

ANAYASAMIZ ve DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Doç. Dr. Mehmet TURHAN*

1982 Anayasası “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlığım taşıyan 13. maddesinin birinci fıkrasında sınırlama nedenlerini saydıktan sonra ikinci fıkrasıyla şu hükmü getirmektedir:

“Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz.” Bu hükümde sınırlamanın sınırı olarak iki ayrı öğeye yer verilmektedir: Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve “ölçölülük ilkesi”. Biz bu yazımızda bunlardan ilkinin, yani demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü İncelemeye çalışacağız.

1961 Anayasasının sınırlamaya İlişkin paralel maddesi, “Kanun temel hak ve hürriyetlerin Özüne dokunamaz” (madde 11 (2) diyordu. 1961 Anayasası döneminde bir sınırlamanın ne zaman bir hakkın özüne dokunduğu konusu üzerinde durulmuş ve sınırlamanın, hiçbir zaman bir hakkı anlamsız bir duruma getirip onu büsbütün ortadan kaldıracı bir sonuç doğurmaması gerektiği belirtilmiştir (1). Anayasa Mahkemesi Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunuyla ilgili verdiği bir kararda bu konuda şöyle demekteydi; “BİR hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtölü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olmadıklaımdan hürri-

(*) Anayasa Mahkemesi Raportörü.

(1) Bu konuda daha geni; bilgi için bakınız; **Fazıl Sağlam**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü (Ankara; Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1932), s. 141-183.

yetin Özüne dokunul madîği meydandadır (2). O halde, Anayasa Mahkemesine göre bir hak ya da özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasının son derece zorlaşmış veya onu kullanılamaz bir duruma düşüren koşullar olduğunda bir hak veya özgürlüğün özüne dökülmüş olmaktadır.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasının “öze dokunmama” ilkesi yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri”nc aykırı o'mama ilkesi getirmektedir. Gerekçeye gere, “Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği “öze dokunmama” kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstastır.” Yine Gerekçeye göre, “Esasen uluslararası sözleşme veya bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir.” Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ Anayasa Mahkemesinin “öze dokunmama” ölçütü konusunda geliştirdiği içtihatı eleştirerek, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünü şöyle savunmaktaydı: “Anayasa Mahkememiz, İdarenin, mülki amirin o günün şartları, sebepleriyle bir gösteri yürüyüşünü erteleme, erteleme yetkisine sahip olmasını, hakkın özüne dokunma telakki ederek maddeyi iptal etmiştir. ... Bir yayın yasağı koyuyor mahkeme. Yargı organının amacına uygun şekilde çalışabilmesi için bir yayın yasağı koyuyor. Hakkın Özüne dokunmaktadır bu anlayış içerisinde. Belli sebeplerle grevin ertelenmesi; hakkın özüm: dokunmaktadır, Anayasa Mahkemesinin örneğine göre. Millî güvenlik sebepleriyle, posta mersuldelerinin açılması, hakkın Özüne dokunmaktadır, Anayasa Mahkemesinin kriterine göre. Bir yaygın hastalığı önlemek için seyahat yasağının konması, gene Anayasa Mahkemesinin kriterine göre hakkın özüne dokunmaktadır. Bunların hepsi meşru kısıtlamalardır ye hepsi de demokratik toplum gereklerine aykırı değildir” (3).

(2) E. 1962/208, K. 1963/1, k.t. 4.1.1963, AMKD, Sayı 1, s. 74. Ayrıca bu konuda bakınız: **Gürbüz önbilgin** ve **Muammer Oylan**, 'I.C. Anayasası (Ankara: Doğan Basımevi, 1977), s. 62-63.

(3) Anayasa Komisyonu Başkanv ekili Feyyaz Gölcüklü'nün 19.8.1982 tarihli konuşması. Bakınız: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8 (Ankara: TBMM Basımevi, 1982), s. 139. Mümtaz Soysal tarafından sunulan insan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği” adlı bildiri üzerine yapılan tartışmada Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanlığı yapmış dan Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı “...‘öze dokunmama” kavramını biz Anayasa Mahkemesinin bütün çabasına rağmen fert hak ve hürriyetlerinin sınırlanmasında, billurlaşması mümkün olmayan bir kavram olarak gördük. ... 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” demektedir, Bakınız: Anayasa Yargısı (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 1987), s. 52.

Özgürlüklerin sınırlanmasının sınırı olarak “Öze dokunmama” ölçütü yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün kabulünün temel gerekçesi ve bu ölçütün daha belirgin ve Anayasa Mahkemesince uygunlanması daha kolay olması olduğuna göre, bu konuda ilk olarak üzerinde durulması gereken konu bu “belirginlik”tir. Acaba “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne derece belirgin bir kavramdır?

I- DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ ÖLÇÜTÜNÜN BELİRGİNLİĞİ

Hemen belirtmek gerekir ki, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının öze dokunmama kavramından daha somut ve bu nedenle daha belirgin olduğu iddiası her zaman tartışılabilir. Bunun nedeni demokrasi tanımının çok zor olmasıdır. Bu konuda Harold J. Laski şöyle yazmaktadır: “Hiçbir demokrasi tanımı kavramın çağrıştırdığı geniş tarihi yeterli biçimde içeremez. Bazılarına göre demokrasi bir hükümet biçimi iken, diğerlerine göre bir sosyal yaşam biçimidir. İnsanlar demokrasinin özünü seçmenin niteliğinde, hükümetle halk arasındaki ilişkide, vatandaşlar arasında geniş ekonomik farklılıkların yokluğunda, doğum veya servet, ırk veya mezhebe dayalı ayrıcalıkların tanınmamasında bulmaktadırlar. Kaçınılmaz biçimde demokrasinin özü zamana ve yere göre değişikliğe uğramıştır. Bazı yönetici sınıf üyelerine göre demokrasi olarak adlandırılan rejim, o ülkenin daha fakir vatandaşlarına göre ise dar ve savunulamaz bir oligarşidir. Yaşamın her alanında demokrasinin uygulanabilme olasılığı vardır ve bu alanların her birinde demokrasi kavramı tatmin edici ve evrensel genellemelere izin vermeyen özel sorunlar yaratır” (4). Öze dokunmama nasıl ki tanımlanması ve somutlaştırılması güç bir kavramsa, demokrasi kavramı da aynı biçimde tanımlanması ve somutlaştırılması zor bir kavramdır.

Demokrasi kavramının tanımlanmasındaki güçlüğü gösterebilmek için Webster’s Sözlüğünde demokrasi konusunda verilen tanımları vermek uygun bir yol olacaktır; “1. a: halk tarafından yönetim: çoğunluğun yönetimi, b (1): en üst İktidarın halkta bulunduğu ve onlar tarafından kullanıldığı (eski Yunan kent-devletlerinde veya New England kasaba toplantılarında olduğu gibi) bir hükümet biçimi,

(4) **Harold J. Laski**, “Democi’acy,” Encyclopaedia of the Soda Sciences, Vol. 5 (New York: The Macmillan Company, 1931), s. 76.

(2): en üst İktidarın halkta bulunduğu ve halkın belirli aralıklarla tekrarlanan özgür seçimlerde temsilcilerini seçtiği, temsil ve devredilmiş otorite yoluyla halk tarafından dolaylı olarak kullanılan bir hükümet biçimi, 2: hükümetin halk tarafından denetlendiği devlet veya topluluk; özellikle en üst iktidarın seçilmiş temsilcilerden daha çok halk tarafından doğrudan kullanıldığı bir devlet (bir **demokraside** halk kişi olarak biraraya gelir ve hükümet etme yetkisini kullanırken bir cumhuriyette halk temsilcileri ve vekilleri yoluyla toplanır ve ülkeyi yönetir-James Madison), ...4: özellikle hükümetin kaynağı olarak düşünüldüğünde halk tabakası, 5: siyasal, sosyal ve ekonomik eşitlik: kalımsal veya keyfi sınıf farklılıklarının ve ayrıcalıklarının bulunmaması veya kabul edilmemesi (**Demokrasi** bireysel özgürlüğün sadece bir diğer kavramla -eşitlikle- sınırlandırıldığı ortada bir noktada yer almaktadır -Louis Wasserman), 6: işbirliğinin olduğu bir toplumda azınlıklara karşı hoşgörü, ifade özgürlüğü ve aslı İnsan onuruna saygı ve herkesin bütün yeteneklerini serbestçe geliştirebildiği eşit olanaklarla birlikte insan değeriyle nitelendirilen bir toplum durumu, 7: özellikle endüstride olmak üzere yönetilenlerin temsil yoluyla denetimi”(5).

Kavramın sözlüksel tanımının da bize gösterdiği gibi, demokrasi kavramının öz kavramından daha açık olduğunu iddia edebilmek biraz zordur (6), Her iki kavram arasında vurgulanması gereken temel bir farklılık vardır. O da demokratik toplum düzeninin özgürlüğün dışında bir kavram olmasına karşın öz'ün özgürlüğün kendi içinde mevcut olmasıdır. Öz'lc Özgürlüğün kendi güvencesi ortaya konmaktadır, öze dokunma yasağı, hak öznesine dokunulmaz bir asgari alan sağlamaktadır. Başka bir deyişle, öz sınırlandırmanın sınırını, asgari bir

-
- (5) Webster's Third New International Dictionary, Unabridged (Massachusetts: G. and C. Merriam Company, 1971), s. 600. Benzer biçimdeki tanımlar için bakınız: The American Heritage Dictionary of the English Language (Boston: Houghton Mifflin Company, 1969), s. 3 öf. Funk and Wagnalls Standart College Dictionary (New York: Funk and Wagnalls, 1977), s. 355; The Concise Oxford Dictionary (London: Oxford University Press, 1964), s- 324; Bouvier's Law Dictionary (Kansas City: Vernon Law Book Company, 1914), Vol, 1, s. 835. Ne yazık ki Türkçe sözlüklerde demokrasi sözcüğü bu çeşitliliği gösterecek biçimde tanımlanmamıştır. Türkçe Sözlük demokrasiyi "halkın egemenliği temeline dayanan yönetim biçimi, elerki, demokratlık" olarak ele almıştır. Bakınız; Türkçe Sözlük (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayını, 1983), s. 285. Bu yetersiz tanım aynen yeni Türkçe Sözlüğe de girmiştir. Türkçe Sözlük (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayını, 1988), s. 353. Daha iyi bir tanım için bakınız: Türk Hukuk Lügati Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayını, 1944), s. 66.
- (6) **Ergun özbudun**, Türk Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 1986), s. 88.

alanı korurken, demokratik toplum düzeninin gerekleri ise, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olmaktadır. Bu nedenden kanımca, Mümtaz SOYSAL'ın belirttiği gibi, yeni Anayasa yapılırken öz kavramı Anayasadan çıkarılmayıp, demokratik toplum düzeninin gerekleri, özü tamamlayan bir ölçüt olarak düzenlenseydi, Anayasamızdaki özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı sistemi çok daha güvenilir olurdu (7).

i- ' Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, demokrasi kavramı her yöne çekilebilecek ve sonunda da temel hak ve özgürlüklerin korunmasını acılamazlaştıracak denli belirsiz bir kavram değildir. Çağımızın demokrasi anlayışı özgürlükçü demokrasidir. Modern demokrasi bireyin özgürlüğünü bireyin bir kişi olması nedeniyle korur ve bu anlayışa göre özgürlük bireyin bütününe iktidarına bağımlı olmasına bırakılmaz (8). Avrupa İnsan Hakları Divanı verdiği bir kararda "herne kadar zaman zaman bheysel menfaatlerin bireyin mensup olduğu gruba tabi olmasını gerektirirse de, demokrasi hiçbir zaman çoğunluğun görüşlerinin her zaman egemen olması anlamına gelmez: Hakim durumun kötüye kullanılmasından kaçınma ve azınlıklara düzgün ve gerekli biçimde davranmayı sağlayacak bir dengenin olması gerekir" (9) demiştir. En azından Avrupa Konseyi üyesi devletler bakımından demokrasi çoğulcu demokrasi anlamına gelir ve insan haklarına saygı ve temel hak ve Özgürlüklerin korunmasıyla nitelendirilir (10).

Giovanni Sartori, demokrasiyi birden çok partinin var olduğu bir sistemde azınlıkta kalanların haklarına saygı gösterilen bir rejim olarak tanımlamaktadır (11). Başka bir deyişle, çağımızın demokrasileri anayasal demokrasilerdir. Keyfi iktidarın önlenmesi ve sınırlı devletin

(7) **Mümtaz Soysal**, "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği. Anayasa Yargısı (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 1987), s. 46; **İbrahim ö. Kaboğlu**, Kolektif özgürlükler (Diyarbakır: DÜHF Yayını, 1989). s. 277.

(8) **Giovanni Sartori**, The Theory of Democracy Revisited (New Jersey: Chatlam House Publishers, inc., 1937), s. 286.

(9) 13.8.1981 tarihli karar, A/44, s. 25.

(10) **Heinrich Klebea**, "Human Rights and Parliamentary Democracy in the Parliamentary Assembly," Protecting Human Rights: The European Dimension, der. **Franz Matscher ve Herbert Petzold** (Kilin: Cari Heymanns Verlah KG, 1980), s. 308-309.

(11) **Giovanni Sartori**, Democratic Theory (Detroit: Wayne State University Press, 1962), s. 239.

gerçekleştirilmesi en önemli özelliği olan özgürlükçü ve çoğulcu demokrasiler sayı üstünlüğünü çok aşan bir anlayışı yansıtırlar (12).

Bu düşüncelerin ışığı altında demokrasi kavramı ele alınırsa, demokratik toplum gereklerinin nasıl oluyor da özgürlüklerin korunmasında daha sübjektif ve daha az koruyucu olduğunu anlamak mümkün olamamaktadır. Ancak Danışma Meclisi'nde yapılan konuşmalarda bu kavramın Öz kavramına göre daha somut olduğu belirtilirken, aynı zamanda daha az güvence getiren bir ölçüt olduğu da ortaya çıkmaktaydı. Örneğin , Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz GÖLCÜKLÜ yaptığı konuşmalarda özgürlüklere getirilecek sınırlamaların özgürlüklerin özüne dokunacağını; oysa demokratik toplum gerekleri ölçütüne vurulduğunda bu sınırlanmaların Anayasaya aykırı olmayacağını belirtmekteydi: “Mesela Millî Güvenlik sebebiyle posta mersulelerinin gizliliğinin kaldırılması tedbirini düşünelim. ... Bu tedbir Hürriyetin özüne dokunmama kriterine vurulduğu zaman, Hürriyetin özüne dokunmaktadır. Buna mukabil Demokratik toplum gerekleri kriterine vurulduğu zaman demokratik toplum gereklerine aykırı değildir” (13). Bu görüş ka.bul edildiğinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü öze dokunmama ölçütüne göre daha az güvenceli olmaktadır.

Ancak daha belirsiz bir kavramın bir hakkı daha belirgin bir kavramdan daha iyi nasıl koruyacağı pek açık değildir. Belirgin veya belirsiz olmanın hak ve özgürlüklerin güvencesi konusuyla doğrudan ilişkisi yoktur. Ayrıca her iki kavram da büyük ölçüde belirsiz kavramlardır. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulama-

(12) **Mehmet Turhan**, “Çoğunluk İlkesi,” Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4 (1990), s. 53. Eğer demokrasi “çoğunluğun yönetimi”nden daha fazla bir anlama gelmiyorsa, Almanya'daki Nasyonel Sosyalist rejimi veya günümüz İran'ını da demokratik bir rejim olarak nitelendirmek gerekecektir. Çağımızın demokratik koşullarında, çoğunluğun amacını gerçekleştirmek hakkı koşulsuz ve sınırsız değildir. Azınlığın bu hakkı sınırlandırıcı hak ve özgürlükleri vardır. Bu azınlığın çoğunlukça alınan kararlara uyma yükümlülüğünün bir karşılığıdır. Demokratik toplumlarda çoğunluk ve azınlık serbest tartışmalar sonucunda doğmaktadır. Bakınız: **Reginald Bassett**, *The Essentials of Parliamentary Democracy* (London: Frank Cass and Co. Ltd-, 1964), s. 96-97.

(13) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8 (Ankara: TBMM Basımevi, 1582), s. 147. Yine bir başka örnek olarak Prof. Dr. **Feyyaz Gölcüklü** şunları belirtmektedir: “Haberleşmenin gizliliğinin kaldırılması tedbiri öze dokunma kriterine vurduğumuz zaman “öze dokunmadır, öze dokunulmuş tur. Anayasa Mahkemesi iptal edecektir, yahut diğer kontrol makamı bunu yapacaktır. Halbuki demokratik toplumun gereklerine uygunluk kriterine vurduğumuz zaman bu tedbir meşrudur” (s. 149).

yacağı ilkesi demokratik toplum gerekleri arasında yer alır. Temel hak ve özgürlükler en iyi özgürlükçü ve çoğulcu bir demokraside gerçekleşebilir. Bu tür demokrasilerde çoğunluk İlkesi yanında aynı derecede Önemli siyasal katılma, hoşgörü ve buna benzer başka ilkeler yer almaktadır. O halde demokratik toplum gerekleri temel hak ve özgüllüklerin özüne dokunulamayacağı anlamına gelir. Bir hak veya özgüllüğün Anayasada yer alması bile, o hakkın veya özgürlüğün özüne dokunulamayacağı göstermektedir. Aksi halde temel hak ve özgürlüklerin anayasalara konmasının bir anlamı olmayacaktır.

II- HANGİ DEMOKRATİK TOPLUM?

Demokratik toplum düzeninin gereklerinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda tartışılması gereken acaba bu ölçütün 1982 Anayasası ile benimsenmiş demokratik toplum düzenini mi, yoksa çağdaş çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışını mı yansıttığı olmaktadır.

Bu konu Danışma Meclisinde tartışılmış ve Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekii Feyyaz GÖLCÜKLÜ bu kavrama açıklık getirmeye çalışırken şunları belirtmiştir.: “Bu Anayasada “Öngörülen”e gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tabi demokrasidir. Fazla kelime kullanarak daha fazla yoruma yol açmamak gerekir kanaatimizce hukuk tekniğinde. Onun için demokratik toplum dedik. Zaten bundan anlaşılana da Anayasamızın demokratik toplumdur, standardı da bellidir” (14). 1982 Anayasasının Başlangıç kısmı-

(14) Anayasa Komisyonu Başkan vel kili Feyyaz Gölcüklü'nün 19.8.1982 tarihli konuşması. Bakınız: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8, s. 149. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 25. maddesine göre, kişisel başvuru hakkının uygulanmasına yönelik Türk Hükümetinin Beyanında Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında yer alan “demokratik toplum” kavramı, Türk Anayasasında yer alan ilkelere ve özellikle Anayasanın Başlangıç ve 13. maddesine uygun biçimde anlaşılması çekişmesini getirmekteydi. Bakınız: Resmî Gazete, 21 Nisan 1987, Sayı: 19438. Ancak Türk Hükümetinin Beyanı daha sonra şu biçime bürünmüştür.: Bu“ Beyanla Komisyona tanınan yetki bakımından Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri, Diabesi dahil Türk Anayasasında belirgin şekilde ifade edildiği üzere, Türkiye'deki toplum yaşamını tanımlayan yasal ve gerçek vasıflar”... özellikle vurgulayacak şekilde yorumlanacaktır”. Bakınız; “Tebliğ: İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 25 inci Maddesi Uyarınca Türk Hükümeti'nin Beyanı,” Resmî Gazete, 19 Ocak 1991, Sayı: 20760. Bu çekincelerin Sözleşme ile ne derece bağdaştığını uygulama gösterecektir. Bu konuda bakınız: **Jochen Abr. Frowveln**, "Reservations to the European Convention on Human Rights," l'rotecking

mil 5. paragrafında da aynen şöyle denmektedir: “...hiçbir kişi ve kuruluşun, bu **Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi** ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı” (a.b.ç.). Bu durumda demokratik toplum düzeninin gereklerinden 1982 Anayasası ile benimsenmiş demokratik toplum düzeninin kastıldığı ileri sürülebilir.

Ancak daha sonra yapılan eleştirileri yanıtlarken Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ yukarıdaki sözleriyle çelişkiye düşen şu düşünceleri ifade etmiştir: “... “Komisyon böyle bir kavram ihdas etti, başımıza iş çıkardı.” dediler. Komisyon ihdas etmemiştir efendim... Bağlı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, her maddede aynıdır, bir tanesini okuyorum: “Fert, ifade ve izhar hakkına maliktir. Kullanılması vazife ve mesuliyet tazammun eden bu hürriyetler demokratik bir toplulukta zarurî tedbirler mahiyetinde olarak millî güvenliğin, toprak bütünlüğünün...” Sayılıyor: “Sağlanması için ancak ve kanunla sınırlanabilir.” Bizim ihdas ettiğimiz, icat ettiğimiz bir kriter değildir. Bu kriter; İsveç örneğini verdim, bizim dahil olduğumuz 21 Batı ülkesi camiasında Avrupa Konseyinde mevcut İnsan Hakları Divanı tarafından 1954 yılından beri uygulanan kriterdir, hep bu kriter uygulanmaktadır. **Bizim Batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur**, kendimizi o camiada buluyoruz, aynı anlayışa sahip olduğumuz inancındayız” (a.b.ç.) (15).

Anayasanın Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Gerekçesinde “genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı”ndan sözedilmesi ve Gerekçenin bu konuyla ilgili paragrafının son cümlesinde “Esasen uluslararası sözleşme veya bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir” diyerek uluslararası sözleşmelere atıf yapılması düşünülecek olursa, demokratik toplum düzeninin gereklerinden çağdaş, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışının benimsendiği söylenebilir (16).

(15) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi. Cilt: 8, s. 154.

(16) Aynı yönde görüş için bakınız: **Kemal Dal**, Türk F.sas Teşkilat Hukuku (Ankara: Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksek Okulu, 1984), s. 165; **özbudun**, a.g.e., s. 88-89; **Kaboğlu**, a.g.e., s. 272. **Tanör**, eğer demokratik toplum düzeninden anlaşılan bu Anayasadaki hak ve özgürlüklerle bezdi demokratik toplum düzeni ise, o zaman bu hüküm hiçbir güvence sağlayamaz demektir. Bakınız: **Bülent Tanör**, iki Anayasa: 1961-1982 (İstanbul: Beta, 1986), s. 136-137. Feyyaz Gölcüklü “genellikle kabul gören”! şöyle açıklamaktadır: “Genellikle kabul gören’ demişiz gerekçede; öyle dedik, bu genelliklerin anlamı şudur; içinden bir parçasını seçmek değil, herkesin kabul ettiği, genelin kabul ettiği. ” Bakınız; Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8, s. 88-89.

Anayasada yazılış biçiminden de, demokratik toplum anlayışının “bu” Anayasayla sınırlı bir anlayış olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü hemen hemen her fırsatta “bu Anayasada” diye belirlemeyapan oldukça ayrıntılı bir Anayasada bu hükümde bu sözlerin yer almaması çağdaş özgürlükçü demokrasinin ölçüt olarak kabul edildiğini göstermektedir. Anayasanın Başlangıç kısmında Anayasanın “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde” anlaşılması gerektiği belirtildiğinden, Anayasadaki bütün hükümlerin “çağdaşlık” esas alınarak yorumlanması gerekmektedir. Yine Anayasanın 174. maddesinde “Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ... amacını güden, aşağıda gösterilen İnkılâp kanunlarının, ... Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz” denmesi karşısında, yapılacak bütün yorumlarda “çağdaş uygarlık” esas alınmalıdır denebilir. Bu düşünce Atatürk’ün inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda Anayasanın yorumlanmasını emreden Başlangıç kısmına da uygun bir düşünce olacaktır.

Böyle bir yorum aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarıyla da paralellik sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesi bu dönemde verdiği kararlarda “öz”le birlikte “demokratik devlet” kavramını kullanmış ve demokrasiyi çağdaş özgürlükçü demokrasi olarak ele almıştır. Bir kararında Yüce Mahkeme şöyle demektedir: “Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele **batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı** ile bağdaşması olanak dışıdır” (a.b.ç.) (17). Yine bir başka kararında Anayasa Mahkemesi şunları belirtmekteydi: “Sınırlamanın Anayasa’nın sözüne ve özüne uygun düşebilmesi için, herşeyden önce **demokratik hukuk kuralları** içinde kalınmak suretiyle yapılması zorunluluğu vardır” (a.b.ç.) (18). Bir başka kararda da Mahkeme şunları söylemekteydi: “Demokrasi ile idare olunan ülkelerin büyük bir bölümünün kanunları üzerinde yapılan araştırma sonunda, seçmen olabilmek için 21 yaşın doldurulmuş olması koşulunu, bizden çok önceleri demokratik devletlerini kurmuş olan ve hatta bu gün bile demokrasinin öncüleri sayılmakta bulunan bir çok ülkenin uygulamakta olduğu görülmüştür” (19). Ne yazık ki, ilerde görüleceği üzere 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi bu konuda bu denli açık ve tutarlı olmayacaktır.

(17) E. 1970/48, K. 1972/3, k.t. 8, 9.2.1972, AMKD, Sayı 10, s. 128.

(18) Er 1976/27, K. 1976/51, k.t. 18-22.11.1976, AMKD, Sayı 14, s. 365.

(19) E. 1977/123, K. 1978/16, k.t. 16.2.1978, AMKD, Sayı 16, s. 62.

III- DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ NELERDİR?

Demokratik toplum düzeninin gereklerinin neler olduğu hakkında çok şey söylenebilir. Ancak böyle bir kısa yazıda bunların hepsini belirtmek mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Ancak hemen şunu belirtebiliriz ki, yukarda belirttiklerimizden anlaşılacağı gibi, Anayasamızın anladığı demokrasi Batı uygarlığınca benimsenen özgürlükçü demokrasi anlayışıdır. Bu konuda üzerinde durulması gereken nokta, Batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışının keşkes bütün unsurlarıyla saptanabilecek ve bu unsurların bazıları eksik veya yetersiz olduğunda, bu anlayışın dışına çıkıldığı söylenecek bir şey olmadığıdır. Rejimler son derece genel kategorilerdir. Demokrasi, sosyalizm veya faşizm tek bir türe indirgenemez. Bazı unsurlar veya olması gerekenler yok diye, o ülkede demokrasi olmadığı iddia edilemez. Ancak demokrasinin de sine qua non bazı koşullar ve unsurları bulunmaktadır. Başka bir deyişle, somut bir rejim soyut modelde varolan temel gereklere uymak zorundadır; fakat bu o soyut modelde varolan bütün ayrıntıların benimsenmesini gerektirmez.

Demokrasi her ne kadar çağımızda en çok kabul görmüş rejim olsa da, birçok ülkede ya gerçek anlamda yoktur ya da yanlış anlaşılmaktadır. Bunun en önemli nedeni demokrasinin gereklerini yerine getirmedeki güçlüktür. Henry Grunwald'ın sözleriyle demokrasi "inceliği olan bir hoşgörü hesabım gerektirir: Eğer ben şimdiki bir kazancımla için komşumun özgürlüğünü elinden alırsam, o da yarın veya Öbür gün benim özgürlüğümü elimden alabilir anlayışı yerleşmiş olmalıdır. Demokrasi dinsel veya etnik tutkuların frenlenebilip bir uzlaşma ortamının yaratdığını ister. Demokrasi oldukça alışılmamış bir otorite anlayışını zorunlu kılar. Oysa, birçok yerde otorite düzen ve ulusal varlığın sürdürülebilmesi için ve ulusal maneviyat ve hatta ulusal gurur bakımından gerekli görülmektedir. Demokraside otorite kuşku duyulması gereken bir şeydir ve halka değil de iktidarda olanlara hizmet ettiği zaman denetlenmesi gerekir. Son olarak, demokrasi seçkinlerin kazandıkları iktidarı gerektiğinde bırakabilmeleri arzularının olmasını gerektirir" (20). Dünyanın bir çok ülkesinde bu koşullar olmadığından demokrasiler sağlıklı biçimde işlememektedir. Çoğu yerde siyasal seçkinler ülkelerinin sahip olduğu kültürel farklılıkları iktidarı bırakmamak için kullanmaktadırlar.

(20) Henry Grunwald, "Marcos, Baby Doc-Why not the Rest?" Time (May 12, 1986), s. 36.

Anglo-Amerikan ve İskandinav ülkelerin gelişmiş ve başarılı demokrasilerinde demokrasinin gerekleri diğer ülkelerden farklı anlaşılmaktadır. Bu ülkelerde demokrasinin bir siyasal mekanizma olması dışında bir yaşam biçimi olduğu kabul edilmiştir. Fırsat eşitliği konusunda önemli adımlar atılmış ve demokrasi sosyal demokrasi anlamına gelmeye başlamıştır. Ancak demokrasinin istikrarlı ve etkin olmadığı ülkelerde standartlar bu denli yüksek değildir. Bu ülkelerde demokrasi ortaya çıkardığı başarılarından daha çok, bir siyasal mekanizma olarak, bir toplum düzeni olmaktan çok bir siyasal düzenleme olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle bu ülkelerde önem verilen eşitlikten çok özgürlük olmaktadır. Demokrasi için seçimlerin özgür olması, yarışmacı parti sistemi ve temsili hükümetin varlığı yeterli sayılabilmektedir.

Özgürlük veya eşitlikten hangisine daha fazla önem verilirse verilsin, demokrasinin özünü bu ikisi oluşturur. Demokraside özgürlük çoğunluğun oluşumuna herkesin özgürce katılması demektir. Eşitlik de siyasal süreçte herkese eşit pay verilmesi anlamındadır. Yani servet, öğrenim durumu ve cinsiyet gibi sınırlamalar olmaksızın bütün vatandaşların oy hakkına sahip olması ve her seçmenin tek bir oyunun olması (21).

Batı'daki anayasacılığın temelinde insan onurundan kaynaklanan eşitlik ve özgürlük yatmaktadır. Anayasacılık Locke ve Montesquieu'yla başlayarak siyasal düzenin temel amacının bireylerin Özgürlüklerini koruma temeline dayanmıştır. Toplum ve hükümet bireyin gelişimini ve hayatını nasıl yaşayacağını serbestçe belirlemesini güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu anlayışta devlet, hükümet ve bürokrasi mümkün olduğu kadar küçük ve gerekli olduğu kadar da büyük olmak üzere sınırlı olmalıdır. Bireyin sahip olduğu özgürlük devlet karşısında sahip olduğu liberal özgürlüktür. Her ne kadar temsili nitelikte de olsa, demoraksi devletin bütün faaliyetlerine bireyin özgürce ve eşit olarak katılımını gerektirir. Batı anayasacılığına bağlı ülkelerin anayasaları çoğulculuk ve hoşgörüyü inanmaktadır. Bu perspektif açısından doğruya ve ahlaksal değerlere yaklaşılabtlinir; ancak neyin tam doğru, haklı veya iyi olduğundan tam olarak emin olunamaz. Bu nedenle herkesin geçerli ve doğru değerleri bulma sürecine özgürce ve eşit olarak katılma hakkı vardır (22).

(21) insanlar arasında büyük farklılıklar olmasına rağmen, insanları eşit saymamızın ve esasta özgür olduklarını düşünmemizin temel nedeni insanların hepsinin insanlık onuruna sahip olmalarıdır. Bakınız: **Cari Cohen**, Democracy (North Carolina: University of Georgia Press, 1971), s. 251.

(22) **Ulrich Karpen**, "Human Rights in the Constiutions of the Western World; Some Interpretational Trends/¹ Comparative Constitutional Law, Der-, **Mahendra P. Singh** (Lucknow: Eastern Book Co*, 1989), s. 376.

Demokratik ülkelerde bir anayasanın varlığının kaçınılmazlığı aynı zamanda anayasallık ilkesinin varlığının kaçınılmazlığı anlamına gelir. Anayasa ile anayasallık arasındaki organik bağlantı da bunu göstermektedir: Anayasa anayasallığın yalnız hukuksal bir ifadesi değil buna ek olarak onun garantisidir de. Anayasallık anayasanın ve genel olarak hukukun yönetimi olup “halk üzerinde yönetimden” bütünüyle farklı bir anlayıştır. Çağdaş demokrasinin en önemli özelliği burada yatmaktadır (23).

Öyleyse, temel hak ve özgürlüklerin demokratik sürecin ayrılmaz parça’ın olduğunu söyleyebiliriz: Düşünceyi ifade özgürlüğü, seçme, seçilme ve siyasal faaliyette bulunma, siyasal parti kurma, siyasal partilere girme ve partilerden çıkma ve dernek kurma özgürlükleri demokratik süreçte siyasal katılma açısından son derece önemlidirler. Demokiası bu hakların ve bunlarla ilişkili diğer bazı hakların çoğunluğa karşı korunmasını gerektirir, çünkü bu haklar da çoğunluğun yönetme hakkına gerekçe olan eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Eğer çoğunluğun bu hakları tanımama veya ortadan kaldırma hakkı olursa, azınlıkta kalanların gelecekte çoğunluk olabilme olasılıkları ortadan kaldırılmış olur (24).

Han s Kelsen’in sözleriyle, “çoğunluk ilkesi hiçbir zaman çoğunluğun azınlık üzerindeki diktatörlüğü ile eş anlamlı değildir. Çoğunluk tanımı gereği olarak azınlığın varlığını içerir ve çoğunluğun hakkı azınlığın varolma hakkını kapsar. Bir demokraside çoğunluk ilkesi ancak bütün vatandaşlar hukuk düzeninin yaratılmasına, her ne kadar bu düzenin içeriği çoğunluğun İradesi ile belirlenecek ise de, katılmaya izin verildiğinde gözetilmiş olur. Herhangi bir azınlığı hukuk düzeninin yaratılmasının dışında bırakmak, bu dışarda bırakma çoğunluk kararı ile de olsa, demokratik değildir; çünkü çoğunluk ilkesine aykırıdır” (25). Azınlıkta kalanların ciddi bir biçimde hukuksal açıdan korunmasının en etkin yolu hiç şüphesiz anayasa yargısıdır.

Her ülkede demokrasiyle birlikte, düşünülmesi gereken son derece önemli başka anayasal ilkeler de vardır. Laiklik ülkemizde bu açıdan

(23) **Pavle Nikolic**, “Constitutional Review of Laws by Constitutional Courts and Democracy,” *Comparative Constitutional Law*, Der. **Mahendra P. Singh** (Lucknow: Eastern Book Co., 1989), s. 30.

(24) **Henry Mayo**, *Demokratik Teoriye Giriş*, çev. **Emre Kongar** (Ankara: Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, 1964), s. 158.

(25) **Hana Kelsen**, *General Theory of Law and State* (New York: Russel and Russel, 1945), s. 287.

önemli bir ilkedir. Anayasa Mahkemesi son kararlarından birinde laikliğin demokrasi açısından taşıdığı önemi şöyle vurgulamaktadır: “Lâikliğin, Türk devrimi’nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. ...özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa’daki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur” (26). Yine aynı kararın bir başka yerinde “herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir, özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması düşünülemez. Özelde korunması gereken lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz”(27) denmektedir. Bu sözlerden anlaşılacağı gibi, demokrasi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri gözönüne alınırken, bu kavramı Anayasada korunmak istenen diğer ilkelerle birlikte düşünmek gerekir. Çağdaş demokrasiler yalnız çoğunluğun her istediğini yapabildiği demokrasiler olmadıklarından, demokratik toplum düzeninin gerekleri dendiğinde bu ölçütü Anayasanın 2 ve Başlangıç kısmında yer alan diğer ilkelerle birlikte düşünmek gerekir.

Anayasamız demokrasiyi makro düzeyde değil zaman zaman mikro düzeyde de düşünmüştür. Anayasanın 51. maddesinin son fıkrasına göre, “Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri,... **demokratik esaslara** aykırı olamaz” (a.b.ç.). Yine Anayasamıza göre, “Siyasi partilerin tüzük ve programları, ... demokratik ... Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamazlar” (madde 68/4). Anayasanın 69. maddesinin üçüncü fıkrası da, “Siyasî partilerin parti içi çalışmaları ve kararları, **demokrasi esaslarına** aykırı olamaz” demektir (a.b.ç.). Bu hükümlerin yanında 1982 Anayasası, 1961 Anayasasında olduğu gibi, “Siyasî partiler, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır” diyerek partilerin demokrasi açısından taşıdığı önemi vurgulamaktadır. Anayasa Mahkememiz bu hükümlerin ışığında bir kararında, “halkın serbest irade izharı yollarını tıkayacak veya siyasî hayatın cereyanını tek bir partinin tekeline bırakacak ve çok partili rejimi yok edecek” düzenlemelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacağını belirtmiştir (28), Bir başka kararda da Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları söylemekteydi: “Demok-

(26) E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, Resmî Gazete, Sayı 20216, 5.7.1989, s. 29.

(27) Aynı karar, s. 31.

(28) E. 1984/1, K. 1984/2, k.t. 1.3.1984, AMKD, Sayı 20, s. 189.

ratik siyasal yaşamın vazgeçilmez Ögesi sayılan siyasi partilerin hepsi devlet için aynı değer ve sıradadır. Birinin öbüründen üstünlük ya da önceliği, yakınlık ya da uzaklığı asla söz konusu değildir. ... Anayasaya göre iktidar ve muhalefet partileri devlet katında eş düzeydedir” (29).

Ancak önemli olan Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü özgürlüklerin sınırlandırılmasında nasıl bir sınır oluşturduğu konusundaki yaklaşımıdır. Başka bir deyişle acaba Anayasa Mahkemesi bu ölçütü nasıl kullanmaktadır?

IV- ANAYASA MAHKEMESİNİN DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ ÖLÇÜTÜNE YAKLAŞIMI

A- YÖNTEM SORUNU

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda içtihatım oluştururken Erdoğan TEZİÇ'e göre İki yol benimsenebilir: Birincisi, Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeninin gereklerini” saptayarak kanun koyucunun tercihlerini buna göre uygunluk denetimine tabi tutmasıdır. TEZİÇ'e göre bu yol “yargıçlar hükümcü”nc elverişli bir zemin yaratabilir, “Çünkü Anayasa Mahkemesi, kendi demokrasi anlayışı çerçevesinde denetleme yapmak sureti ile, kanun koyucunun siyasî tercihlerine de müdahale edebilir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin, “demokratik toplum düzeninin gereklerini” kendi içtihatına göre yorumlayıp belirlemesi, çok partili düzen için tehlikeli sonuçlar doğurur. Zira çok partili siyasî hayatta bu yola gidildiği takdirde, o zaman düzenin demokratik olup olmayacağı da tartışma götürür. Çünkü çok partili demokratik liberal bir hayatta resmî ideolojiye yer yoktur” (30).

TEZİÇ'e göre İkinci yol, Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeninin gereklerini” bir postulat yani mantıksal olmayan bir ilk sav olarak kabul edip, bunun içeriğini belirtmeksizin, genel ve salt formüller kullanmaktan kaçınarak Anayasada yer alan bazı ilkeleri göz önüne almakla yetinmesidir. Yazar bu konuda şunları belirtiyor;

(29) E. 1987/3, K. 1987/13, k.t. 22.5.1987, AMKD, Sayı 23, s. 269. Anayasa Mahkemesi Avukatlık Kanunu hakkında verdiği kararda kanunda yazılı suçlardan dolayı hakkında kamu davası açılmış olan avukatın zorunlu olarak işten yasaklanmasına ilişkin hükmün demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşdığına karar vermiştir. Bakınız: E. 1984/12, K. 1985/6, k.t. 1.3.1985, AMKD, Sayı 21, s. 99-128.

(30) **Erdoğan Teziç**, Anayasa Hukuku (İstanbul: Bela, 1986), s. 195-196.

“Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine göre bir denetleme yaparken, hukukun genel ilkeleri ve öte yandan, demokratik bir toplumda bireyin amaç olarak ele alındığı ve sosyal bir hukuk devletinde (m. 2), amacın bireyin “maddi ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartların” hazırlanması, bunun için de siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması olduğu (m. 5) esastan hareket etmelidir. 1982 Anayasası'nın “Genel Esaslar”ında yer alan kural (m. 2, 5), demokratik toplum düzeninin varlık nedenini oluşturur. Anayasa Mahkemesi, “demokratik toplum düzeninin gereklerini” bu çerçevede değerlendirdiği takdirde ki, kanun koyucunun temel hakları sınırlarken, sınırlamanın sınırının bir anlamı olabilir”

(31) .

Bu görüşten hareketle TEZİÇ Anayasa Mahkemesinin 1984 Mahalli Seçimlerinde bütün partilerin TRT'den yararlanmalarını yasaklayan kuralı yalnız eşitlik ilkesine uygun olarak incelemesi ve bu ilkeye uyduğu için Anayasaya aykırı bulmamasını eleştirmektedir (32).

(32) . Yazara göre, eşitlik İlkesi demokratik toplum düzeninin bir ilkesidir ; ancak tek ilkesi değildir.

Biz de TEZİÇ'in yukardaki görüşlerine katılmaktayız. Gerçekten Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ni tek tek belirlemeden, bunu bir postulat olarak kabul etmesi yararlı olur. Bu yolla Anayasa Mahkemesi ileride ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında daha serbest olacaktır. Yine demokrasi konusunda ortaya çıkabilecek yeni gelişmelere ayak uydurmak bu kavramın bir postulat olarak kabul edilmesiyle mümkündür.

Kanımcı bu konuda bir üçüncü ve TEZİÇ'in düşüncesine ek olarak şu düşünülebilir: Bilindiği gibi “demokratik toplum düzeninin gerekleri”, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özgürlüklerin sınır lan dinim as imn sınırı olarak oldukça sık kullanılmış bir kavramdır. 1982 Anayasasına da bu ölçüt bu Sözleşmeden aktarılmıştır. O halde, hakların belirli sınırlamalarının “demokratik toplumda zorunlu olduğunun” saptanmasında, eğer üye devletlerin İç düzeninde ortak standartlar var ise, bu ortak standartlar kullanılabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanmasında bu tür standartlar bu-

(31) Teziç, a.g.e., s. 196-197. Ayne bu konuda bakınız: Lütfi Duran, “.Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni,” Amme İdaresi Dergisi (Mart 1986), s. 5-6.

(32) Teziç, a.g.e., s. 196. Eleştirilen Anayasa Mahkemesi kararı için bakınız: E. 1984/1, K. 1984/2, k.t. 1.3.1984, AMKD, Sayı 20, s. 197.

İlinmektedir. Yapılması gereken, Avrupa Konseyi üyesi devletlerde bizde yapıldığı biçimde bir sınırlamanın yapıp yapılmadığının araştırılması olmaktadır. Bu yol hem pratik hemde benimsemek istediğimiz demokrasi anlayışına uygun olacaktır (33).

B- ESAS BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde demokratik toplum düzenin gereklerine İlişkin verdiği iki Önemli kararda birbiriyle çelişkili iki görüş ortaya koymuştur. Bu görüşlerden ilkinin Mahkeme 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun grev hakkını serbest bölgelerde 10 yıl süreyle yasaklayan geçici 1. maddesinin “demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmediği” sonucuna varırken belirtmiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi “demokratik toplum düzeninin gereklerini şu biçimde anlamaktadır; Yasa koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde... demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”(34).

Ancak Anayasa Mahkemesi kısa bir süre sonra 2559 sayılı Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun bazı maddelerini değiştiren 3233 sayılı Kanunun uygunluk denetiminde demokratik toplum düzeninin gereklerini özgürlüklerin özüyle özdeşleştirmiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi şunları belirtmekteydi: “Klasik demokrasiler temel hak ve Özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin Özüne dokunulup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılmaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde İfadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörü-

(33) Bu konuda bakınız; **Rudolf Bernhart**, “Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties,” *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Der.

Franz Matscher ve Herbert Petzold (Köln; Carl Heymanns Verlag KG, 1988), s. 67.

(34) E. 1985/21, K. 1986/23, k.t. 6.10.1986, -AMKD, Sayı 22, s. 224,

len kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; İstisnaî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılması ve belli bir Özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır” (35).

Anayasa Mahkemesi, “Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların” da polis tarafından parmak izleri ve fotoğraflarının alınabileceği yolundaki hükmü İptal ederken demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını yorumlamış ve bu yoruma göre, hak ve özgürlükler demokrasinin ayrılmaz birer parçası olarak kabul edilmiştir. Özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalar da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı kısıtlamalar olarak düşünülmüştür. 1982 Anayasasında öz kavramı yer almadıysa da, Anayasa Mahkemesi Öz kavramını kullanmış ve bunu demokrasinin temel değerleri içinde yorumlamıştır. Ayrıca Yüce Mahkeme demokratik toplum düzeninin gereklerini Anayasanın başka ilkeleriyle birlikte düşünmüştür. Bu diğer ilkeler hukuk devleti başta olmak üzere Cumhuriyetin öbür İlkeleri ve aynı zamanda kısıtlamanın koşullandır. Hepsinden öncmlisi, dolaylı da olsa, 1982 Anayasasının çizdiği çerçeve aşılı olarak çağdaş demokrasinin ilkeleri açısından değerlendirme de bulunulmuştur (36). Bu karara göre, Anayasa Mahkemesinin demokrasi anlayışı çağdaş özgürlükçü Batı demokrasileri doğrultusundadır. Standart bir demokrasi anlayışı hedeflenmiştir. Bu kararlar Avrupa Anayasa Hukukuna kapının açıldığı söylenebilir (37).

Anayasa Mahkemesi 3.5.1985 günlü 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruda düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında, bunların düzenlenmeden önceki yüzoçümlerinden yüzde o tuz beşin e kadar kısmının belediyelerce “düzenleme ortaklık payı” olarak alınabilmesini, başka bir deyişle mülkiyet hakkının yüzde otuzbeşine kadar bir oranda ortadan kaldırıl ab İlmesini Anayasaya aykırı

(35) E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986, AMKD, Sayı 22, s. 365-366.

(36) Aynı görüş doğrultusunda bakınız: **Kaboğlu**, a.g.e., s. 282-283.

(37) **Mustafa Gönül**, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi,” Avrupa Anayasa Mahkemeleri VIII. Konferansı’na sunulan basılmış Tebliğ (Ankara; 1990), s. 32.

bulmamıştır. Mahkemeye göre, “malikin, kamulaştırma dışındaki uygulama ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceği için dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu da düşünülemez” (38)

Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleriyle öze dokunmama kavramını özdeşleştirilmesi olumlu olmakla birlikte; Ahmet N. SEZER’İN Karşılıy Gereğesinde belirtildiği gibi, mülkiyet hakkına getirilen ve kamu yararının varlığının tartışmasız kabul edildiği durumlarda dahi sınırlamanın 13. maddenin ikinci fıkrasına göre demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gerekmektedir. Ayrıca bir hak veya özgürlüğü yalnızca ortadan kaldıran düzenlemeler değil, onu amacına uygun biçimde kullanılmasını zorlaştıran veya kullanılamaz duruma düşüren sınırlandırmalar da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır (39). Bunların yanında, getirilen düzenlemenin bir sınırlama olmadığı ve mülkiyet hakkının arazi veya arsalar üzerinde yapılan düzenlemeden sonra yüzde otuzbeşine kadar son bulunduğu ve bu nedenle getirilen kuralla mülkiyet hakkının ortadan kaldırıldığı söylenebilir. Eğer idare mülkiyet hakkına son vermek istiyorsa bunu Anayasanın 46. maddesine uygun olarak kamulaştırma yoluyla yapması gerekmektedir.

Ne yazık ki, Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeninin gerekleri” konusundaki içtihadı istikrar göstermemektedir. Kısa aralarla verdiği iki kararda birbiriyle çelişkili yorumlarda bulunmuştur. İmar Kanununun 18. maddesi nedeniyle verdiği kararda da demokratik toplum düzeninin gerekleri Ölçütünü gerektiği gibi uygulamamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında olumlu olan yön demokratik toplum düzeninin gerekleriyle hak ve özgürlüklerin özü kavramlarını Özdeş olarak kullanmasıdır. Bu durumda kanımca Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili karardaki yorumun istisnaî ve kendine özgü olaylar için geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin sürekli ve tutarlı içtihadında özgürlükçü demokrasi anlayışı yer almaktadır. Bu içtihadın temelinde de temel hak ve özgürlüklerin ancak “İstisnaî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu okluğu Ölçüde” sınırlandırılabilmesi ilkesi vardır. Bu Mahkemenin İlerde vereceği kararlarla daha fazla bir açıklığa kavuşacaktır.

(38) E. 1990/9, K. 1990/13, k.t. 21.6.1990, Resmî Gazete, 3 Şubat 1991, Sayı 20775, s. 54.

(39) Aynı karar, Ahmet Ai. Sezerin Karşılıy Gereğesi, s. 58-59.

V- SONUÇ

Atatürk Türkiye’de ulusal, lâik ve çağdaş bir devlet kurmak istemiştir. Atatürk’ün kurmak istediği çağdaş devlet aynı zamanda demokratik bir devlettir. Atatürk demokrasi konusundaki düşüncelerini çoğu kez cumhuriyetçilik, ulusal egemenlik ve halkçılık ilkeleriyle bağlantılı olarak açıklamıştır. Çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma ise bütün ilkelere temelinde yatmaktadır. Demokrasi kavramı da bu nedenle çağdaş uygarlık anlayışı içinde ele alınmalıdır. Başka bir deyişle, Atatürk’e göre demokrasinin çağdaş bir demokrasi olması gerekir (40).

1982 Anayasasında yer alan demokratik toplum düzeninin gerekleri Atatürkçü düşünce sistemi içinde ele alınmalıdır. 1982 Anayasası bakımından bu bir zorunluluktur; çünkü 1982 Anayasasının Başlangıç kısmının üçüncü paragrafında Anayasanın “Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, Ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk’ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O’nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda” anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu söylenenlerin sonucu ise demokrasinin mutlaka çağdaş ve özgürlükçü demokrasi olarak anlaşılması olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu ilkeyi yorumlarken bunu sürekli olarak çağdaş Batı demokrasileri ki asi anlayışı içinde ele alması bir zorunluluk olmaktadır. Bu demokrasi anlayışının standardı Avrupa’da uygulanan demokrasilerden çıkarılabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanmasındaki ortak standartlar bizde de uygulanmalıdır. Bu Anayasamızın 15. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasının düzenlenmesinde düşünülen “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla” ölçütü de düşünüldüğünde son derece uygun bir yol olduğu anlaşılacaktır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri nedir sorusunun yanıtı özgürlük ve eşitlik olarak verilmiştir. Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesinin bu kavramı bir postulat olarak kabul etmesi gerektiği ve ayrıntıya girmemesi gerektiği de belirtilmiştir. Aksi takdirde, Anayasa Mahkemesinin İlerde önüne gelecek davalarda kendi kendini bağlaması ve yasa koyucu yerine geçip kendi demokrasi anlayışını zorla kabul ettirmesi tehlikesi doğabilecektir. Hiç şüphesiz, çok partili demokratik ülkelerde resmî ideolojiye yer yoktur.

(40) **Ergim özbudun**, “Atatürk ve Demokrasi,” Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt V (Mart 1989), s. 285-295.

Henüz Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda verdiği kararlarda bir istikrar bulunmamaktadır. Bu konuda Mahkemenin en İstikrarlı görüşü demokratik toplamlarda temel hak ve özgürlüklerin özüne dokun olamayacağıdır. Yüce Mahkemenin Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunuyla ilgili olarak verdiği karardaki görüşleri sürdürmesi ve buna uygun olarak da daha somut Ölçütler geliştirmesi yerinde olacaktır.

Bütün toplumlar zaman içinde değişmektedir ve özellikle bu değişim son 200 yılda son derece hızlanmıştır. Bu 200 yıl içinde demokrasi en yaygın kabul gören bir devlet biçimi olmuş ve demokrasi anlayışı da değişmiştir. Bu değişime uyum sağlamak için Anayasa Mahkemesinin yapacağı yorumlarda esnek olması gerekir. Bu aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin değişen demokrasi anlayışını topluma benimsetmesini de sağlar.

Saygılarımla, dinlediğiniz için teşekkürler.