayasamızda benim anlamakta güçlük çektiğim şu : «suç ve cezalar geriye yürümez, yürütülemez» tarzında bir anlatım var. Tabii, cezanın geriye yürümezliği anlaşılıyor da, suçun geriye yürümezliği biraz hukuk bakımından zor anlaşılabilir bir kavram. Aslında, her halde kastedilen, geçmiş Anayasada çok daha açık bir biçimde belirtilen ve bu anayasa da söylenmiş olan, «kimse işlendiği zaman yürürlükte olan yasalara göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmaz» hükmüdür. Yani hep bildiğimiz genel ceza hukuku ve anayasa hukuku kuralı bununla ifade edilmek isteniyor. Ama, sanıyorum, cezanın geriye yürümezliği zaten bunu ifade etmektedir. Suçun geriye yürütülmesi, bu paralellik çizmeye çalışan hükümde, biraz tuhaf gözüküyor.

Yine bu denklik ve paralellik bakımından dikkati çeken bir başka düzenleme var. Belki de bizim Anayasa Hukukumuz pahasına, onun zararına olmuş olan bir düzenleme. Daha doğrusu bizde başlamış olan bir gelişmenin önlenmesini ve yavaşlatılmasını sonuçlandırarak olan bu düzenleme şudur : Eski Anayasamızda, bir «öz» kavramı vardı; yani yapılacak bazı sınırlamaların bir hakkın ve özgürlüğün özünü ortadan kaldıramayacağı; hangi durumda olursa olsun, özünü ortadan kaldıramayacağı yönünde bir sınırlama vardı. Bu gerçi bizim çok orijinal bir buluşumuz değildi; Alman Anayasasından alınmıştı; fakat Alman Anayasa Mahkemesi bu kavramı yeterince geliştirmiş sayılmazdı; çünkü bu sorun çok fazla tartışma konusu olmamıştı, yani işler o öze, o çekirdeğe kadar gelmiş değildi Alman uygulamalarında. Onun için de, öz tartışması yapılmamıştı. Ama, sanıyorum, bugün kuruluş yıldönümünü kutladığımız bizim Anayasa Mahkemesinin belki dünya hukuk literatürüne katkı sayılabilecek olan bir çalışması, bu öz kavramının geliştirilmesi bakımından oldu, yani Almanya'da olmamış olan bir gelişme bizde oldu ve Anayasa Mahkememizin geçmişteki, şimdi ayrıntılarına girmeyeceğim bazı önemli kararlarında «öz» kavramı tanımlanmaya çalışıldı. 1982 Anayasası «öz» kavramını, «dokunulmaz öz» kavramını kaldırmıştır; çünkü bu kavram Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yoktur. Onun yerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki bir kavramı, «demokratik toplumun gerekleri,» ya da demokratik toplumun zorunlu kıldığı gereklilik durumları, demokratik toplumu

ayakta tutmanın zorunlu kıldığı gereklilik ölçüleri dahilinde bir sınırlama olabileceğini söylemiştir. Bir de, aslında İnsan Hakları Sözleşmesinde bulunmayan, ama Avrupa'nın çeşitli hukuk sistemlerinden ve özellikle yine Alman sisteminden alınma bir «ölçülülük» ölçütünü getirmiştir; yani, haklar ve özgürlükler, ancak durumun gereği ölçüsünde sınırlanabilir ve bu sınırlamaların demokratik toplum gereklerine de ters düşmemesi gerekir.

Tabii, bu da yeniden geliştirilmesi gereken bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kendi hukukumuz arasında bir paralellik kurmak gereği dolayısıyla, «demokratik toplum» kavramına atıfta bulunulduğu için, bu kavram eski Anayasamızda böylesine önemli bir yerde vurgulanmamış olduğu için, Anayasa Mahkemesinin şimdi yeniden bu kavramı geliştirmesi ve bununla birlikte yine ölçülülük kavramını da geliştirmesi gerekecektir. Sanıyorum, «demokratik toplum» kavramı yerine, «öz» kavramı muhafaza edilseydi ve bununla birlikte yine «ölçülülük ve demokratiklik» ölçütleri getirilseydi, yani, demokratik toplum ölçüsü, demokratik toplumun gerekleri ölçüsü, öz pahasına getirilmiş olmayıp, onu tamamlayıcı bir ölçü olsaydı, hukuk sistemimizdeki düzenleme çok daha iyi olabilirdi. Dolayısıyla, bizim Anayasamızda ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayan bir düzenlemeye, sınırlamaya ve durdurmaya müsaade vardır ve bu da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle paralellik kurmanın bir gereğidir.

Bu egzersizi, şimdi bir - iki hüküm üzerinde yaptığım bu egzersizi, başka hükümler bakımından da yapmak, ayrıntılara girmek mümkün. Ama, böyle bir toplantıyı, bununla kalabalıklaştırmak istemiyorum. Bu bölümle ilgili olarak, genel olarak söylemek istediğim şu : bir ayarlama vardır, bu ayarlama oldukça başarılıdır. Fakat, bu ayarlama bazı noktalarda birtakım fireler vermektedir. O fireler, aslında ikinci karşılaştırma için içpuçları da olabilecek olan firelerdir.

İkinci karşılaştırmada asıl önemle vurgulanması gereken nedir? O, 1982 Anayasasına egemen olan genel felsefede yatan bir noktadır. 1982 Anayasası, bütün anayasalar gibi kendinden önceki dönemin olaylarından büyük ölçüde etkilenen, dolayısıyla o dönemde tehlikeye girmiş olan kavramların korunmasına çok büyük önem veren, ağırlık veren bir anayasadır. 1982 Anayasasında devlet ön plandadır, otorite ön plandadır, toplumun huzuru ön plandadır, devletin bütünlüğü ön plandadır, millet ve devlet bütünlüğü ön plandadır. Başka kavramlar da var, gerek başlangıçta, gerek maddelerde sık sık tekrarlanan kavramlar da var. Bunlar bireysel özgürlüklerin önüne geçmiştir.



Bu temel yaklaşımın en belirgin ifadesini, devleti tanımlanmasına ilişkin olan 2 nci maddede görüyoruz: 1961 Anayasası, «insan haklarına dayanan» bir devletten söz etmekteydi. 1982 Anayasası, «insan haklarına saygılı» devletten söz etmektedir. Arada çok küçük bir fark varmış gibi gözükebilir, «dayanan» ve «saygılı» sözleri dolaşısıyla; ama, anayasaların bütünü ele alındığı zaman, bu küçük fark, aslında çok büyük bir yaklaşım farkını anlatmaya yarayabilir.

Nedir yaklaşım farkı? 1961 Anayasası, yine kendinden önceki döneme tepki olarak ve yine o dönemin tepkisini belki de abartarak, özgürlük kavramına, hak kavramına, özellikle bireyin topluma karşı, devlete karşı olan korunmasına ağırlık vermiş olan bir Anayasadır. Bunu yaparken hem temel haklarda buna ağırlık vermektedir, hem de gerek devletin tanımlanmasında, gerek Anayasanın başka yerlerinde, Başlangıcında ve başka maddelerinde, insan haklarından söz ederek, arada eğer bir açıklık varsa, insan haklarıyla Anayasadaki temel haklar arasında bir açıklık varsa, o açıklığın da vurgulanmasına önem vermektedir. Çünkü, başlangıçta söylediğim gibi, her devletin kendi temel haklar düzeni nihayet bir pozitif hukuk düzenini oluşturur; ama, onun ötesinde bütün insanlığın başarı ölçüsü olarak da bir «insan hakları» kavramı vardır. Dediğim gibi, bir uluslararası metinde belirtilen fakat o metnin gerisinde, çok büyük tartışmalara da yol açabilen, henüz belki «nebula» halinde, bütün metne dökülmüşlüğüne rağmen nebula halinde; ama, insanlığın ortak idealini meydana getiren bir insan hakları kavramı vardır.

Anayasanın bunu belirtmesi ve «Devlet buna dayanır» demesi devlete bir çeşit yol göstericilik anlamını taşımaktaydı: Devlet, kendi varlığını, varoluş nedenini insan haklarının gerçekleştirilmesine dayandırmalıdır. Devlet bunun için vardır, kendi şemsiyesi altında yaşayan bütün insanların, insan hakları denen o yüce ölçülere erişebilmesi için vardır. Tabii her şeyden önce onların yaşamları için vardır. Ondan sonra da onların kişiliklerini geliştirmeleri için vardır ve onlara bu bakımdan birtakım olanaklar sağlamak için vardır.

Onun için, eski Anayasanın 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasındaki «Devlet, kişinin maddî manevî varlığının geliştirilmesi için birtakım engelleri kaldırır ve ona çalışır» diyen hüküm, bu anlamda, kişinin geliştirilmesi anlamında ve insan hakları denen düzeye çıkartılması anlamındadır. Devletin varlığı budur.

1982 Anayasasında bunun böyle olduğu çok açık bir biçimde vurgulanmış değildir ve belki de bundan farklı bir yaklaşım sezilmektedir. Tabii, «devlet, devlet için vardır» ya da «devlet yüceltilmiştir, illâ

da devlet vardır, toplum vardır, Anayasa bunun için vardır» demek istemiyorum. 1982 Anayasasını buncasına suçlamak yanlışlık olur; ama, 1982 Anayasasının yaptığı özde şudur; birtakım maddelerde kendisini gösteren, hatta Başlangıç kısmında sık sık vurgulanan iş şudur : Anayasa kendisi birtakım haklar ve özgürlükler düzeni kurmuştur; sınırlılığı ölçüsünde, düzenlendiği ölçüde, kendisinin bir haklar ve özgürlükler düzeni vardır ve devlet buna dayanır, bu haklar ve özgürlükler düzenine dayanır. Bunların gerçekleştirilmesi için vardır. Uzaktaki bir ideal için değil, kendisinin saptamış olduğu bir haklar ve özgürlükler düzeni için vardır. Vatandaşlar bu Anayasadaki haklar ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için de, kendi maddî manevî varlıklarını geliştirirler. Vatandaşlar bu Anayasanın koyduğu ideallere doğru götürülürler. Bunu yaparken —onda da yine haksızlık etmemek lazım— Türkiye Devleti, dayanağı insan hakları olmamakla birlikte, yani kendi Anayasasındaki pozitif hukukun ötesinde bir ideali olmamakla birlikte, insan haklarına da saygılıdır; yani, onları ihlal etmemeye çalışır, onlarla karşılaştığı zaman selâm verir anlamında saygılıdır. İnsan haklarıyla devlet arasında saygıya dayalı bir ilişki vardır. Fakat, amaca dayalı, temele dayalı bir ilişki yoktur. Devlet felsefesi bakımından, sanıyorum bunda önemli bir fark kendisini gösteriyor ve bana sorarsanız eleştirilebilecek olan bir farktır bu. Çünkü, devlete bir duraganlık, durgunluk getiriyor. Kendi hak ve özgürlük düzeniyle bağlı, onun gerçekleştirilmesinden ibaret bir amaç benimseyen bir devlet. Kendi kendisini aşmaya çok fazla niyetli olmayan bir devlet.

O bakımdan, 1982 Anayasasının çok daha pozitivist olduğu söylenebilir, belki de hayalci sayılabilecek olan 1961 Anayasasına göre; ama, bütün toplumlar için böyle bir hayalin gerekli olduğunu da, zannediyorum, hepimiz kabul ederiz. Çünkü toplumları ileriye götürebilecek olan, bu hayallerdir.

Genel olarak bu yaklaşımı belirttikten sonra, sanıyorum yine belirtilmesi gereken, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre belirtilmesi gereken bir başka yaklaşım farklılığı, ödev kavramında ortaya çıkmaktadır.

Aslında, «ödev» sözü 1961 Anayasasında da olan bir sözdür. Oradaki kısım da, «Teme! haklar ve ödevler» başlığını taşırdı. Fakat, ödevin gerçekten var olduğunu ve her zaman için söz konusu olduğunu belirten bir hüküm 1961 Anayasasında yoktu. 1982 Anayasası, genel hükümlerin en başında, 12 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, dokunulmaz, vazgeçilmez özgürlüklerden söz ettikten sonra. «Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder» diyor. Yani 1961 Anayasasına göre, zaten

doğal olarak kabul ettiği her hakla birlikte, her özgürlükle birlikte, bir ödev ve sorumluluk da gelir. Onun için bunu ayrıca belirtmeye gerek yoktur. Olsa olsa çok somut birtakım ödevlerin ortaya çıktığı durumlarda —vergi ödevi gibi, savunmaya katılma hak ve ödevi gibi durumlarda— bunları belirtmek gerekir; ama, genellikle böyle bir genel hükme gerek yoktur. Fakat, 1961 Anayasasından farklı olarak, 1982 Anayasası, ödev kavramını altını çizerek vurgulamaktadır. Çünkü, demin söylediğim endişelerle toplumda bir dayanışma, bir bütünlük, devlette bir yıkılmazlık yaratabilmek için, bu ödev kavramının vurgulanması gerekmektedir. Ama, bu temel yaklaşım da yine birtakım tehlikeleri kendi içinde taşıyan bir temel yaklaşımdır ve bu tehlikelerin doğmaması için, yine insanlığın ortak ideali olarak benimsenen Evrensel İnsan Hakları Bildirgesindeki ödev kavramından yararlanmak gerekecektir.

Bu yararlanma olmazsa, Anayasada yer alan ödev kavramı, Türk insanı için rastgele ödevler yaratabilir, Türk insanı için hatta özgürlükleri sınırlayıcı ödevler yaratabilir ve bu ödev kavramından, yani «topluma, insanlara, başkalarına karşı ödevler vardır» düşüncesinden yararlanarak, haklarda ve özgürlüklerde aşırı sınırlamalara gidilebilir. Bunun olmaması için, sanıyorum bir somut örnek olarak, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin, 29 uncu maddesini imdadında çağırmak gerekir. «İmdada çağırmak» diyorum; aslında, bir açıklama, bir yorum ipucu olarak bundan yararlanmak gerekir.

29 uncu madde ne diyor? Bizim resmî metindeki çeviri çok açık değil, şöyle diyor: «Her şahsın şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi ancak içinde yaşamasıyla mümkün olan topluluğa karşı vecibeleri vardır» Kişinin topluma karşı ödevleri vardır, niçin vardır? Çünkü, kişinin serbest ve tam gelişmesi, ancak toplum içinde yaşamasıyla mümkündür. Toplum kendisine bunu sağladığı için, toplum kendisinin tam gelişmesini sağlayan bir birim olduğu için, kişi o birimin içinde, yani kendisinin gelişmesini sağlamak olanağını veren, kendisinin gelişmesini sağlayan birim içinde yer aldığından, ona karşı ödevleri vardır. Dolayısıyla, mantıken bundan çıkarılacak olan sonuç, toplum ya da toplumun örgütlenmiş biçimi olan devlet, kişinin kendi kendisini geliştirmesine olanak sağlaması gereken, bunu ödev olarak alması gereken bir toplumdur ya da devlettir. Ödev, eğer toplum bunu yapıyorsa vardır, bunu yapmıyorsa yoktur. Toplum, bedava ödev isteyemez. Devlet, bedava ödev isteyemez insanlardan. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin bu hükmünün özünden çıkarılabilecek bir anlamla, devlet, kişilerin kendi kendilerini geliştirmelerini sağlayan, sağlaması gereken bir kuruluştur. Onun karşılığında bir ödev bekleyebilir.

## TARTIŞMA

BİR DİNLEYİCİ —

Sunduğunuz tebliğde, Anayasaların genel iradeyi yansıtan uzlaşma metinleri olduklarını ve bunların sık sık değiştirilmelerinin uzlaşma niteliklerini ve saygınlıklarını ortadan kaldırdığını vurgulamıştınız.

Sık sık değiştirilmeleri yerine, onları farklı ve olumlu şekilde yorumlayarak, demokratik nitelikli kılınabileceğini belirtmişsiniz. Anayasanın bir kısım hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri işletmeye yönelik olmayan hususlardan olması, asgari bir demokrasinin oluşumunu engellemeyecek mi?

Bu durumda, uygulamada Avrupa İnsan Hakları Bildirgesiyle paralellik sağlanabilecek midir? Özgürlük otorite dengesinin, özgürlükler aleyhine bozulmasını kim engelleyecektir? Anayasa Mahkemesinin denetimi bu durumda yeterli olacak mıdır? Anayasa değişikliği kaçınılmaz olmayacak mıdır?

Doç. Dr. ERSAN İLAL\*

Doğrusu 1982 Anayasasının, 2 nci maddesinde, «İnsan haklarına dayanan» sözcüğünün «İnsan haklarına saygılı» biçimine getirilmesi ve başlangıçtaki «Bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkılamayacağı» hükmü karşısında, 1961 Anayasasından daha uyumlu bir Anayasa olduğunu, uluslararası insan hakları gelişmeleriyle uyumlu olduğunu söylemek bana zor gözüküyor.

Bence daha önemli bir konu var; insan hakları kavramı. Kanımca böyle ulusal ölçeklerde insanlar değil de, uluslararası ölçekte birden bire insan oluyorlar yanılığsından kurtulmak gerekiyor. Sanıyorum ki asıl önemli özgürlüklerin olduğu yer, ulusal ölçekler, Anayasalar,

---

(\*) İ.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi.

buradaki hukuk düzenleridir. Sizin de belirttiğiniz gibi, uluslararası ölçekte ödünleşmeler söz konusu; çeşitli ideolojiler, totaliter ülkelerle liberal ülkeler arasındaki ödünleşmeler. Onun için, listeler ne iç hukuklardaki kadar zengin, ne de sınırlamaları onlardaki kadar sınırsız.

Bu açıdan, onlara uymaya çalışmak belki de iyi bir örnek değil. Asıl güvence iç hukuklarda olmalı. Bu açıdan da bana öyle geliyor ki, 1982 Anayasası 1961 Anayasasının gerisine düşüyor. Bence insan haklarına gönderme yapma, hani imdada yetişme var ya, orada bir uygulama eksikliği varsa, o zaman uluslararası araçlardan yararlanma, uluslararası yargıdan yararlanma, uluslararası örgütlerin ağırlığından yararlanma biçiminde gelmeli. Bu da 1982 Anayasasında pek olanaklı gözüküyor gibime gelir.

Prof. Dr. ORHAN ALDIKAÇTI\*

Sayın Başkan, ben soru sormaktan ziyade, değerli meslek arkadaşımın birkaç noktada yaptığı tenkitlere cevap vermek istiyorum. Çünkü kanaatime göre Anayasa yapılırken, Anayasa Komisyonunda sorun tartışılırken düşünülen ve gerçekleştirilenden farklı bir yorum getirmektedir.

Sayın meslek arkadaşım üç noktada Anayasanın fert hak ve hürriyetleri kısmını eleştirdi. 15 inci maddeyle 17 nci madde arasında bir çelişki var mı? Gayet nazikane ifade edilmiştir dediler; —gerçekten de bunu düşündük, tahminleri gayet doğrudur— 15 inci maddede bu işkence kelimesini, hoş olmayan işkence kelimesini kullanmak yerine daha yumuşak bir tabir kullanalım dedik; ve 17 nci maddede de gerçekten kişinin haklarını, kişinin dokunulmazlığını, maddî ve manevî varlığını sağlamak bahis konusu olduğu zaman, olayı yahut da olguyu bütün acı çıplaklığıyla ortaya koymak için, «işkence ve eziyet yapılamaz» deyimlerini kullandık.

Unutulmaması gereken bir husus, Anayasanın bütün hükümleriyle beraber yürürlüğe girdiğidir. Ne 15 inci maddeyi tek başına değerlendirmek, ne de 17 nci maddeyi ayrı olarak yorumlamak mümkündür. Eğer 15 inci maddeyle 17 nci madde arasında bir ilişki kurmak mümkünse, her iki maddeyi aynı şekilde demiyorum, fakat beraber yorumlayıp, bir sonuca varmak mümkünse, o zaman 15 inci maddeyle 17 nci maddeyi beraber yorumlamak lazımdır.

(\*) I.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

Sanmıyorum ki, 15 inci maddeyle 17 nci madde beraber yorumlandığı zaman arkadaşımızın duyduğu endişeler, haklı olsun.

İkinci husus; suçun geriye yürürlüğü kavramı, Kendileri tabii memleketimizin yetişkin ve kaynak tabakasında bulunan bir anayasacısı. Sorunu anlamış, fakat sanıyorum ki, herkes anlamıştır. Suçun geriye tepmemesi, yahut geriye yürümemesi demek; yani makabile şamil suç olmaz vesaire... demektir. Bu da pekalâ anlaşılmalıdır. Sanıyorum ki bu noktada da fazla bir tartışma yok.

Fakat, asıl önemli olan husus, «öz» ve «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olan» kavramlarıdır. Gerçekten öz kavramı kaldırılmıştır; ve öz kavramını biz Anayasa Mahkemesinin bütün çabasına rağmen, fert hak ve hürriyetlerinin sınırlanmasında, billurlaşması mümkün olmayan bir kavram olarak gördük. Nitekim toplantı ve gösteri yürüyüşlerine ilişkin kararında Anayasa Mahkememiz diyordu ki : «bir hak ve hürriyetin özüne dokunulduğu ancak o hak ve hürriyetin bir daha kullanılmasının mümkün olmadığı hallerde bahis konusu olabilir.» Aşağı yukarı bu şekilde, kelimesi kelimesine hatırlayamıyorum. Anayasa Mahkemesi bu noktaya dayanarak bir valinin, bir toplantıyı yahut gösteri yürüyüşünü 6 ay ertelemesini Anayasaya uygun bir hüküm olarak görüyordu.

Halbuki düşünelim ki, bugün biz enflasyon dolayısıyla bir yürüyüş yapmak istiyoruz. Valimiz bunu birtakım gerekçelerle 6 ay erteliyor. 6 ay sonra bana «6 ay evvel yapmak istediğin yürüyüşü gel bugün yap» diyor; benim için o yürüşün o gün belki anlamı kalmamıştır, özünü yitirmiştir. Onun içindir ki, benim toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkımın özü ihlal edilmiştir.

Binaenaleyh, bu öz kavramının hiçbir zaman yeterli derecede açıklığa kavuşamayacağı inancıyla, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Bildirisinde bulunan, «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olan» kavramını getirdik. Bunu getirmekle doğru yaptığımıza da kaniyim; arkadaşlarımla beraber kaniydik. Çünkü öz kavramı çok soyut bir kavramdır. Halbuki «demokratik toplum düzeninin gerekleri» somutlaştırılması mümkün olan, somutlaştırılabilen ve hatta ilkeleri tespit edilmesi çok kolay olan bir kavramdır. Bundan dolayıdır ki yaptığımız değişikliğin, iddia edildiğinin aksine, Anayasanın işlemesi, fert hak ve hürriyetlerinin korunması açısından daha önemli olduğunu ve daha gerekli olduğunu düşünüyoruz. Esasen kendileri de, Alman Anayasa Mahkemesinin bocalamakta olduğunu —sonunda— belirtmiştir.

Şimdi, şahsen, kişisel dünya görüşüm bakımından beni asıl üzen tenkit, devletin ferdin önüne çıkartıldığıdır; yahut devletin ferdin üstüne çıkartıldığı görüşüdür. Anayasamızda hiçbir şekilde böyle bir düşünceyi böyle bir dünya görüşünü gerçekleştirmek yolunu seçmedik, düşünmedik dahi. Kendilerine şunu hatırlatmak isterim ki, gerçekte 12 Eylül'den evvel devlet otoritesi zayıflamıştı; devlet gücünü yitirmişti. Biz, bir devletin haiz olması gereken otoriteyi, bir devletin haiz olması gereken gücü yeniden tesis etmek istedik. Yoksa, devlete birtakım yetkiler vererek, ferdin üzerine çıkartmak istemedik. Yoksa, şahsen biz tabii hukuk okufuna inanan, bütün karşı tenkitlere rağmen, tabii haklar kavramına inanan bir düşüncededeyiz; ve bunu da Anayasanın 5 inci maddesinde gayet açık bir şekilde «Devletin temel amaç ve görevleri» kısmında belirttik. Anlatmak istedik ki, devlet belki de suni bir yaratıktır, suni olarak fertler tarafından yaratılmış bir güçtür, bir organdır, otoritedir, ne dersiniz deyin ve bu devletin görevleri vardır. Bu devletin görevleri arasında neler vardır; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak. Devlet ferdin hizmetindedir. Burada kişinin temel hak ve hürriyetlerini devletten de öne koyuyoruz, devletin bu temel üzerinde, kişinin var olduğunu kabul ettiğimiz hak ve hürriyetlerini gerçekleştirmek için, sosyal devlet niteliğine büründüğünü söylüyoruz.

2 nci maddede söylenen «İnsan haklarına saygılı» deyiimi ise, insana saygı, insan haklarına saygı kavramının ifadesidir. Yoksa, bu 2 nci maddeyi yorumlayarak, orada devleti ferdin üzerine çıkarttığımız düşüncesi, bizim düşüncemiz değildir. Bizim düşüncemiz 5 inci maddede bulunmaktadır.

#### NAHİT SAÇLIOĞLU\*

Sayın Soysal, çok değerli açıklamalarında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin benimsenmesi veya hiç değilse karşı çıkılmaması konularına temas buyurdular. Bendenizin teması da bu iki nokta üzerine, iki yabancı anayasadan örnek vermek suretiyle olacaktır. Bunlar aynı zamanda benimsenmenin nisabıdır, fakat bir tanesi bendenize çok şümüllü gelir. O da İtalyan Anayasasının 10 uncu maddesi. O kadar ki —şimdi metni tam yok yanımda, hafızamdan arz edeceğim, yanlış söylersen tashih buyurulur— İkinci Dünya Harbi sonunda faşist idareden kurtulan İtalyanlar, Anayasalarına şöyle bir hüküm aldılar; de-

(\*) Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi.

diler ki «Yapılacak yasalar umumen kabul edilmiş, yani evrensel hak kaidelerine aykırı olamaz.» O kadar ki, parlamentosunun da elini kolunu bu geniş hak kaideleriyle bağlamak için «yalnız İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi» demeden, tahsisen onu zikretmeden, «umumen kabul edilmiş» şeklinde bir ifadeyle Anayasalarında yer verdiler. Bu bana insan haklarını benimsemenin çok şümüllü bir misali olarak gözüktür.

İkinci bir misal; Fransız Anayasasından. Yine İkinci Cihan Harbi sonrası Anayasasından. Bu Alman Anayasasında da var sanıyorum, melce hakkı konusu; fakat bu melce hakkı kendi parlamentosuna veyahut kendi yasama organlarına değil, bütün cihana hitap eden bütün insanların hürriyet mücadelesine hitap eden bir ifade taşıyordu. O da metin olarak tamamen aklımda değil tabiatıyla, mealen arz edeceğim. Diyor ki : «Bu anayasada zikredilen prensipler, hak ve hürriyetler uğrunda yaptığı mücadeleden dolayı vatansız kalanlara Fransız toprakları melcedir.» Bu da şumul bakımından, hem nitelik hem şumul bakımından. Bunlar gayet enteresan. Bir evrensel beyannamenin kendi anayasamıza veyahut yasalarımıza sınırlı yansımalarından ibaret değil, gayet şümüllü hükümler. Bana enteresan gözüktüğü için bunu arz ettim.

Yalnız, burada esas merakımı mucip olan, Fransızların bir davranışı var. Ona Sayın SOYSAL ne buyururlar. Fransızlar bu melce hakkını 2. Cihan Harbi sonrasında kabul ettiler; Fakat, De Gaulle döneminden sonra, yanlış kalmadıysa hatırımda, bundan vazgeçtiler. Acaba bu vazgeçişe, İnsan Hakları Bildirgesine bir karşı koyuş veyahut benimsememek gözüyle bakabilir miyiz? Bakılamaz, çünkü diğer bir çok hukuku benimsemiş vaziyetler. Ama tam böyle dünyaya açılmışken birden bire bu pencerenin bir tanesini kapadılar. Bunu nasıl değerlendirirler? Bunu istirham edeceğim.

#### BİLAL KARTAL\*

Efendim, Sayın hocam tebliğlerini sunarlarken şöyle bir hususu belirttiler. 1982 Anayasasındaki temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Bildirgesine çok yakın olduğunu, hatta onun adeta bir kopyası bulunduğunu ifade ettikten sonra, 1982 Anayasasının buna rağmen, devleti ön planda tutan, devlet otoritesini ko-

---

(\*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.



ruyan, adeta fert hak ve özgürlüklerini bir yerde bu otorite sebebiyle ne de olsa bir sınırlandırmaya doğru götürebilecek hükümler taşıdığını (yanlış anlamıyorsam) belirten bir mana verdiler. Bu bir çelişki değil mi? Hem pozitif hukuk bakımından anayasanın başlangıç bölümündeki temel hak ve özgürlükleri ile ilgili hükümlerin İnsan Hakları Bildirgesine bir yerde özü bakımından eşdeğer olduğunu hem de diğer hükümlerle bunların sınırlandırıldığını ifade etmişlerdir. Bu anayasa içindeki bir çelişki değil mi?

Bir de sayın hocam ALDIKAÇI da dokundular, işkenceyle ilgili hükmün 15 inci maddede değil de 17 nci maddede yer almış olması; acaba bundan işkenceye tehlikeli durumlarda bir ölçüde cevaz verildiği anlamı çıkarılabilir mi. Yoksa sayın hocamın belirttikleri gibi onu bütün olarak alırsak, işkence gerçekten her türlü durumlarda ve her türlü tehlikede de yine yasak mıdır?

#### YILMAZ ALİFENDİOĞLU

Sayın Soysal'a tebliği için çok teşekkür ederiz, gerçekten çok yararlandım. Benim aklıma gelen birkaç husus var, onu arz etmek istiyorum. Sayın Soysal, Avrupa İnsan Hakları Bildirgesindeki temel hak ve özgürlüklerin yahut ilkelerin Anayasaya geçirilmesinde 1982 Anayasasının, 1961 Anayasasına göre daha başarılı olduğunu söylediler. Ancak; Avrupa İnsan Hakları Bildirgesi, sanıyorum amacı itibarıyla bireyi ele alan, bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumayı hedef alan bir sözleşme, bir bildirge. Ancak, yine daha sonra, 1982 Anayasasının özellikle devlet, otorite, toplum huzuru gibi kavramlara ağırlık verdiği ve devleti bir anlamda bireye tercih ettiğini söylediler. Burada, bana, bir çelişki var gibi geliyor. Bu çelişki, sadece Avrupa İnsan Hakları Bildirgesindeki bazı kavramları 1982 Anayasasına almak yönünde bir zorlamadan mı ileri gelmekte; yoksa temelde bu ilkelerin Anayasaya aktarılmasının esasta istenmesine karşın bireyle -otorite arasındaki dengenin iyi tayin edilmemesinden mi kaynaklanmaktadır?

#### Prof. Dr. MÜMTAZ SOYSAL

Anayasa hukukçusu olarak ve bunu öğretmeye çalışan bir kişi olarak, çeşitli anayasaları çeşitli açılardan eleştirmek mümkündür. Özellikle kendi kişisel yaklaşımımız da buna eklenirse, bir anayasayı eleştirmek çok mümkündür. 1982 Anayasası benim açımdan da böyle bir

anayasadır; ama yine anayasa hukukçusu ve bunu öğretmeye çalışan bir kişi olarak, eleştirilseler ve çok eleştirilseler bile, anayasalarla fazla oynanmasından yana değilim. Türkiye'nin sanıyorum çektiklerinin büyükçe bir bölümü anayasalarla fazla oynamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Anayasalar, özellikle demokratik biçimde yapılmış olan anayasalar, teknik kusurlardan ya da bunun ötesine geçen birtakım temel kusurlardan tamamen arınmış olamazlar. Hele böyle seçimle kurulmuş bir meclis söz konusuysa, orada söz konusu olan ille teknik mükemmeliyet ya da belirli ilkelerin tam olarak sağlanması değil, bir ortak sözleşmenin yapılması, herkesin razı olacağı bir kurallar bütününün oluşturulmasıdır; ve bu süreç içinde birtakım yanlışlar yapılabilir. Önemli olan uygulamada, özellikle bu uygulamaya olanak sağlayan durumlarda, bu yanlışların zaman içinde yorumlarla düzeltilmesi, doğru yorumların yapılmasıdır.

Türkiye'de bu görev büyük ölçüde Anayasa Mahkemesine düşüyor. Bunun için, böyle bir toplantıda bunu özellikle vurgulamak istiyorum. Çünkü, öbür türüsü, yani anayasalarda hatalar, eksikler, yanlışlar görüldüğü zaman bunu ille de hemen anayasa değişiklikleriyle önlemeye çalışmak, sonunda birike birike bütün anayasanın değiştirilmesi ortamını yaratıyor. Buna elverişli bir ortam yaratıyor; ve biz sık anayasa değiştiren bir toplum haline gitgide daha çok yaklaşıyoruz. Onun için sık anayasa değiştirmek yanlış bir şeydir. Anayasasız da idare edilen toplumlar olduğunu düşünürsek, bu belki de kendini idare edemeyişin, sık sık toplum sözleşmesi değiştirmenin bir belirtisi olarak da ortaya çıkabilir. Oysa bir toplum, kendi kendisini idare etmeyi düşse kalkan öğrenir, anayasa değiştirerek değil; çünkü çok güzel anayasalar yapmak, birkaç kişi toplanırsa daha mükemmeliğini yapmak mümkündür; ama önemli olan, bir toplumun düşse kalkan kendi kendisini yönetmeyi öğrenebilmesidir. Bu da mümkün olduğu kadar kesintisiz bir ders gerektirir. Kesintisiz bir filmi seyretmeyi ve yaşamayı gerektirir; ama sık sık anayasa yapma gereği, toptan anayasa değiştirme gereği getiren ortamlar yaratıp ondan sonra da toptan anayasa değiştirildiği zaman, toplum şaşırabilir; neyi öğreneceğini de unutabilir. O bakımdan, ben kendimi 1982 Anayasasını çok eleştirebilir durumda hissetmekle birlikte, 1982 Anayasasının doğru yorumlarla pekâlâ bu toplumun bir süre kendi kendini yönetmeyi öğrenmesine elverişli duruma getirilebileceği kanısındayım. Bütün anayasalar için böyle, 1961 Anayasası için de böyle düşünüyordum, 1924 Anayasası için de böyle düşünüyordum. 1924 Anayasası keşke yıkılmasaydı; ve biz o sağ-

lam yapı içinde birtakım ilavelerle, birtakım kurumlar yaratarak, o uzun dersi hep birlikte yaşayabilseydik. 1982 Anayasasının özgürlük - otorite arasında kurduğu denge (bana sorarsanız, biraz sonra dokunacağım, Sayın Aldıkaçtı'dan farklı düşünüyorum) otoriteye daha fazla ağırlık veren, devlete bireye karşı daha fazla ağırlık veren bir anayasal dengedir. Bu yanlış dahi olsa, beğenmesek bile (yanlış belki yanlış bir söz) bu denge, toplumun yaşayışı içinde doğru bir şeye, doğru yorumlarla getirilebilir. Uluslararası belgeler, özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, sanıyorum bu bakımdan bir standart rolünü oynadığı için, bu anayasanın bir toplumun yaşayışının ve toplumun kendi dinamiğine, kendi ilerleyiş gücüne uydurulması bakımından yararlıdır. Onun için, bu konu sanıyorum önemli bir konu ve daima gözönünde bulundurulması gereken bir konu; yani kendi dışımızda insanlığın birtakım ortak standartları bulunduğunu ve bunların da bizim anayasamızın yorumunda uygulanması gerektiğini sık sık hatırlamak gerekir.

Kaldı ki, bazı bakımlardan da bunlar, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, usulüne uygun olarak onaylanmış uluslararası antlaşmalar olarak, kendi hukukumuzun da bir ölçüde parçası sayılırlar, yasa gücünü kazanmışlardır; ve hem de anayasaya aykırılıkları ileri sürülemeyecek bir yasa gücüdür. Hep bilinen nokta olduğu için onun üzerinde durmayacağım. Bu nokta bizi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle, benim başarılı bir biçimde yapıldığını söylediğim, uyum noktasına getiriyor.

Sanıyorum belki yanlış anlama oldu, ya da ben iyi anlatamadım, benim başarı dediğim biçimsel bir başarıdır. Biçimsel olarak bu uyum gerçekten bazı maddelerde somut bir biçimde gözükecek tarzda sağlanmıştır; ama, çok önemli bir noktada çok önemli bir boşluk vardır; ve sanıyorum biçimsel başarıyı büyük ölçüde gölgeleyen de o boşluktur. O da özgürlüklerin ve hakların en çok tehlikeye girdikleri durumlarda, bu anayasa düzeninin, yargı denetimini kaldırmış olmasıdır. Bütün anayasa sistemini konu olarak almadığım için, onlara girmedim; ama şimdi yeri geldi, söylüyorum. Haklar ve özgürlükler en çok ne zaman tehdit altına girer? Toplumun bir gerilim yaşadığı zamanlarda tehdit altına girer; ve özellikle toplumun kendisini tehlikede hissettiği, vatanın, devletin tehlikede olduğu durumlarda ortaya çıkar; ve o durumlarda bu gerilim içinde hakların ve özgürlüklerin hiçe sayıldığı, kolaylıkla çiğnenebildiği bir ortam oluşur. İşin kötüsü, bütün toplum da bu ortamı haklı bir ortam, herşeyin yapılmasına hak veren bir ortam saymaya başlar. Oradaki tek güvence, yargı denetimi güvencesidir. Onun için bizim anayasamızın sanıyorum en çok eleştirilecek olan

noktası budur. Sıkıyönetim ve olağanüstü hal durumlarında, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak olan Bakanlar Kurulunun çıkaracağı yasa hükmündeki kararname, bütün öbür kanun hükmündeki kararnamelerin tamamen dışında kalmaktadır. Tabii bu ortam şunu doğuruyor : Mademki bu düzenleyici işlemler dahi yargı denetiminin dışındadır, o zaman rahatlıkla sıkıyönetim yasası sıkıyönetim komutanının işlemlerini de yargı denetiminin dışında tutabilmektedir. Anayasada böyle bir hüküm yok, bu anayasamızda da sıkıyönetim komutanlarının işlemleri yargı denetiminin dışındadır denmiyor. O işlemler, mademki yönetim işlemleridir, bütün yönetim işlemleri gibi normal olarak yargı denetimine de, şu veya bu biçimde, tabii tutulmalıydılar; ama düzenleyici işlemler dahi yargı denetiminin dışında tutulduğu için o ortamda yasadaki bu hüküm insanlara çok ters gelmiyor. Onun için, Sayın İnal'ın sorusuna ve Bilal Kartal tarafından ve Sayın Aliefendioğlu tarafından yöneltilmiş bulunan sorulara böyle yanıt verebilirim. Evet, bir çelişki yoktur görünüşte; tam tersine başarılı bir adaptasyon söz konusudur; ama bu biçimsel bir başarıdır. Onun gerisinde çok önemli bir noktada, hukuk devletini temelinden zedelemiş olan bir noktada, anayasanın büyük bir boşluğu vardır; ve o boşluğu yaratan demin devletin temel felsefesinden söz ederken dokunduğum noktadır; yani 1982 Anayasası aslında yepyeni bir şey de yapmış olmuyor; 12 Mart döneminde ortaya çıkmış olan bir yaklaşımı biraz daha sağlamlaştırmış oluyor. Devlet söz konusu olduğu zaman, vatan, millet söz konusu olduğu zaman, toplumun hayatı söz konusu olduğu zaman, yargı denetimini dahi ortadan kaldırabilen bir ortam yaratıyor. Tehlikeli olan budur; çünkü asil insanın korunmaya muhtaç olduğu durumlar bu durumlardır. Yoksa, normal yaşayan bir toplumda, gerilim altında olmayan bir toplumda böylesine tehlikeli durumlar ortaya çıkmaz; ama bireyin devlete, topluma feda edildiği, Anayasanın da bu fedayı maddeleştirdiği durumlar bunlardır.

Sanıyorum, bunun önlenmesi için yine yargı organlarının çeşitli yollarla denetimi zorlamalarına, kendi üstlerine olmalarına gerek vardır. Bunun nasıl yapılabileceği, hangi yollardan yapılabileceği ayrı teknik bir konu; onun ayrıntılarına girmiyorum; ama bu yol dahi mümkündür. Yani yargı organları olmayan bir yetkiyi; ama olması gereken bir yetkiyi bazı yolları deneyerek kazanmışlardır. Bunun tarihte Amerikan Yüce Mahkemesinin yargı denetimi yapma yetkisini edinmesi gibi örnekleri var. Birtakım yorumlarla bu yargı denetimi anayasanın görünürdeki biçimine rağmen elde edilebilir; ama yine daha da doğrusu, bunların bu anayasa çerçevesinde sağlanmasını getirebilecek olan anayasa değişiklikleridir. İlle de baştan anayasa sistemini

yıkıp yenisini kurmak tarzında değil; çünkü temel yapısı bakımından, felsefesi demiyorum, temel yapısı, çatısı, sistematığı bakımından 1982 Anayasası 1961 Anayasasının bir devamı niteliğindedir; ama çok büyük bir felsefe değişikliğiyle bir devamı niteliğidir; ama o felsefe değişikliğini bu çatının devamlılığından yararlanarak bir ortak felsefeye dönüştürmek, iki anayasa arasında bir uzlaşır felsefeye dönüştürmek yine yargı organlarının başarabilecekleri bir şeydir. O bakımdan, ben 15 inci maddeyle 17 nci madde arasında bir çelişki vardır demiyorum. Gerçekten bu anayasa da daha önceki anayasalar gibi iskenceyi yasaklamıştır; ama bunun olamayacağı durumlardan söz ederken, bundan (Sayın Aldıkaçtı da söyledi) değişik bir şekilde söz etmeyi yeğlemiştir. Kişinin maddî ve manevî bütünlüğünün dokunulmazlığından söz etmiştir; dolayısıyla gerisinde bir endişe yatmaktadır anayasanın, toplumu korumak, devleti korumak ve bunun için de bazı durumlarda yapılabilirliğini çok dolaylı bir biçimde ihsas etmek, tehlike bu. Yoksa açıkça yapılabilir demiyor; ama yaratılan hava, anayasanın temel felsefesi bu çeşit davranışlar gerekçe sağlayabilen bir felsefedir. Asıl değiştirilmesi gereken, yeniden yoruma tabi tutulması gereken budur. Onun için çeşitli maddelerdeki ufak ipuçları, aslında büyük bir felsefe değişikliğinin ipuçlarıdır. Sayın Aldıkaçtı sadece yorum yaptı, o zaman onun soru hakkını ben kendisine karşı kullanarak konuşayım. Dayanan sözünü niye saygılıya çevirdiniz? Madem büyük fark yok, devlet ha insan haklarına dayanmış ha insana saygılı olmuş diyorsanız, insan haklarına niye dayalı olmasın da insan haklarına sadece saygılı olsun. Bu küçük bir söz değişikliği; fakat bana bir büyük felsefe değişikliğinin yansımasıdır gibi geliyor; ama bu felsefe değişikliği, yargı organlarının yorumlarıyla doldurulabilecek olan bir değişikliktir.

Sayın Saçlıoğlu'nun dokunduğu melce hakkı konusunda sanıyorum temelde bir değişiklik yok; çünkü Fransız mevzuatında bugün melce hakkı, çok açık bir biçimde tanınmış oluyor; ve Fransa, İsveç'ten sonra hatta İsviçre'nin de önüne geçerek melce hakkını en geniş tanımış devletlerden biri sayıyor kendisini; yasalarla melce hakkı geniş olarak düzenlenmiş; ama anayasada bunu bir sembolik söz olarak kullanmış ve ondan sonra da yine değişiklik sırasında kullanmamış olduğu anlaşılıyor. Bunun gerisindeki gerekçe gerçekten nedir, bunu doğrusu bilmiyorum; ama şunu söyleyebilirim : Anayasada yer almasın, Fransa'da bu yönde olumlu, daha fazla melce hakkı tanınmaya doğru giden bir değişiklik var. Onlar bundan gurur duyduklarını söylüyorlar; tabii yanlış kullanıyorlar, doğru kullanıyorlar, o ayrı mesele. Sanıyorum benim melce hakkı konusunda söyleyebileceğim bundan ibarettir.