

## TEMEL HAKLAR GELİŞMESİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Tekin AKILLIOĞLU

### GİRİŞ :

Temel hakların ders kitaplarında yinelenen, değişmeyen bir öyküsü vardır. Buna göre, Batı'da temel haklar İlkçağ'da Eski Yunan ve Roma uygulamasından, Ortaçağ'da "Hıristiyanlık" ve "Feodal toplum" yapısından "bir şeyler" almıştır. Günümüzde oluşumunu kazanmasını ABD, İngiltere ve Fransa'da yaşanan deneylere borçludur. Klasik liberal temel hakların "aşırılıklarının" düzeltilmesi de "Hıristiyan sosyal" düşünce ile "Sosyalizm" in ortaya çıkması ile mümkün olmuştur. Bu yaklaşıma göre, günümüzde üzerinde ortak kabullere varılmış bir temel haklar dönemi yaşanmaktadır. Bununla birlikte her ülkenin kendine özgü bir anlayışı da olabilir. Bu, bir bakıma "gelişen ülkeler için bir zorunluluktur. Bu ülkeler gelişme koşullarına uygun bir temel haklar kuramı benimserler ise daha rahat ederler.

Bununla birlikte özellikle uluslararası temel haklar andlaşmalarına taraf olan ülkelerin kendi anlayışlarına göre değil fakat ortak uluslararası kurallar bağlamında serbest oldukları da açıktır. Ancak uluslararası andlaşma veya sözleşmelerde taraflara geniş bir hareket serbestliği bıraktığı gibi Birleşmiş Milletler çerçevesinde yapılan çalışmalarda da gelişen ülkelerin temel haklar bakımından özendirilmeleri amacıyla yaplarına ve koşullarına uygun bir yaklaşım veya kuram benimsemeleri önerilmektedir.

Türkiye'nin bu gelişme içindeki konumu nedir? Bu sorunun yanıtlanması öncelikle ülkemizdeki temel hakların tarihsel gelişmesinin incelenmesini gerektirir. Oysa ders kitaplarımızda bizdeki genellikle ihmal edilerek Batıdaki gelişmeye yer verilmekle yetinilmektedir. Kuşkusuz bu durumun başlıca nedenlerinden biri kendimizi farklı hissetmeyişimizdir. Yabancı yazarlar bize "gelişen ülke" temel haklar bağlamı içinde baktığı zaman bundan rahatsız olarak tepki göstermekteyiz. Türkiye günümüzde en ileri koruma sistemi olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında yer almaktadır. Avrupa Konseyi ülkelerinden biri olarak insan hakları alanında ortak kültürel değerleri paylaştığımız açıktır. Buna

karşın Türkiye bu sistem içinde kendine özgü yapısı olan bir ülke konumundadır. Bu konumun özellikleri nelerdir?

Bu sorunun yanıtlanmasına ilişkin çalışmalar yapılması gerekmektedir. Bu yazıda (I): Tarihsel gelişmenin ana çizgileri, (II): Temel haklara ilişkin çağdaş sorunlar, (III): Türkiye'nin özellikleri, üzerinde durularak bir taslak oluşturmaya yönelik bazı sorulara yer verilecektir.

## I. TARİHSEL GELİŞMENİN ANA ÇİZGİLERİ

Bu gelişmenin gözden geçirilmesi, tanıtılması veya incelenmesi "temel hakların evrenselliği" savına dayanmaktadır. Bilindiği gibi hukuk yere ve zamana göre sürekli değişim göstermiştir. Temel haklarda da bu böyle olmakla birlikte, "dünya durdukça değişmeyen" ve "her ülkede aynı olan" bir temel anlayışı bulunduğu varsayımı bu alanda önem taşımaktadır. Başka bir anlatımla temel hakların yer ve zaman açısından süreklilik ve aynılık gösterdiği varsayılmaktadır. Dolayısıyla, temel haklar alanındaki ilk uygulama ve kuralların şu veya bu ülkede ortaya çıkması bu hakların evrenselliğini zayıflatan bir özellik olarak görülmemektedir. Bu nedenle bizde de pek alâ yabancı deneyler, kendi geçmişimize ait özellikler gibi yadsınmadan kabul görmektedir.

### 1. Özgürlüğün tanımına ilişkin iki temel yaklaşım: "katılma" ve "özerklik"

Eski Yunan site devletlerinin ve Roma Devletinin "özgürlük" anlayışının "yönetime katılma" ve "yasaya uyma" (kanuna itaat) temeline dayandığı öne sürülmüştür. Bu sav, Fransız Kamu Hukukunda "özgürlük-katılma" (Liberté-participation) ve "özgürlük-özerklik" (Liberté-autonomie) kavramları ile ifade edilmektedir<sup>1</sup>.

Eski Yunan sitelerinde "özgür" kişilerin sahip oldukları en büyük ayrıcalığın Aristo'ya atfedilen bir sözle "sıra ile yönetici ve yönetilen olma" hakkından ibaret olduğu varsayılmaktadır<sup>2</sup>. Dolayısıyla özgürlük siyasal haklarla özdeş bir kavram olarak düşünülmüştür.

Roma Devletinde de durum bundan farklı değildir. Yasa, kargaşa ve savaş halinden kurtuluşu, barış ve düzeni sağlamaktadır. Özgürlük ancak böyle bir düzen içinde yapılan serbest davranışlar anlamına gelir. Dolayısıyla yasaya uyma özgür olmanın vazgeçilmez koşuludur<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Bkz. G. Burdeau, *Les Libertés Publiques*, Paris, LGDJ, 1972, s. 8-12.

<sup>2</sup> Ph. Braud, *La Notion de Liberté Publique en Droit français*, Paris, LGDJ, 1968, s. 15, dn. 60: (Aristote, "Politique", Paris, Les Belles Lettres, 1960, p. 54).

<sup>3</sup> Braud, s. 18-19.

Böylece bugünkü kamu hukuku anlayışını etkileyen yönetime katılma ve yasa egemenliği kavramlarının iki İlkçağ ülkesinin temel kavramları olduğu ortaya çıkıyor. Bununla birlikte her iki devletin ve toplumsal düzenin bugüne uymayan ortak bir temel özelliği bulunmaktadır. Her iki devlette de bugünkü anlamda “birey” ve “bireysel özgürlük” anlayışı mevcut değildir. “Genos” iktidarı olarak nitelenen, toplum ya da zümre egemenliği mutlakçı bir nitelik taşıyordu<sup>4</sup>. Tarihçilerin gözlemlerine göre Yunan Sitelerinde bireylerin “özel yaşam dokunulmazlık alanı” çok sınırlıdır<sup>5</sup>. Bu, Roma için de pek farklı değildir<sup>6</sup>.

Bugün Katılma/Siyasal Haklar, Özerklik/Kişisel Haklar biçiminde temel haklar dizgesinde önemli yer tutmaktadır<sup>7</sup>. İlkçağ toplum düzeninde, özgürlüğün sadece siyasal haklardan ibaret olarak algılandığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık kişisel haklar ancak Ortaçağ toplum düzeninde meydana gelen değişiklikler sonucunda ortaya çıkabilmiştir.

## 2. Kişisel Haklar Kavramının Ortaya Çıkışı

Kişisel hakların ortaya çıkışını hazırlayan başlıca etmenler arasında “Hıristiyanlık” ve “Feodal toplum ayrıcalıklar düzeni” sayılmaktadır.

### A) Hıristiyanlık ve kişinin değer kazanması<sup>8</sup>

Hıristiyanlık ilk üç yüzyıl içinde doğrudan siyasal belirleyici etki yapmıyorsa da devlet iktidarının sınırlandırılması fikrini hazırlamıştır.

<sup>4</sup> Aynı yapıt, s. 16-17. Braud'nun İ.Ö. 600 yıllık uzun bir dönem geçerli olan iktidar tipini “Genos” olarak nitelemesi doğru görünmüyor. Genos'u Deme tipinin izlediği biliniyor. Ayrıntılı için bkz. A. Şenel, *Eski Yunanda Eşitlik ve Eşitsizlik Üstüne*, Ankara, SBF, 1970, s. 122 vd.

<sup>5</sup> C.A. Colliard, *Les Libertés Publiques*, Paris, 1975, Fustel De Coulanges'e (La Cite Antique) yollama yaparak bu sonuca varmaktadır. Bu gözlemlerin de götürü olduğu söylenebilir. Atina'da bugünküne pek benzeyen bir özgürlükler sistemi olduğunu savunan ve belgeleyen yazarlar da vardır. Bkz. G. Tenekides, “La Cite d'Athenes et les droits de l'Homme”, *Melanges Wiarda*, 1988, s. 605-637.

<sup>6</sup> Braud, s. 18-19. Ancak yazılı kurala bağlı güçlü bir hukuk sistemi olan Roma'da özel hayatın pek sınırlı kaldığı tezi inandırıcı değildir. Karş. S. Di Marzo, (çev. Z. Umur), *Roma Hukuku*, İstanbul, 1959, s. 50-52 “Ehliyeti tahdit eden şartlar”.

<sup>7</sup> Bugün bu iki kavrama “özgürlük-dayanışma” ilişkisinin de eklendiğini belirtmek gerekir. Eskilerin ve yenilerin bilmediği bu kavram özellikle çevre hakkı gibi yeni hakları açıklamada kullanılmaktadır. Bkz. K. Vasak, “Le Droit International des Droits de l'Homme”, *Revue Des Droits De l'Homme*, Vol. V-1, 1972, s. 45-456. “Dayanışma hakları” denilen bu kesim haklarda korunması gereken yarar, özneler ve borçlular bir arada, birey, topluluklar, toplum ve devletten oluşmaktadır.

<sup>8</sup> Braud, s. 19-20.



Hıristiyanlığın ortaya çıkışı “ruhani iktidar” ile “dünyevi iktidar” ayrımına yol açtı. Bu ayrım “geçici” dünya iktidarının herşeyden önce zamanla olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Devlet ebedi iktidar alanında değil, fakat yalnızca kendi geçici iktidar alanına giren işlerde yetkilidir. Böylece eski Yunanda mevcut siyasal iktidarın evrenselliği fikri parçalanarak siyasal iktidara dünyasal otoriteden ibaret olma niteliği bir sınır olarak getirilmiş olmaktadır.

Devletin evrenselliğine indirilen bu darbe hıristiyanlık düşüncesinde insana verilen önemle pekiştirilmiştir. Bu noktada hıristiyan düşüncesi kuşkusuz kendisinden önceki antik düşünürlerin fikirlerinden esinlenmiştir. Gerçekten **siniklerin** devleti ve toplumu alaya almaları, daha sonra **stoiklerin** insanı her türlü bilginin konusu olarak almaları, sonuçsuz kalmıştır. Stoiklerin inancı bugün de “doğal hukuk” olarak sürmektedir. Evrensel devlet ya da **cosmopolis** bilge insanlardan oluşur. Doğal aklın yasalarına göre yönetilir. İnsan yüreğinde yazılı olan kurallar ebedi ve üstün kanunlardır. Bunlar iyiliği buyurur, kötülüğü yasaklar. Aklın kanunlarıdır.

Hıristiyanlığın temel saydığı düşünce, insanları yüceltmekte ve erdemli insanlardan kurulu bir toplum varsaymaktadır. Herkes eşittir, herkes erdemlidir. Konulmuş (positif) yasalara göre üstünlüğü açık olan ebedi yasalar göz önünde tutulur. Bu yasaların ne olduğunu bilmek ve kanıtlamak gerekmez. Zira bu yasaları herkes insan olduğu için kendiliğinden bilir. Kısaca Hıristiyanlık bugün çağdaş toplumların temel kavramı olan “İnsan haysiyeti” ve “eşitlik” düşüncelerine dayanmaktadır. Bu düşünce “kişi” ve “kişinin hakları” kavramını ortaya çıkarmıştır. Zira bu biçimde yüceltilen bireyin siyasal topluma karşı hakları olması bir zorunluluktur.

## B. Feodal toplum ve ayrıcalıklar<sup>9</sup>

Feodal toplum dönemi küçük devletler içinde yer alan yerel otoriteler dönemi olarak nitelendirilmektedir. İmparatorlukların (Roma ve Şarلمان) dağılması devletin güçlülüğü ve birliği fikrinin gerilemesine yol açmıştır. Öte yandan mevcut devletler ve yerel otoriteler de önemli yapmama ödevleri (menfi borçlar) ile sınırlandırılmıştır. Kralın otoritesi ile serfler arasına giren irili ufaklı pek çok ara otorite karşılıklı sınırlama sistemi içinde yer almaktaydılar. Ara otoriteler kraldan önemli ayrıcalıklar (haklar) elde etmişlerdir: ayrı para basmak, adalet dağıtmak gibi. Kral ile büyük beyler arasında mevcut sınırlama ilişkisi büyük beyler ile kendilerine tabi olan ara otoriteler arasında da kurulmuştu. Onbirinci yüzyıldan

<sup>9</sup> Aynı yapıt, s. 21-22. Ayrıca, W. Ullmann, *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Baltimore, Penguin, 1965, passim.



itibaren oluşan şehir devletleri ya da komünal yönetimler elde ettikleri ayrıcalıkları (imtiyaz) yazılı metinlere (Charte/Carta) bağlıyorlardı. Bu yasaların konusu şehirlerde oturan kimselere (burjuva) vücut dokunulmazlığı, mali ve askeri ayrıcalıklar sağlıyor, kimi kentlerde ise tümüyle bağımsız yönetimler oluşuyordu. Bu arada Kilise de ayrıcalıklar elde etme mücadelesi içine girmiş ve bin yıllık Ortaçağ dönemi boyunca yargılama ve ayrı hukuk oluşturma yetkisi, mali ve askeri bağımsızlıklar gibi önemli haklar elde etmiştir.

Kısaca feodal dönem, bir devlet içinde bağımsız hukuk adacıkları kurulması, merkezi otoritenin güçsüzlüğü, çeşitli kesimlere tanınan ayrıcalık, bağımsızlık ve serbestlikler demektir. Bu hukuk anlayışı hıristiyanlığın temelini oluşturan eşitlik ilkesine aykırıdır. Başka bir deyişle feodal dönemde tanınan haklar belli kişilere, ailelere ve kesimlere tanınan, hiçbir zaman genel nitelik taşımayan haklardır. Genellik ve eşitlik, kısaca temel hakların evrenselliği "Fransız Bildirgesi" ile ilan edilmiştir.

### 3. Kişi Hakları ve "Sözleşme" Kavramı<sup>10</sup>

Feodal dönemin sona ermesine yol açan toplumsal ve ekonomik gelişmeler, özellikle tarımda üretim fazlası, ticari faaliyetlerin genişlemesi ve servet birikimi hızlı bir şehirleşmeye ve ticari işlemlerde artışa yol açmıştır. Özellikle ticari işlemlerin başarısı için güven ve kararlılık ortamına, kısaca "yazılı hukuk düzenine" gerek duyulmuştur. Bu aynı zamanda dolaşım özgürlüğü ve irade serbestliği tanınması, ve bunun bütün tüccar için geçerli olmasını gerektirmiştir. Bir beye veya efendiye tabi olmadan kendi başına yolculuk yapan, hakları bulunan ve kendi iradesi davranışlarını (ticari işlemlerini) belirleyen "birey" ticaret veya tarımla uğraşan herhangi bir kimsedir.

Kişisel hakların oluşumu "Sözleşme" kavramı ile yakından ilgilidir. Sözleşme bireylerin serbest iradeleri ile karşılıklı olarak bağlanmaları anlamına gelmektedir. Bu işlem, yukarıda anılan güven ve kararlılık ortamının vazgeçilmez hukuksal aracıdır. Böylece ögeler arasında nedensellik sağı kurulmuş olmaktadır: Kişisel haklar, birey kavramına bağlıdır. Birey irade serbestliğine, irade serbestliği (yada korunan çıkar) ticari işleme, ticari işlem sözleşme kavramına, sözleşme güven ve kararlılığa...

Bireysel ilişkilerde belirleyici öge, karşılıklı iradeler ile oluşan sözleşme kurallarıdır. Böylece oluşan hukuk düzenine "özel hukuk alanı" denilmektedir. Özel hukuk, ilişki tarafları arasında "kamu" olmayan hukuksal ilişkilerin düzenlendiği toplumsal olan anlamına gelmektedir. Özel/kamu ayrımı yapılmayan İngiliz Hukukunda ise buna "Ortak Hu-

<sup>10</sup> Braud, s. 22-25.

kuk" denilmektedir. Ortak Hukuk (Common Law) toplumsal ilişkileri düzenleyen genel hukuk alanına verilen ad olmaktadır. Bu alanın da belirlen yada başat hukuksal ilişki modeli sözleşmedir. Kısaca Sözleşme, çok eski bir uygulama olmakla birlikte çağdaş anlamını Ortaçağ sonlarında almıştır. Zira serbest hukuksal ilişki ile özgürlük, kişisel özgürlük, sözleşme özgürlüğü iç içe giren, birbirine bağlı kavramlar niteliğini bu zamanda kazanmıştır.

Sözleşme modeli genel hukuk kuramı yada özel hukuk bakımından belirleyici olduğu gibi Devletin oluşumu ve temel hakların açıklanması bakımından da önemli rol oynamıştır. Burada iki ünlü "Toplum Sözleşmesi" anlayışına kısaca yer vermek, iki ayrı hukuk sisteminin ve dolayısıyla temel haklara farklı iki bakış açısını göstermesi bakımından yararlıdır.

#### A) Locke: Kişi hakları ve toplum sözleşmesi<sup>11</sup>

Bireysel haklar alanı eskiden bu yana devletin karışmaması gereken alan olarak tanımlanagelmıştır. Bu kabulün belli bir açıklaması yoktur. Bu, bir bakıma açıklama istemeyen, herkesin bildiği bir şey olarak kabul edilmektedir. İlk açıklama, bu alanın sözleşme ile belirlendiği, dolayısıyla devlet müdahalesinin irade serbestliğine aykırı düştüğü biçimdedir. Bununla birlikte kişi özgürlüğü, şeref ve haysiyeti gibi kişiye sıkıca bağlı hakların sözleşme konusu edilmemeleri, serbest irade ile de bunlara dokunulamaması, sözleşme modelinin kişi haklarını açıklamakta yetersiz kaldığını göstermektedir. Buna karşılık yine bir başka sözleşme modeli ile açıklama getirilmektedir. Bu, toplum sözleşmesidir. Bu sözleşme hergünkü ilişkileri düzenleyen adi (olağan) sözleşme değil, tarihsel ve bir kez yapılan bir sözleşmedir. Toplumun bütün üyeleri bu sözleşmeye iradeleri ile katılmışlardır.

Locke da Sözleşme öncesi evrede insanların haklardan tümüyle yararlandıklarını, ancak yararlanmanın tehlikeye düşmesi üzerine bir sözleşme yapıldığını kabul etmektedir. Toplum Sözleşmesi adıyla bilinen bu Sözleşmenin konusu toplum üyelerinin hayat, hürriyet ve mülkiyet haklarını koruyabilmek için katlanmaları gereken fedakârlıklardır. Böylece herkes eşit biçimde korunmuş, hayat, hürriyet ve mülkiyetten korkusuzca yararlanmış olacaktır. Koruma en büyük toplumsal örgüt, devlet tarafından üstlenilen bir görevdir. Devlet, oluşum nedeni olan kişisel haklara (hayat, hürriyet ve mülkiyet) saygı göstermek zorundadır. Locke, yasal biçimde önlenmesi olanaksız ihlale karşı "direnme" hakkını kabul etmektedir.

<sup>11</sup> J. Robert, *Libertes Publiques*, Paris, Ed. Montchrestien, 1977, s. 37-38.

Locke'un bu görüşlerinin en önemli noktası, kişisel hakların Sözleşme dışı bırakılmış olmasıdır. Böylece, devletin bu haklara neden müdahale etmemesi gerektiği kuramsal açıklamaya bağlanıyordu. İkinci önemli nokta direnme hakkıdır. Son çözümde kişisel hakların zedelenmesi önlenmiyorsa, bu ödevi yerine getirmeyen devlete karşı direnme hakkı, doğal haktır. Aynı sözleşme modelinin Rousseau tarafından farklı bir açıklama için kullanılmış olması dikkat çekmektedir.

#### B) Rousseau: Birey ve toplum ikilemi<sup>12</sup>

Locke'dan farklı olarak Rousseau bireylerin daha önce sahip oldukları bütün hakları "Toplum Sözleşmesi"ne koyduklarını kabul etmektedir. Başka bir anlatımla Rousseau bireylerin Sözleşme dışında tuttıkları bir hakları bulunmadığını varsaymaktadır.

Bu nedenle "Haklar Bildirgesi" Rousseau'ya yabancı bir kavramdır. Sözleşme dışında, kendisine ayırdığı hak olmayan bireyin haklarının ilan edilmesi fazla anlam taşımaz. Bu anlayış Rousseau ile mutlakçı devlet anlayışı arasında benzerlikler kurulmasına yol açmıştır.

Rousseau bireylerin toplum yararına haklarını ortaya koymalarının özgürlükle çelişmediği kanısındadır. İnsanlar bağımsızlıklarını yitirmekle birlikte toplumsal korumadan yararlanmakla güçlü olmaktadırlar. Hakların devredildiği güç, toplumu oluşturan bireylerin toplam gücüdür. Bu güç "genel irade"yi yansıtır. Her insan egemen gücün bir parçası olduğuna, iradesi genel iradeye katıldığına göre, eskisinden daha güçlü ve daha özgür sayılır.

Azınlık kavramını tanımaması veya buna değer vermemesi, Rousseau'nun görüşlerini demokrasi ile bağdaştırmada engel oluşturur. Ona göre genel irade doğrudan demokrasi ile gerçekleşir. Gerçeklere pek uymayan bu görüşlere karşın Rousseau'nun "genel irade" ve "yasanın üstünlüğü" yada yasaların özgürlüğün ifadesi olduğu yolundaki görüşleri, Fransa'nın ve pek çok ülkenin bu arada ülkemizin kamu hukuku anlayışını etkilediği, Bildirge ve Anayasalardaki formüllerde yer aldığı açıktır.

#### 4. Kişi hakları düşüncesinin ilk uygulamaları

##### A) İngiliz Deneyi<sup>13</sup>

İngiliz deneyinin özgün yanı bildiri biçiminde ilan edilmeksizin, hatta ne oldukları kuramsal biçimde ortaya konulmaksızın, bazı temel hakların

<sup>12</sup> Aynı yapıt, s. 38-39.

<sup>13</sup> Braud, s. 25-27.



siyasal davranış biçimi yada gelenek olarak uygulamaya yerleşmiş olmasındır. Kısaca İngiliz temel haklar anlayışı zaman içinde giderek gerçekleştirilmiştir. Bu oluşum, hakların bütün olarak değil parça parça tanınması, tanınmanın da herkes için değil belli kişiler bakımından yapılması biçimindedir. Bu haklar içerik olarak belirlenmemiş, fakat nasıl korunacağına ilişkin yöntem kuralları tanımlanmıştır. Bu bakımdan Kıta Avrupasından farklı olarak İngilizlerin haklara değil, yönetime önem verdikleri söylenmiştir: "Remedies precedes rights" (Yöntem haklardan önce gelir).

Feodal dönem ortasında (1215) yapılan Magna Carta bu anlayışa örnektir. Gerçekten bu metin özgür bir insanın ancak eşitleri tarafından yargılanabileceği ilkesine, başka bir anlatımla bir yargılama ilkesine dayanmaktadır. Aslında buradaki "özgür insan" herkes değil, kontlar, baronlar ve bazı burjuvalardır. Bunlar krallık sınırları içinde serbestçe yolculuk ve ticaret yapabilirler, krallık sınırlarından serbestçe girip çıkabilirlerdi. Metnin önemi tanınan haklardan çok yargıç ve yargılama kavramlarına yer vermesinden ileri gelmektedir.

Aynı düşünce daha sonraki metinlerde de işlenmiştir. "Petition of Rights" (1628) da Magna Carta kurallarını yinelemekte, eşitler tarafından hüküm verilmedikçe birine bağlı olmayan özgür insanın özgürlüğünden yoksun kılınamayacağı belirtilmektedir. Habeas Corpus Act (1679) kralın oldukça sık ihmal ve ihlal ettikleri eski kuralların yasalaştırılmasından ibarettir. Bu metin özellikle güvenlik hakkına ilişkin yöntem kurallarını toplamaktadır. 1816'da yapılan son değişiklikten sonra bu metin şöyle özetlenebilir: Yasaya aykırı biçimde tutuklanan herkes kendisi veya yakınları aracılığıyla tutuklamaya karşı yargıca itiraz edebilir. Yargıç itirazı tutuklamanın devamına veya kaldırılmasına karar vermekle sonuçlandırır. Metnin özelliği, yakalanan kişinin en kısa sürede yargıç önüne çıkarılmasını öngörmesindedir.

Bu yöntem kurallarının uygulaması tarafsız ve güvenilir yargıçlar sayesinde mümkün olmuştur. Yargıç güvencesi (1689) "Bill of Rights" ile vurgulanmıştır.

Bu metinler hakların içeriklerini saptamadığından, Communes çoğunluğu adı kanunlarla istisnalar getirmekte kendisini serbest saymıştır. Savaş ve olağanüstü dönemlerde hakların alanı daraltılmıştır. Ancak yöntem kuralları değişmeden kalmıştır. Günümüzden örnek gerekirse Kuzey İrlanda'daki şiddet olgularını bastırmak amacıyla olağan hukuka aykırı kurallar çıkarıldığı dikket çekmektedir. İngiltere'de anayasa yargısı bulunmadığından temel haklar anlayışına aykırı kuralların yargı denetiminde güçlüklerle karşılaşmaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi denetim organları (İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi) kıs-

men de olsa bu boşluğu gidermektedir. Örneğin Mahkemenin Lawless ve İrlanda/İngiltere davalarına ilişkin kararlarında belirtildiği gibi olağan-üstü nedenlerle olsa da gözaltı süresinin sınırsız uzatımı veya sorgulama- da kötü muamele uygulaması onaylanamaz.

## B) Amerikan Deneyi<sup>14</sup>

Amerikan deneyinin ilk katkısı daha önce yazılı olarak ifade edilme- miş olan doğal hakların yazılı hale getirilmesi ve bunların temel haklar (civil rights) yada anayasal haklar düzeyinde kabul edilmesidir. Kurulur kurulmaz daha önce bir geçmişi ve dolayısıyla gelenek hukuku bulunma- yan koloniler yazılı bir metin ihtiyacı, bir çeşit anayasa yada (Charte) yapmayı zorunlu görmüşlerdir. Bu metinler bazan o koloniyi kuranların kendi aralarında uymayı taahhüt ettikleri kurallardan ibaretti. Bazan da İngiltere Tacının Koloniye verdiği imtiyazları simgeleyen belgeler nite- liğindedeydi. Zamanla Koloni üyeleri bu kuralları bir sözleşme metni gibi değil, vazgeçilmez ve geri alınamaz haklar olarak görmeye başladılar. Ki- mileri hazırlanmasında rolü olmadığı halde İngiltere Parlamentosuna kar- şı da öne sürülebilecek kurallar olarak nitelemişlerdir. Gerçekte ise yeni bir toplum olan Kolonilerin yazılı hukuka ihtiyaçları, onları bu belgeleri titizlikle savunmaya yöneltmişti.

Temel haklar alanında Amerikan deneyinin ikinci önemli katkısı te- mel haklar bildirgeleri ve bunların giderek anayasal nitelik kazanmasıdır. Kendisini İngiltere'den bağımsız ilan eden her Koloni ilk iş olarak yeni bir Bildirge veya Anayasa hazırladı. 12 Haziran 1776 tarihinde yedi Ko- loninin katılarak imzaladıkları "Virjinya Haklar Bildirgesi" günümüzde "klasik temel metinler"den sayılmaktadır.

Bir başka önemli konu da anayasacılık akımıdır. Bu, doğal olarak ya- saların anayasaya aykırı olmamasını sağlayacak önlemleri de birlikte getir- di. Bu akım, Kolonilerin kuruluş belgelerinin İngiltere Parlamentosunun çıkardığı yasalardan, aynı biçimde doğal hakların da yapılan anayasalar- dan üstün olduğunu savunuyordu. Üstünlük, denetim kavramını getirmiştir. Bu amaçla bazı devletler denetçiler kurulu oluştururken, bazıları da "istinaf" mercileri kurdu. New York'ta bir gözetim meclisi (council of revision) kurulmuştu. Bu kurul eyalet valisi ve yüksek yargıçlardan olu- şuyordu. Hazırlanan federal Anayasa tasarısı temel haklara yer verilme- diği gerekçesiyle eleştiriliyordu. Bu nedenle Congres 1789'da Anayasaya bazı bireysel hakların eklenmesine (Amendments) karar verdi. 1791'de kabul edilen 10 "Amendments" günümüzde 23'e ulaşmıştır. Federal Ana- yasanın tanıdığı hakların güvence altına alınması görevi Yüksek Mahke-

<sup>14</sup> Aynı yapıt, s. 27-30.

meye verilmiştir. Böylece o zamana kadar hiçbir yerde rastlanmamış olan bir anayasal koruma sistemi ve temel haklar ilstesi ABD'nde gerçekleştirilmiş oluyordu.

### C) Fransız Deneyi<sup>15</sup>

1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Evrensel Bildirgesi evrensel olma savı ve Fransız kamu hukukuna getirdiği yenilikler bakımından önem taşır. 27 Ağustos 1789 tarihli Bildirge Amerikan Bildirgelerinden farklı olarak belli bir toplum ve belli bir zamana değil bütün toplumlara ve her zamana yönelik bir üslup taşımaktadır.

Bildirge'nin kamu hukuku bakımından getirdiği yeniliklerin başında hukuk devleti olma koşulu olarak nitelendirilebilecek 16. madde gelmektedir. Bu kurala göre "**temel hakların güvenceye alınmadığı ve kuvvetler ayrılığına dayanmayan her toplum anayasadan yoksun sayılır**". Bildirge ilk defa olarak anayasal bir düzende Devlet iktidarının sınırları olduğunu belirtmektedir. Devlet iktidarının başlıca sınırlarını vazgeçilmez, devredilmez ve dokunulmaz doğal haklar oluşturmaktadır.

Bildirge kamu özgürlüklerini "birey" düzeyinde ele almaktadır. Buna göre kamu özgürlükleri bireylerin devlete karşı öne sürebilecekleri haklardan ibarettir. Bu haklar Amerikan anlayışından farklı olarak anayasanın bir parçası olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla Fransız anlayışına göre, Bildirge'de açıkça ifade edildiği gibi kamu özgürlüklerinin güvencesi yasama organıdır. Bu bir anlamda siyasal özgürlüğün temel alınmasıdır. Buna göre ulusun yasama organında tam olarak temsil edilmesi hakların güvencesidir. Anayasa kuvvetler ayrılığı ve temsili demokrasiyi benimsemekle kamu özgürlüklerini güvenceye almaktadır.

Bildirge'nin ilk maddesinde iki önemli temel hak yer almaktadır: Özgürlük ve Eşitlik. Özgürlük iki yönde ele alınmıştır. Bir yönüyle özgürlük devletin karışmaması gereken alanı simgeler. Öteki yönüyle devlet yönetimine katılma hakkıdır. Karışılmaması gereken alanda ilk akla gelen şey kişi dokunulmazlığıdır. Birey üzerinde zorlama yapılmamalıdır. Buna karşılık birey başkalarına zarar vermediği ölçüde herşeyi yapabilir (m. 4).

Birey, kişisel haklara, en başta düşünce özgürlüğüne sahiptir (m. 10). Düşünce özgürlüğü, açıklama hakkını içerir (m. 11). Din özgürlüğü konusunda daha dikkatli davranılmıştır. 10. maddede sadece kimsenin dini fikirlerinden ötürü tedirgin edilemeyeceği belirtilmiştir.

15 Aynı yapıt, s. 30-33. Ayrıca, J Rivero, *Les Libertés Publiques*, Paris, PUF, 1978, s. 58 vd. Y. Madiot, *Droits De L'Homme et Libertés Publiques*, Paris, Masson, 1976, s. 44-46.



Kişi dokunulmazlığı ve özgürlüğünün öteki önemli sonuçları 7., 8 ve 9. maddelerde düzenlenmiştir. Bu kurallarda özellikle keyfi tutuklamaların yasak olduğu, suç ve cezaların yasa ile belirlenmesi, suçsuzluk varsayımı ve cezada geriye yürüme yasağı kurala bağlanmıştır.

Mülkiyet hakkı “özgürlükçü toplumun” temeli olarak nitelenmiştir. Mülkiyet, dokunulmaz ve kutsal bir haktır (m. 2 ve 17). Bildirgede siyasal haklar ulus egemenliği ve genel seçim ilkeleri, vatandaşların yönetime katılmaları da düzenlenmiştir (m. 3 ve 6).

Eşitlik ilkesi de Bildirgede önemli yer tutar. İnsanların hakça eşit ve özgür doğmaları, yaşamaları yada eşitliğin insanın özünde saklı (inhérent) bir hak niteliğinde sayılması daha sonraki metinlerde de yinelenen klasik bir tanımdır. Toplum içinde yapılacak ayrımların toplum yararı gözetilerek yapılması gereği (m. 1), yasa önünde eşitlik, kamu görevine girişte eşitlik, vergide eşitlik (m. 6 ve 13) Bildirgenin getirdiği haklardır.

Bildirgenin bir başka özelliği de yasanın üstünlüğü ilkesine yer vermesidir. Temel hakların ancak yasa ile sınırlandırılabilceği, başlıca sınırlama nedeni olan kamu düzeninin yasa ile tanımlanacağı ilk olarak Bildirge ile kamu hukukuna giren ilkelerdir (m. 6, 7 ve 10).

Yasanın üstünlüğü ilkesine yer verilmiş olmakla birlikte, yasa ile dahi yapılamayacak şeyler olduğunun belirtilmesi ilgi çekmektedir: Yasa siyasal toplumun isterleri aleyhine sonuçlar doğuramaz. Siyasal toplumun isterleri 2. maddede açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre “**Her siyasal toplumun amacı insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz haklarının korunmasıdır. Bu haklar, özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve zulme karşı direnmedir**”. Yasa ancak topluma zararlı şeyleri yasaklayabilir (m. 5) ve eşitliğe aykırı ayrımlar yapamaz (m. 6).

Bildirgenin getirdiği bu ilkelerin pek çok ülke anayasalarına; bu arada ülkemiz anayasalarına da alındığı göz önünde tutulursa, evrensellik savının doğrulandığı söylenebilir. Ancak zaman içindeki gelişmeler Bildirge ile örneklenen “Klasik liberal temel haklar anlayışının” pek çok eksikleri olduğunu göstermiştir.

##### 5. Liberal temel haklar anlayışının eleştirisi<sup>16</sup>

Sanayileşmenin getirdiği değişikliklerden biri de liberal temel haklar anlayışının “toplumsal” boyutunun olmayışının yarattığı eleştiridir. Bu

<sup>16</sup> Madiot, s. 51-53. Ayrıca B. Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul, May, 1978, s: 47-59.

eleştiri bir yandan "Toplumcu Hıristiyan", öte yandan yoğun biçimde "Sosyalist" düşünce bağlamında ortaya çıkmıştır.

Sosyalist hukuk anlayışından liberal haklara yöneltilen temel eleştiri 1789 Bildirgesinin insanı toplumsal boyutundan yalıtarak ele aldığı, bunun egemen sınıfların çıkarlarını koruyan bir aldatmaca olduğu yolundadır. Gerçekte "herkese" ait olduğu ilan edilen haklar bir avuç azınlıkça kullanılabilir niteliktedir. Bu azınlık toplumsal üretim araçlarının mülkiyetini elinde tutan ve iktidarı belirleyen "burjuvazi"den ibarettir. Eleştiriye göre burjuvazi insan haysiyetini bile ticaret serbestliğinin sınır tanıması nedeniyle basit bir mübadele edilen değer haline indirgemıştır.

Toplumcu hıristiyan anlayışa göre de 1789 Bildirgesinin hak anlayışı kağıt üzerinde değer taşıyan, başka deyişle biçimsel bir anlayıştır. İnsan tarafından değil Devlet tarafından da korunmalıdır. Devlet bu amaçla, bir şeyler yapmalı veya vermelidir. İnsanlar bir araya gelerek Devlete karşı haklarını daha iyi savunabilir. Hıristiyanlıkta kişiye verilen değerden yola çıkan bu anlayış "toplu temel haklar"ın tanınması gereğini savunmuştur. Sosyalist anlayış da Devletin etken rolü üzerinde durarak "insanın özgürleştirilmesi" kavramını ortaya çıkarmıştır. Buna göre, sosyalist toplumun temeli özgürlüktür. Bu nedenle temel hakların ve özgürlüklerin olmadığı bir toplum "sosyalist" olarak nitelendirilemez. Bu amaçla devlet bireyin özgür kılınması yolunda gereken davranışları ödev olarak üstlenmelidir.

Böylece iki yönden yapılan eleştiriler sonucunda temel haklar alanına sosyal haklar da girdi. Bu hakların insan toplulukları tarafından kullanılmasına kadar "toplumsal" gereksinimleri karşılamaya yönelik olmaları da o zamana kadar rastlanmayan yeni bir olgu niteliğindedir. Bugün, yeni haklar "ekonomik, sosyal ve kültürel" alanlar bakımından ayrı ayrı ele alınmaktadır. Aralarında büyük farklar bulunmasına karşın bu hakların ortak noktasını Devlete karışmacı bir rol tanıması oluşturmaktadır.

## II. TEMEL HAKLARA İLİŞKİN ÇAĞDAŞ SORUNLAR

### 1. Temel hakların sınıflandırılmasında karşılaşılan sorunlar

Liberal temel haklar anlayışının eleştiriler ve düzeltmeler sonucunda aldığı çağdaş biçim temel haklar dizgesi içinde sadece bireysel hakların değil aynı zamanda "ekonomik, sosyal ve kültürel" hakların da yer almasına yol açtı. Bu gelişme sürmektedir. Böylece sınırları belli, türdeş bir temel haklar listesinden çok, tarihsel gelişme içinden gelen etkiler sonucunda nitelikçe birbirine benzemeyen pek çok hak, temel hak konumuna

girmiş bulunmaktadır. Bu temel haklar “enflasyonu” kimi karamsar yaklaşımlara göre konunun anlam ve önem yitirmesine yol açabilir. Kimi yazarlara göre de temel haklar bilimsel nesnellliğini çoktan yitirmiş bulunmaktadır. Buna göre temel haklar yeni bir kültür olmaktan çok yeni bir dine dönüşmüş bulunmaktadır.

Bu konuda bazı sorunları sıralamak fikir verebilir:<sup>17</sup>

— 1789 Bildirgesindeki haklar listesinden sonra en geniş liste 1966 tarihli Birleşmiş Milletler “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi” ile yapılmış bulunmaktadır. Böylece aynı tarihli “Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi” ile birlikte ülkelerin çoğunluğunun ortak model olarak benimseyebileceği bir haklar listesi oluşturulmuş bulunmaktadır. Bununla birlikte uluslararası Sözleşmeler taraf devletlere temel haklar uygulamasında çok geniş bir takdir yetkisi bıraktığından bütün ülkeler bakımından uyulması zorunlu temel haklar listesinin yapılması çok güçtür. Örneğin ekonomik ve sosyal hakların uygulaması her ülkenin iç ekonomik ve sosyal koşullarının elverişliliği ölçüsünde mümkün olabilecektir. Bu hükmün 1961 ve 1982 Anayasalarına alınmış olması da anlamlıdır.

— Söz konusu iki Sözleşme’nin yanı sıra Avrupa Konseyi çerçevesi içinde başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1950) ve yüze yakın Sözleşmeden oluşan dizge, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (1969), Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi (1981) ve Birleşmiş Milletlere bağlı örgütlerin oluşturduğu çerçevede bağitlanan Sözleşmelerden oluşan bir evrensel dizge gerçekleşmiş bulunmaktadır. Bu Sözleşmelerin çoğunda bir özel denetim mekanizması öngörülmektedir. Bununla birlikte uygulama çeşitli nedenlerle başarılı değildir.

— Hukuksal nedenler arasında özellikle bazı hakların dava yoluyla korunamaması da bulunmaktadır. Doğrudan uygulamaya elverişli olmayan çoğu sosyal hakların ve program kurallarının gerçekleştirilmesinde sorunlarla karşılaşmaktadır.

— Temel hakların kime karşı korunacağı sorusunun eskiden “Devlete karşı” biçimindeki tek yanıtı günümüzde “güçlü olana karşı” biçiminde değişmiş bulunmaktadır. Bu nedenle temel hakların özel hukuk ilişkilerinde de yoğun biçimde öne sürülmeleri dönemine geçilmiştir. Bu, temel hakların etkisi bakımından önemli olan bir gelişme olmakla birlikte, aynı zamanda temel hakların “özümlü” niteliğini yitirmesine yol açan bir olgudur. Başka bir anlatımla temel haklar bir kamu hukuku konusu olmaktan çok özel hukuk konusu haline gelmiş bulunmaktadır. Bu özellikle özel

<sup>17</sup> Karş. Madiot, s. 52-53.



hukuk kamu hukuku ayırımı yapılan hukuk sistemlerinde ayırımın anlamını yitirmesine yol açan gelişmelerden biri olarak nitelendirilmektedir.

— Temel hakların belli kesimlere ayrılarak her kesimin ortak ve öteki kesimlerden ayrı hukuki rejimi bulunduğu varsayımı da önemini yitirmiş bulunmaktadır. Genellikle türdeş ve tek yapılı olmayan temel haklar bazı öğeleri yönünden bir kesimde, başka öğeleri bakımından ise ayrı yerlerde düzenlenmiş olabilmektedir. Örneğin mülkiyet hakkı hem bireysel hak hem de ekonomik ve sosyal bir hak olarak ayrı ayrı düzenleme görmektedir. Bu karma yapılı haklarda kimi zaman bireysel öğeler ile toplu hak olma özelliklerinin birbiriyle çelişmesine de yol açabilmektedir. Örneğin sendika hakkı/sendikadan çıkma hakkı ile veya dilediği sendikaya girme hakkı ile, çalışma hakkı grev hakkı ile çelişebilmektedir.

— Temel haklar gelişmesi temel haklarda korunması gereken yarar/çıkar kavramının da netliğini yitirmesine yol açmıştır. Böylece yalnızca hak sahibinin değil bazı toplulukların, ekonomik kesimlerin, kurumların, doğal kültürel, sanatsal, estetik, mimari, çevresel, evrensel varlıkların, değerlerin, yapıların, hatta hayvanların, ekonomik, doğal, maddi, manevi bakımlardan zayıf ve güçsüzlerin korunması da söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, doğal, kültürel çevrenin korunması, kadınların, çocukların korunması, esnafın ve tarımla uğraşanların korunması gibi 1982 Anayasasında da pek çok örneği bulunan çeşitli hükümlerin sistemli hale getirilmesi bu çeşitlenme arttığından günden güne güçleşmektedir.

Bu gözlemler temel hakların kuramsal düzeyde pek çok sorunu olduğunu kanıtlamakla birlikte, temel hakların günümüzde bir "uluslararası ortak dil"<sup>18</sup> olduğunu da belirtmek gerekir. Temel hakların gerçekleştirilmesi her ülkenin bir iç sorunu olduğu kadar aynı zamanda uluslararası bir sorun niteliği taşımaktadır. Bu düşünce temel hakların korunması amacına yönelik uluslararası denetim mekanizmalarının kurulmasına yol açmıştır. Temel hakların gelişmesine bu açıdan da bakılması yerindedir.

## 2. Uluslararası Hukukun Etkisi<sup>19</sup>

Temel hakların uluslararası anlaşmalar yoluyla korunması bu konudaki kavramların uluslararası ortak kabule bağlanması sonucuna yol aç-

<sup>18</sup> Bkz. M. Soysal, *Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek, 1986 (6. bası) s. 188-189.

<sup>19</sup> R. Bernhardt, "Thoughts on the interpretation of human-rights treaties", *Melanges Wiarda*, s. 65-71. M. Oreja, "Souverainete des respect des droits de l'Homme", *Melanges Wiarda*, s. 7-15. J.A.C. Salcedo "Souverainete des Etats et droits de l'homme en droit international contemporain", *Melanges Wiarda*, s. 91-95.

Ayr. R. B. Bilder, "Rethinking international human rights: some basic questions", *Revue des Droits de l'Homme*, Vol. 11-4, 1969, s. 557-608.

mıştır. Bugün “insan hakları” denilince hukuk ötesi kavramlar değil fakat herşeyden önce uluslararası insan hakları andlaşmalarının olan (positif) kuralları akla gelmektedir. Bunlar, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler çerçevesinde yapılan insan hakları sözleşmeleri ve bölgesel insan hakları sözleşmeleridir.

Günümüzdeki insan hakları kavramı “devlet” kavramı ile yakından ilgilidir. Örgütlenmiş bir toplum çerçevesinde düzenlenmiş birey/devlet ilişkileridir, insan hakları. Dolayısıyla, devleti ve toplumsal gerçekleri aşan “transcendantale” ve hukuk ötesi “insan hakları” kavramı eskimiş yada işlevsiz görünmektedir. Öte yandan, insan haklarının sadece birey/devlet arasındaki ilişkileri (dikey) değil aynı zamanda bireylerarası yada toplumsal bütün ilişkileri (yatay) kapsadığı da günümüzün bir gerçeğidir.

İnsan Hakları konusundaki uluslararası hukuk, taraf ülkelerin iç hukuklarındaki anlayış ve uygulamaların da birbirine benzemesine yol açmaktadır. İnsan Hakları herşeyden önce “eğitim/öğretim/bilgi verme” faaliyetleri ile birlikte ele alınmaktadır. Günümüzde bu konular yönetsel kuruluşlar tarafından üstlenilmekle birlikte, pek çok “yönetim dışı” örgüt (Organisations non-gouvernementales) bu alanda etkinlik göstermektedir. Bir bakıma yönetim dışı örgütler uygulamaların yansızlığını simgelemektedir. Birleşmiş Milletler insan hakları çalışmalarında, koruma mekanizmalarında ONG (Yönetim dışı örgüt) temsilcilerinin bulunduğu, onların görüş ve tanıklıklarına veya uzmanlıklarına başvurulduğu dikkat çekmektedir.

Günümüzde insan hakları sözleşmelerinin yüklediği ödevlerin yerine getirilmesi herşeyden önce iç hukuk alanında taraf devletlere eğitim/öğretim yapma zorunluluğu getirmektedir. Başka bir anlatımla insan hakları eğitimi andlaşma uygulamasında başarı önkoşulu olmaktadır. Bu da yeni bir durumdur. Kısaca devlet, andlaşmanın gerektirdiği kültürel ortamın yaratılmasını sağlamak durumundadır.

İnsan Hakları uygulamasına uluslararası hukukun getirdiği en önemli ön koşul “özgürlük”, “demokrasi” ve “hukuk devleti” değildir. Bu kavramların ortak tanımı bulunmamakla birlikte bir “alt düzey” koşullar kümesinin var olduğu söylenebilir: önceden belli kurullarla bağlı olma, yargı denetimi, dürüst seçim ilkesi vb... Bilindiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “demokratik toplum gereklerine aykırı olmamak” koşulu öngörülmüş ve 1982 Anayasasınca da benimsenmiştir. Bu durum bizi “demokratik” toplumların uygulamaları ile karşılaştırma yapmak ödevi altına sokmaktadır.

İç hukukta insan haklarının etkili biçimde korunabilmesi yolundaki çabalar, yargı denetiminin yanı sıra “kamu denetçisi” (ombudsman, par-

liamentary comissionar, mediateur) uygulamasının önem kazanmasına yol açmıştır. Çeşitli ülkelerde kamu denetçisi uygulamasının, özellikle yaygın denetimine göre daha ucuz ve çabuk işleyen bir yöntem olması nedeniyle tercih edildiği dikkat çekmektedir. Bizde de "Devlet Denetleme Kurulu"nun kuruluşu öncesinde özellikle insan hakları konusunda bir ombudsman benzeri kuruluş kurulması yada anayasaya bu yolda hüküm konulması için öneriler yapmıştı.

İç hukukun etkililiğini artırma yollarından biri de "hukuki yardım"dır. Bizde etkili olmayan bir kurum niteliği taşıyan bu uygulama, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Bireyin Yönetmelik İşlem Sürecinde Korunması Hakkında"ki en alt düzeyi belirleyen "Tavsiye Kararı" (1978/31) üye ülkelere önerilmiştir<sup>20</sup>. Bu yöntemin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da desteklendiği dikkat çekmektedir. Adli yardımın, sadece dava açma harçlarından bağışıklık veya ücretsiz avukat görevlendirilmesinden ibaret olmadığı, herşeyden önce adli hizmetlerin siyasal iktidarların etkisinden kurtarılması, iktidara karşı bağımsız organlar eliyle bu hizmetlerin götürülmesinin bir uluslararası ölçü olarak belirlenmeye başladığı söylenebilir. Pek çok ülkede adli yardım baroların kurdukları bir komisyon eliyle yürütülmektedir. Avukatların üye oldukları uluslararası kuruluşlar, dernekler (Uluslararası Hukukçular Komisyonu gibi) eliyle de adli yardımın aynı zamanda uluslararası bir boyut kazandığı görülmektedir.

Adli yardım gibi uluslararası düzeyden iç hukuka etki sonucunda yeniden canlanmaya başlayan bir başka süreç de "insan hakları kuruluşları"dır. Pek çok ülkede yönetim dışı dernek ve benzeri kuruluşlar bu alanda faaliyet göstermektedir. Bizde de derneklerin yeniden serbest bırakılmasından sonra insan hakları derneklerinin kurularak kısa zamanda etkili çalışmalar yaptıkları bilinmektedir. Bu gelişmenin yanı sıra, hükümetlerin de kendilerine insan hakları konusunda danışmanlık yapmak üzere "insan hakları komiteleri" kurdukları dikkat çekmektedir<sup>21</sup>. Bu komiteler, buldukları ülkelerin koşullarına göre çeşitli görevler üstlenmekle birlikte, genellikle hükümetlere insan hakları konusundaki dış politika konusunda öneri geliştirmek, uluslararası normlar ile iç hukukun uyumunu araştırmak ve bireysel zedeleme hallerinin çözümü ile uğraşmak gibi konularda görev yapmaktadır. Bu komiteler uluslararası iç hukuka etkisini kolaylaştırma rolü oynamaktadır.

<sup>20</sup> Bkz. T. Akilloğlu, "Bireyin Yönetmelik İşlemler Karşısında Korunması ve Yönetim Hukukumuz", AİD, Cilt, 14, Sayı 3, Eylül 1981, s. 37-56.

<sup>21</sup> Örneğin Fransa için bkz. D. Turpin, "La Commission nationale consultative des Droits de l'Homme", RDP, 1-1989, s. 61-90.



### 3. Uluslararası Koruma Sisteminin Genel Görünümü<sup>22</sup>

#### A) Birleşmiş Milletler:

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi uygulamasında başlıca organ "**İnsan Hakları Komisyonu**"dur. Birleşmiş Milletlerin 43 üyesinin temsilcilerinden oluşan bu kurul insan hakları konusunda uluslararası sözleşmeler hazırlamak, yapılan sözleşmelerin onaylanmasını özendiren çalışmalar yapmak ve dünyadaki insan hakları ihlallerine karşı tepki göstermek biçiminde özetlenebilecek bir görev üstlenmiştir.

#### B) Sözleşmelerle öngörülen organlar:

— "**İnsan Hakları Komitesi**", Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966) bağlamında bir denetim organı olarak kurulmuştur. 90'a yakın taraf devletçe seçilen 18 bağımsız uzmandan oluşan Komite Sözleşmeye taraf ülkelerin ödevlerini ne ölçüde yerine getirdiklerini denetlemekle görevlidir. Komite bu çalışmasını daha çok taraf devletlerin kendisine sunduğu raporlar üzerinde yapmaktadır. Sözleşmeye ek bir seçimlik Protokol ile Komiteye bireysel başvuru inceleme yetkisi de tanınabilir.

— "**Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi**", Birleşmiş Milletlerin temel organlarından olan Ekonomik ve Sosyal Konsey'e çalışmalarında yardımcı olmak üzere ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi kuralları uyarınca taraf ülkelerce seçilmiş bağımsız uzmanlardan oluşan yeni bir kuruldur (1987). Bu kurul da taraf devletlerin düzenli aralıklarla sunduğu raporlar üzerinde çalışma yapmaktadır.

— "**İrk Ayrımının Kaldırılması İçin Komite**", aynı adı taşıyan sözleşmenin denetim organıdır.

— "**İşkenceye Karşı Komite**", 1984'de imzalanan ve 1987'de yürürlüğe giren işkencenin önlenmesi hakkındaki Sözleşmenin denetim organıdır. Devlet şikayeti gibi çekince koymayan taraflar bakımından bireysel başvuruları inceleme yetkisine sahiptir. Türkiye bu Sözleşmeyi 1988 tarihinde onaylamış bulunmaktadır.<sup>23</sup>

— "**Kadınlar Hakkında Ayrımcılığın Kaldırılması İçin Komite**" ,aynı

<sup>22</sup> Bu "kuşbakışı", için kaynak: Asbjorn Eide, "Guide de poche sur le developpement des institutions et mecanismes de protection des droits de l'homme", Strasbourg, 1989, 26 s.

<sup>23</sup> Bkz. T. Akılhoğlu, "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", İnsan Hakları Yıllığı, TODAİE, Cilt 10-11, 1988-1989, s. 17-64.

adı taşıyan Sözleşmenin (1979) denetim organıdır. Türkiye bu sözleşmeyi onaylamış bulunmaktadır.

C) Uluslararası Çalışma Örgütü: (ILO/OIT)

1919 tarihli “Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası”na dayanan bu sistem çok sayıda uluslararası Sözleşmeden ve Örgütün çıkardığı tavsiye kararlarından oluşmaktadır.

D) Uluslararası Eğitim ve Sosyal İşbirliği Örgütü: (UNESCO)

Bu örgüt özellikle eğitim alanında varolan ayrımcılıkların kaldırılması ve insan hakları öğretiminin geliştirilmesi amacına yönelik çalışmalar yapmaktadır.

E) Bölgesel İnsan Hakları Sözleşmeleri:

Günümüzde üç bölgesel insan hakları koruma sistemi yürürlüktedir: Amerika, Afrika ve Avrupa.

**Amerika Devletleri Koruma Sistemi:**

Amerika Devletleri Örgütü Sözleşmesi, insan hakları konusunda Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesi'nden 6 ay önce yayınlanmış bir insan hakları Bildirgesi'ne (Bogota, Mayıs 1948) dayanmaktadır. Bununla birlikte, bir uluslararası Sözleşmenin kabulü, AİHS'nden 19 yıl sonra gerçekleştirilebilmiştir (1969). Amerika Devletleri İnsan Hakları Sözleşmesi 1978'de yürürlüğe girmiştir. Sistem AİHS'ne benzer biçimde bir Komisyon ve Mahkeme'den oluşmaktadır.

**Afrika Devletleri Koruma Sistemi:**

Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi 1981'de kabul edilmiştir. Bu Sözleşme'nin adı da farklıdır. Sadece “insan hakları” değil “halk hakları” da kapsama girmektedir. Afrika ulusları, bağımsızlıklarına kavuşmalarının hukuksal güvencesini insan haklarından saymaktadır. Bu bakımdan “halk” yada “ulus” hakları, toplu hakların (“droits collectifs”) yeni bir kesimi olarak ortaya çıkmaktadır.

1986'da yürürlüğe giren Sözleşme denetim organı olarak AİHS'ne benzer bir Komisyon (1987) öngörmektedir. Ancak Avrupa ve Amerika uygulamalarından farklı olarak Komisyonun sadece “Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansı”na bu organın istemi üzerine belli bir ihlal olayı hakkında inceleme yaparak tavsiyelerde bulunma yetkisi vardır. Bu yetki Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun yetkisine benzetilebilir.

### Helsinki Sonuç Belgesi Mekanizması

Bölgesel koruma sistemleri arasında Avrupa işbirliği mekanizması öngören Helsinki Sonuç Belgesi'nden (1975) kaynaklanan ve Avrupa'da Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) çerçevesinde işletilen koruma önlemlerine de yer verilmektedir. Bu önlemler herhangi bir uluslararası sözleşmeye dayanmamakta, periodik olarak gerçekleştirilen konferanslarda (AGİK) toplanan ve aralarına ABD ve Knada'nında katıldığı ,Doğu ve Batı kesimlerinden bütün Avrupa ülkelerinden oluşan taraflarca görüşülmektedir. Kısaca AGİK toplantılarına katılan taraflar insan hakları konusunda gerçekleştirilmesi gereken konuları tartışmaktadırlar. Böylece insan hakları ihlallerinin denetimine doğru bir adım atılmış olmaktadır. Bununla birlikte Helsinki Sonuç Belgesi bu konuda herhangi bir örgüt kurulmasını öngörmediği gibi denetim organı da kurmamıştır. Kendisi de hukuksal bağlayıcılıktan yoksundur.

### C) Avrupa Koruma Sistemi

— **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi:** 1950'de kabul edilen ve Türkiye'nin 1954'de onayladığı AİHS, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nden esinlenen, bu metnin öngördüğü kuralların daha çok kişisel ve siyasal nitelikte olan kesimini uygulamaya koymak ve bunu etkin bir koruma sistemi ile güvenceye almayı amaçlayan ve büyük ölçüde de başarmış bulunan bir andlaşmadır.

AİHS, BM Evrensel Bildirgesi'nin yanı sıra, Avrupa Konseyi Statüsü'ne (1949) dayanmaktadır. Başka bir anlatımla AİHS, öncelikle anılan Statünün temel amacı olan insan haklarının gerçekleştirilmesi için uygulamaya konmuş bir sistemdir. Sistemin özelliği o güne değin uluslararası düzeyde gerçekleştirilmiş en etkili koruma aracı olmasıdır. Bu özelliği bugün de sürdürmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu koruma sistemine özellikçe en fazla yaklaşabilen, Amerikan Devletler İnsan Hakları Sözleşmesi'dir.

Sistem, bilindiği gibi ikisi siyasi nitelikte olan (Komisyon ve Bakanlar Komitesi) ile yargısal nitelikli bir Divan'dan oluşan üçlü uygulama organı ile çalışmaktadır. Sistem, devletlerarası bilinen şikayet mekanizmasının yanı sıra o zamana değin bilinmeyen bir "bireysel başvuru" mekanizması öngörmesiyle de yenilik yaratmıştır. Böylece uluslararası hukukun özneleri arasında "birey" de yer almış oluyordu. Bugün bireysel başvuru insan hakları sözleşmelerinin yadsımadığı bir yöntem niteliği taşımaktadır.

Sistemin temel özelliği insan hakları konusunda ortak hukuk oluşturmasıdır.



— **Avrupa Sosyal Şartı:** Şart, Avrupa Konseyinin insan hakları alanında gerçekleştirdiği ikinci büyük sistemdir. AİHS'nin kapsamına almadığı ekonomik ve sosyal haklar Şart tarafından düzenlenmiştir. Bugünlerde TBMM'nden uygun bulma yasınının<sup>23</sup> çıkması beklenen Şart 1961'de kabul edilerek 1965'de yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Şart 1988 sonu itibarıyla 21 üyeli Avrupa Konseyinin 18 üyesi tarafından onaylanmış bulunmaktadır.

Şartın yürürlüğe konulmasının ilgili devlete getireceği ödevlerin bilincinde olarak esnek bir sistem öngörülmüştür. Buna göre Şartı yürürlüğe koymak isteyen devlet yedi maddeden oluşan çekirdek kesimin en az beşini kabul etmek koşulu ile öteki kuralların yürürlüğe girişini sağlamak zorunda değildir. Şart, uygulamasını denetlemek amacıyla iki organ kurmaktadır: uzmanlar komitesi ve hükümetlerarası komite. Taraf devletler iki yılda bir uzmanlar komitesine rapor sunmak zorundadır. Uzmanlar komitesi vardığı sonuçları hükümetlerarası komiteye sunar. Bu komitenin toplantılarına işçi ve işveren federasyonları temsilcileri de gözlemci niteliğiyle katılır.

Her iki komitenin de vardığı sonuçlar Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisine sunulur. Meclis bu sonuçlara ilişkin bir danışma görüşü belirtir. Bu konuda son karar Avrupa Konseyi Bakanlar komitesine ait bulunmaktadır. Aynı zamanda AİHS yürütme organı niteliğinde olan bu Komite Şarttan doğan ödevlerin yerine getirilmediği sonucuna varıyorsa taraf ilgili taraf devletlere tavsiyelerde bulunabilir.

Şartı AİHS ile karşılaştırmak gerekirse daha az etkili bir koruma sistemi oluşturduğu söylenebilir. Şart bireysel başvuru hakkı tanımadığı gibi, Şart ile güvenceye alınan hakların ihlali nedeniyle AİHS sistemine de başvurulamaz. Bu konuda başkaca bir uluslararası koruma sistemi de öngörülmüş değildir.

Bu sistem bir yargı kararı ile düzeltme temeline değil, ürettiği tavsiye kararları ile hukuk sisteminde yapılması gereken değişiklikleri belirleme işlevine dayanmaktadır.

— **İşkencenin Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi:** 1989 Şubatında yürürlüğe giren bu Sözleşme işkencenin önlenmesi amacıyla geniş araştırma yetkisiyle donatılmış bir Komite uygulaması öngörmektedir. Türkiye'nin gecikmeksizin onayladığı bu Sözleşme özellikle işkence yapıldığı yolundaki her türlü ihbar üzerine taraf devletlerde "her yerde" araştırma yapmak ve dilediği "herkesle" konuşma ve görüşme yapmak yetkisine sahiptir. Böylece işkencenin erken bir aşamada önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

<sup>23</sup> Kanun no: 3581, Resmi Gazete, 4.7.1988, Sayı 20215.

— **Avrupa Konseyi Bağlamında Gerçekleştirilen İnsan Haklarına İlişkin Sözleşmeler:** Günümüzde Avrupa Konseyi çerçevesinde bağitlanan uluslararası sözleşmelerin sayısı 130'u aşmaktadır. Bunların büyük bir kesimi Türkiye tarafından imzalanmış veya onaylanmıştır. Türkiye Avrupa Konseyi Statüsü ve buna ilişkin beş sözleşmeyi imzalamış ve onaylamış bulunmaktadır. AİHS bağlamında ise Divanın zorunlu yetkisi dahil, uluslararası düzeyde bizim açımızdan onaylanması önem taşıyan yedi numaralı Protokol ile ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin altı numaralı Protokol'ün imza ve onaylanması beklenmektedir.

Bununla birlikte Türkiye işkencenin önlenmesi konusunda Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmelerini onaylamakla insan haklarının uluslararası düzeyde korunması alanında ileri bir adım atmış bulunmaktadır.

#### 4. AİHS Sistemine Yönelik Eleştiri ve Öneriler<sup>24</sup>

AİHS, uluslararası düzeyde gerçekleştirilmiş en iyi koruma sistemi sayılmakla birlikte eleştirilmekte ve değişiklikler önerilmektedir. Özellikle Komisyon ve Divan kararlarının uygulanmasında Bakanlar Komitesi'ne düşen rolün azaltılması, Komisyon ve Divan önündeki sürecin hızlandırılması (ortalama her ikisi önünde üçer yıl geçmektedir), Komisyon ve Divanın birleştirilerek bir sürekli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine dönüştürülmesi ve bireylere bu Mahkeme önünde doğrudan doğruya dava açma hakkı tanınması başlıca eleştiri/öneri örnekleridir. Yine bu bağlamda Komisyon ve Bakanlar Komitesi önündeki işlerde (aleniyet/açıklık) ilkesinin kabulü, Divana ulusal yargı yerlerinden gelen istem üzerine önlem kararı verme yetkisinin tanınması yolundaki öneriler de dikkat çekmektedir.

Avrupa Konseyine insan haklarının gerçekleştirilmesinde düşen görevler bağlamında üç büyük sorun alanı belirlenmektedir: "demokrasi ve insan hakları", "kültürel kimlik" ve "toplum sorunları".

**Demokrasi ve insan hakları** arasındaki yakın ilişki, demokrasinin karıştığı engellerin aşılması ve öncelikle hangi demokrasi anlayışının benimsenmesi gerektiği sorularının yanıtlanmasını gerektirmektedir. Bu açıdan insan hakları önemli rol oynamaktadır. İnsan haklarına gereken

<sup>24</sup> Bkz. A. Eide, s. 26. Ayrıca "Quarantieme session ordinaire de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe", (Resume), Conseil de l'Europe, Strasbourg, 20.2.1989, Document du Service de l'information, 17 s. "Fonctionnement des organes de la Convention europeenne des Droits de l'Homme (Evaluation, amelioration et renforcement du mecanisme international de controle institue par la Convention/Rapport presente par la delagation de la Suisse) Strasbourg, 1984, 29 s.

önemi vermeyen bir rejimin demokrasi olarak nitelendirilmesi düşünülemez. Bu nedenle insan haklarının korunması ve gerçekleştirilmesi bütün “demokrasilerin” ortak sorunu sayılmaktadır. Bu aynı zamanda insan haklarının “evrenselliği” ile ilgili bir konudur. İnsan hakları rejimlerin belirleyici niteliği sayıldığına göre, çağdaş bütün demokrasilerin belli bir insan hakları anlayışına sahip olması gerekir. Çeşitli ülkelerin rejimlerindeki farklılıklara karşın küresel önem taşıyan bazı sorunlar siyasal/ideolojik çekişmelere karşın ortak tavır alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bu sorunlara örnek olarak AIDS hastalığı ile mücadele ve genetik bilimindeki teknolojik gelişmelerin insanlık yararına kullanılması anılabilir.

Avrupa Konseyi 17-19 Nisan 1989 tarihlerinde Afrika, Avrupa ve Amerika İnsan Hakları Komisyonlarının ve Amerikan İnsan Hakları Divanının çağrılı olduğu bir toplantıda bu konunun tartışılmasını sağlamıştır.

Demokrasi/insan hakları bütünlüğünün korunması amacıyla bir gözetim organı kurulması da önerilmiştir. Buna göre, Avrupa kültür ve demokrasi anlayışını paylaştığı halde Avrupa dışında veya Avrupa ülkesi olduğu halde Avrupa Konseyi üyesi olmayan ülkelerin de katılımı ile “hukuk kuralları içinde demokrasi” uygulamasının gözetimi sağlanabilir.

**Kültürel kimlik** bağlamında yer alan konular, toplumsal gelişmenin “farklılık” ve “çeşitlilik” içinde sağlanması amacına ilişkindir. Bu anlayışa göre “Avrupa kültür kimliği” tek kültüre indirgeme değil, çeşitli kültürler arasında “dialog” kurma aracıdır. Bilindiği gibi, Türkiyece de onaylanmış olan Avrupa mimari kültür mirasının korunmasına ilişkin bir Avrupa sözleşmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Ayrıca azınlık ve bölge dillerinin korunmasına ilişkin bir Avrupa Şartı hazırlıkları da sürmektedir.

**Toplum sorunlarına** gelince bunların insanlığı tehdit eden güncel sorunlar oldukları söylenebilir: AIDS hastalığı ile mücadele, uyuşturucu kullanımının önlenmesi, terörizm, ırkçılık ve fakirliğin önlenmesi bu bağlamda sayılabilir. Konseyce bu konularda üye devletlerce alınacak önlemlerin özendirilmesine, ortak ölçütler kullanılmasına çalışılmaktadır.

Bütün insanları ilgilendiren, dolayısıyla “evrensel” sayılan konularda ülkelerin kendilerine göre bir yaklaşım benimsemelerinin doğru olmadığı veya mümkün olmayacağı öne sürülebilir. Buna karşılık, “az gelişmiş” yada “gelişen” ülkelerin kendilerine özgü yapıları nedeniyle “gelişmiş” ülkelerde olduğu gibi anılan sorunlarla mücadele edilemediği, kaldı ki bu gibi ülkelerde en temel insan haklarının dahi gerçekleştirilmesi için çaba gösterilmediği veya girişimlerin ertelendiği göz önünde tutularak, gelişen ülkelerin gelişmişlere göre farklı bir yaklaşım ve kuram yaratma-



ları gerektiği de öne sürülmüştür. Bu konu, temel haklar bakımından benimsenen “Batılı yaklaşım”ın ne olduğu sorusuna yol açmaktadır.

##### 5. Batı Düşüncesine Dayalı Temel Haklar Yaklaşımının Özellikleri

Günümüzde gerek uluslararası hukuk uygulaması ve gerekse temel haklar kavramına yer veren pek çok ülke “Batı yaklaşımı” içindedir. Öte yandan temel haklar tarihsel gelişmenin ana çizgileri ve başlıca kuramsal yaklaşımlar (doğal hukuk, tarihçi anlayış, hukuksal gerçekçilik, marksizm ve sosyalist hukuk kuramları ve liberal hukuk anlayışı) tümüyle Batı düşüncesi içinde yer alan yaklaşımlar olmaktadır. Bu geniş kapsamlı ve başat düşünce biçiminin dışında yer alan, ondan ayrı ve bağımsız genel yaklaşımlar olup olmadığı sorulabilir.

Bu ölçüde kapsamlı bir düşünce sisteminin dışında kalabilen pek az sistem olduğu açıktır. Kimi yazarlara göre Batı düşüncesinin temelinin “Judeo/Chretien kültür”, kimilerine göre “Greco/Chretien uygarlık” oluşturmaktadır. Buna dinsel bakış açısı da denebilir. Bu açıdan Batı düşüncesi dışında kalabilen özgün sistemler, İslam, Budizm ve yerli halk kültürleridir. İslam aynı zamanda evrensel bir din ve hukuk sistemi olarak dikkat çekmektedir. Başka bir anlatımla Batı düşüncesindeki din/hukuk ayrılığına bu sistem yer vermemektedir. Budizm, gerçeğin “indirilmiş” (vahyolunmuş) bilgilerle değil özel bir düşünce yoluyla (meditation) bulunabileceği ilkesine dayanan ve bu yolla insanla hayvan, canlı ile cansız arasında ilişki kurulabileceğini benimseyen, ayrımcılığı reddeden ve insan benliğini sınırlayan özgün bir anlayıştır. Yerli halkların anlayışları çok çeşitli olmakla birlikte ortak noktayı doğa saygısı ve çevre sistemi ile uyum sağlama anlayışının oluşturduğu ve bu özelliklerin öteki anlayışlarda bu denli yoğun biçimde bulunmadığı öne sürülmüştür.<sup>25</sup>

Bu konuda günümüzde hayli etkili olan bir başka yaklaşımı da “Gelişmiş/gelişen ülkeler” ayırımına dayanan görüşler oluşturmaktadır. Buna göre temel haklar kuramı gelişmiş ülkeler kesiminde ortaya çıkmış olup sosyal ve ekonomik koşulları buna uymayan gelişmekte olan (veya gelişen/azgelişmiş) ülkelerin bu anlayışa ayak uydurmaları güçlükler içermektedir. Özellikle Batı düşüncesinde mevcut olan birey/devlet çekişmesinin gelişen ülkelerin istikrarsız siyasal ortamları için “tehlikeli” sayılması bu ülkelerin farklı bir kuram geliştirmeleri gereğinin öne sürülmesine yol açmıştır.

Gelişen ülkelerdeki kimi yazarlar da farklılığı kabul ederek özellikle gelişen ülkelerin kendilerine “borçlu/ödevli” olduklarını öne sürmekte-

<sup>25</sup> A. Eide, s. 7 (La pensee non occidentale).

dirler.<sup>25</sup> Uygulamada, Afrika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kuzey/Güney Diyaloğu bu görüşlerin etkilerini taşımaktadır.

Bununla birlikte, Batı düşüncesine dayalı temel haklar yaklaşımının belli gelişmiş ülkelere özgü bir model olduğunu, gelişen ülkelerin bunun dışında kaldıklarını öne sürmek gerçekçi değildir. Zira Batı yaklaşımı yurtdışı da belirtildiği gibi uluslararası insan haklarının üzerine kurulduğu bir zemindir. Dolayısıyla "evrensel" bir model sayılır.

Günümüzde sözü edilen "evrensel model"e başlıca iki yaklaşım olduğu söylenebilir. Doğal hukuk ve doğal hukuk dışı yaklaşımlar.

Doğal hukuk yaklaşımının günümüzde de en yaygın yaklaşım olduğu açıktır. Uluslararası klasik temel metinlerin, insan haklarını konu alan andlaşmaların doğal hukuk anlayışını yansıttıkları açıktır. Öğretinin büyük bir kesiminin de doğal hukuk yaklaşımı içinde olduğu söylenebilir.

Doğal hukuk yaklaşımlarının temel niteliği "insanı merkez alan" (anthropocentrique) bir anlayışa sahip olmalarıdır. Bu, bilinen öteki temel niteliklerden (evrensellik, dokunulmazlık, devredilmezlik ve vazgeçilmezlik) daha önemli görünmektedir. Zira günümüzde insani değerlere önem vermekle birlikte "insanı merkez sayma" doğmasını bir amaç değil, sadece bir veri olarak kabul eden çeşitli bilimsel yaklaşımlar bulunmaktadır. Bunların ortak noktası doğal hukuk dışı olmalarıdır.

Burada bu yaklaşımlardan birine örnek olarak yeni ve ülkemizde pek az tanınan bir düşünürün, Michel Foucault'nun (1927-1984) görüşlerine kısaca yer vermek yerindedir.<sup>26</sup> Nietzsche'nin (1844-1900) "Tanrı öldü"sünü anımsatır biçimde yüzyılımızın en önemli belirleyicisinin "İnsanın ölümü" olduğunu öne süren Foucault hukuksal yaklaşım olarak "pozitivist" sayılır.<sup>27</sup> Foucault'ya göre 18. yüzyıl sonunda evrensellığe yükselen insanın günümüzde nihayet Batılı ve beyaz adamdan ibaret olduğu anlaşıldı. Evrensel değerlerin tümü üzerinde (eşitlik, özgürlük vb) yeniden tartışma açıldı ve bilinen/açık kavramların tartışılabilir/sorunlu kavramlar oldukları ortaya çıktı.

Foucault'nun "siyasal iktidar" kavramına ilişkin çalışmalarının insan hakları konusunda da açıklayıcı/aydınlatıcı etkileri bulunmaktadır. Başka bir anlatımla evrensel nitelik taşıdığını varsaydığımız, yerleşik kavramların yeniden tartışılması sorunu "siyasal iktidar" kavramıyla ya-

<sup>25</sup> Keba M'Baye, "Les realites du monde noir et les droits de l'homme", *Revue des droits de l'homme*, Vol. 11-3, 1969, s. 382 vd.

<sup>26</sup> M. Foucault, "Omnes et Singulatim: Vers une Critique de la Raison politique", *Le Debat*, no 47, Sept./Nov. 1988, s. 5-35.

<sup>27</sup> Bkz. F. Ewald, "Droit: systemes et strategies", *Le Debat*, no 41, s. 64-65.

kından ilişkilidir. Siyasal iktidarın dayandığı “ussallık/rationalite” açıklanabilirse, bu kavramlar da açıklığa kavuşturulabilir.

Bu noktadan hareketle İlkçağ, Ortaçağ toplumlarıyla Aydınlanma’dan bu yana oluşan siyasal ve yönetsel iktidar gelişmelerini bir model içinde açıklayan Foucault İlk ve Ortaçağ toplumlarının bireyden çok topluma önem verdiklerini, günümüzde toplumun yanı sıra iktidarın bireyi de yakından izlediğini (yönettiğini) belirterek, bireyin bir bilim ve uygulama haline gelen bu güçlü yönlendirme/güdüleme karşısında yapabileceği fazla bir şey bulunmadığına dikkat çekmektedir. Foucault bu noktada, bireyi yöneten gücün, iktidarın zorlayıcılığı (coertition) değil, bireyin tercihlerini etkileyecek, daha doğrusu belirleyecek “siyasal ussallık”/rationalite politique olduğunu vurgulamaktadır. Başka bir anlatımla birey, günümüzde siyasal iktidar tarafından belirlenen bir ussallık çerçevesinde hareket etmekte, farkına bile varmaksızın buna zorlanmaktadır. Dolayısıyla, bu yapı veya sistem karşısında yapılacak iş önce söz konusu ussallığın verilerini çözümlenmek (analiz etmek) daha sonra da değiştirmektir. Bunu sağlamak için sistemi “karşıya almak” veya ondan ayrı bir kimlik ve niteliğe (karaktere) sahip olmak gerekir.

İşte, Batı düşüncesinde temel hakların “Devlete karşı” haklar oluşunun ardındaki gerekçe kısaca budur. Batıdaki temel haklar gelişmesinde karşı çıkışın doğal hukuk öğretisi, hıristiyanlık ve kişi hakları ile gerçekleştirildiğine yukarıda değinilmişti. Batı düşüncesine dayalı devlet, çoğulcu toplum yapısı ve insan hakları aracılığıyla devlet yapısının dağılmasına yol açmaksızın siyasal iktidarın (Anonim ortaklık hukukunda yer verilen demokrasi ve azınlığın korunmasına ilişkin ilkeler anımsanacak olursa özel iktidarların da) değişimini sağlayacak bir nitelik taşımaktadır.

Kısaca yinelemek gerekirse, Foucault’dan esinlenerek, insan haklarının bireylerin (veya birey kümelerinin/örgütlerin de denebilir, zira burada belirleyici olan birey/insan değil fakat iktidar dışındaki birey veya öznelerdir) siyasal iktidarın değişimini sağlama amacına yönelik bir işlev gördüğü, bunun için siyasal iktidarın ussallığını eleştirmek gerektiği söylenebilir. Kısaca insan hakları veya temel haklar özünde politik faaliyetten ibarettir ve ister istemez “resmi ussallık”tan farklı bir düşünce yapısı içerir. Bu yaklaşım az gelişmiş ülkelerde insan haklarına ilişkin faaliyetlerin politik nedenlerle devlet eliyle bastırılmasını, gelişme farkı ne olursa olsun insan haklarının her ülkede az yada çok ihlal edilmekte oluşunu açıklayabilme niteliği taşımaktadır.

Son olarak sözü edilen yaklaşımdan hareketle bizde insan haklarının “devlete karşı öne sürülebilir haklar” biçiminde yerleşik tanımının, türü ve niteliği ne olursa olsun “iktidara (yada iktidarlara) karşı öne sürüle-



bilir haklar" biçiminde anlaşılması gerektiğini de belirtmek yerinde olacaktır. Özellikle "devlete karşı öne sürülme" olgusunun gelişen ülkelerin istikrar/güçlenme arayan iktidarları tarafından yadsındığına bu nedenle bunların farklı bir model geliştirmelerinin önerildiğine yukarıda değinilmişti. Bu farklı modelin ne olduğu bilinemediği gibi, kuramsal açıklamasının da ancak Batı düşüncesi dışında mümkün olabileceği açıktır. Bugüne değin gelişen ülkelerde farklı pratiklerin söz konusu olduğu bilinmekte ise de pratiklerin yine Batı düşüncesi temel alınarak yapıldığını belirtmek gerekir.

Buna karşılık, Batı'dan farklı bir model oluşturulmasına gerek kalmaksızın, aynı model içinde, gelişen ülkelerin de kaldıracılmalarını sağlayacak bir yük azaltması (ekonomik ve sosyal hakların söz konusu ülkenin mali ve ekonomik kaynaklarının yeterliliği ölçüsüne bağlanması) öngörülmüş, gelişen ülkelerin ekonomik ve sosyal haklar alanında birdenbire yüklenime girmemeleri, mümkünse bu hakları yaşayarak tanımasını önerilmiştir.<sup>27</sup> Bu konuda bir başka yaklaşım da temel hakların yanı sıra temel ödevlerin anayasaya yada öteki pozitif kaynaklara alınması, kısaca yasalaştırılmasıdır. Rene Cassin'in Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirgesine gelişen ülkeleri düşünerek temel ödevler kesimi eklenmesi yolundaki önerisinin Komisyon Başkanı Bayan Roosevelt tarafından benimsenmeyerek geri çevrildiği bilinmektedir.<sup>28</sup> Temel ödevlerin özellikle temel hakların iktidarı güç duruma sokmasını önleyecek bir denge ögesi olarak tasarlandığı açıktır. Bugün temel ödevlerin kodifikasyonu ve temel haklar sistematığının ayrılmaz parçası olduğu yolunda bir öğretinin uygulanmaya geçmiş bulunmaktadır. Bizim anayasalarımızca da benimsenen temel ödevlerin Amerikan Devletleri İnsan Hakları Sözleşmesinde, pek çok gelişen ülke anayasasında ve sosyalist ülkelerde yer alması bunu göstermektedir.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka konu da "integrisme" (bütüncülük) anlayışıdır. Batı modeli çoğulcu ve insan haklarına dayanan modelin dışında bir model arayışı "totaliter" rejimlerin böyle bir model olduğu fakat bunun reddedilmesi gereken bir sistem olduğu sonucuna götürmektedir. Başka bir deyişle eğer Batı dışı bir model aranacaksa bunun "totaliter" hatta "otoriter" bir model olmaması mutlaka demokratik bir model olması zorunlu koşul olarak görünmektedir.

<sup>27</sup> Örn. Bkz. J. Rivero, "Les droits et les devoirs économiques et sociaux fondamentaux dans les constitutions modernes", *Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler*, İstanbul, 1982, s. 13-31.

<sup>28</sup> Bkz. D. Colard, "Essai sur la problematique des devoirs de l'homme", *Revue des Droits de l'Homme*, Vol. V-2-3, 1972, s. 345.

Bununla birlikte kimi totaliter rejimlerde olduğu gibi demokratik rejimlerde de "intergriste" yaklaşım ve uygulamaların bulunduğu bilinmektedir. Başka bir deyişle "integrisme", bireyi ve bireysel iradeyi hiçleyen totaliter rejimin bazı öğelerinin demokratik bir rejim içinde de yaşayabilmesi anlamına gelmektedir. Bu haliyle "integrisme", Batı modelinin yadsıdığı fakat önleyemediği bir "kusurlu model" oluşturmaktadır.<sup>29</sup>

ABD'nde ırk ayrımcılığı ve bir zamanlar uygulanan McCarty'sme, Güney Afrika Cumhuriyetinin bir türlü ölenemeyen "Apartheid" uygulaması integrisme'in uç örneklerini oluşturmaktadır. Kavramı laiklik açısından inceleyen Memmi, integrisme'e günümüzden örnek olarak "İsa'nın Son Günahı" filminin karşılaştığı tepkileri, Salman Rushdie olayını ve İsrail'deki Filistinlilere yapılan uygulamaları anmaktadır. Yazara göre, "integrisme", laik anlayışın temeli olan "hoşgörü"/(tolerance) kavramının tam aksi olan değişmez/mutlak/tek düşünce temeline dayanmaktadır. Bu düşünceye karşı olan her türlü düşünce mutlaka bastırılır ve cezalandırılır. Kısaca "integrisme"nin karşıtı "laicisme/laiklik"dir. Batı insan hakları anlayışı, hukuk ile dinsel ve politik otoritelerin ayrılığını öngören "güçler ayrılığı" ilkesine dayanmaktadır. Buna göre hiçbir otorite (dinsel veya politik), bir kişinin azınlığın veya varsıl olmayan kesimlerin veya güçsüzlerin haklarını göz ardı edemez, ortadan kaldıramaz. Buna karşılık "integrisme" şu veya bu biçimde demokratik bir toplumda laik olmayan herhangi bir uygulama ve özellikle değişik fikir veya görüşlerin dışlanması ve bastırılması biçiminde ortaya çıkmaktadır.

### III. TÜRKİYE'NİN ÖZELLİKLERİ

#### 1. Tanzimat Sonrası: Batılılaşma ve İslam "integrisme"i çelişkisini aşmak için uzlaştırıcı bir görüş "İslamın mükemmelliği" yada İslam Perfectionnisme'i

Madiot, uluslararası insan hakları uygulamasının ilk örneklerinden birini Osmanlıların tanıdığı "kapitülasyon"lar olduğunu belirtmektedir. Yazara göre hıristiyan yabancıların İslam hukuku uygulanan yerlerde özel hükümlerle korunması, bunlara yasa önünde eşitlik tanınması gibi sonuçları olan kapitülasyonlar bu nedenle sadece devletler hukuku açısından değil aynı zamanda ilk insan hakları uygulaması olma açısından da önem taşır.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Bkz. A. Memmi, "Dans un monde intolérant qui se résigne aux iniquités, integrisme et laïcité" *Le Monde Diplomatique*, Mars, 1989, s. 3.

<sup>30</sup> Madiot, s. 81.

Osmanlı Hukuku kapitülasyonlar bakımından insan hakları yönünde olumlu sayılsa bile özünde laik bir anlayışa dayanmadığından Batı modeline uygun bir hukuk sistemi değildir. Kimi yazarların hoşgörü kavramına dayanarak Osmanlı Hukukunu laik olarak nitelendirmelerine karşı çıkan Ortaylı, "ussal" temele dayanmayan ve "değişmeyi" reddeden bu hukuk anlayışının, özellikle dinsel hukuk adacıklarına bölünmüşlüğüne de göz önünde tutarak, laik olmadığını açık biçimde ortaya koymuştur.<sup>31</sup>

Tanzimat'la "laik bir yönetim anlayışı ve yönetim hukukunu", İslam Hukuku temeline dayanan bir toplum yapısı içinde gerçekleştirmeye çalışan Osmanlı Devleti bu çabalarında büyük ölçüde bu nedenle başarılı olamamıştır.<sup>32</sup>

Gerçekten, kanımızca da, Tanzimattan itibaren girilen Osmanlı yönetsel reform çabaları, özel hukuk yapısının anti laik niteliği yüzünden dönemin düşünürlerini güç duruma düşüren bir büyük çelişki oluşturmaktaydı. Osmanlı devlet adamlarının, başta Midhat Paşa olmak üzere son sadrazamlardan ve ilk idare hukuku yazarlarından olan İbrahim Hakkı Paşaya kadar büyük bir çoğunluğunun bu çelişkiyi hafifletmek için "İslamın mükemmelliği" tezine gönül vermiş oldukları dikkat çekmektedir.

Bir bakıma Batıdaki temel hak gelişmelerinin "yahudilik/hıristiyanlık temeli" (la base judeo-chretien) üzerine kurulu olduğu kabul edilirse, İslam dininin temel haklar düşüncesine yabancı olduğu veya Batı modeli dışında kaldığı görüşü geçerli sayılamaz. Gerçekten kendisini öteki iki tek tanrılı dinin devamı sayan İslamın da öncekiler gibi "insan" değerini öne çıkardığı, tanrı-insan ilişkilerini kutsadığı, hukuka bağlılığı ve adalet duygusunu öne aldığı söylenebilir.<sup>32a</sup>

Bununla birlikte Tanzimat sonrası kamu hukuku gelişmemiz İslami kurallardan ayrılma çizgisi izlemiştir. Başka bir anlatımla Tanzimat reformcuları yaptıkları veya önerdikleri işler hiçbir islami temele dayanmadığı ve tümüyle Batıdan esinlendikleri halde bunların islami esaslara tümüyle uygun olduğunu kanıtlamak zorunda idiler. Bu zorunluluğu yerine getirmenin en akılcı yolu İslamın aslında bütün bu önerileri içerecek ve bunlara izin verecek bir derinlik ve zenginlik taşıdığını öne sürmekti.

<sup>31</sup> İ. Ortaylı, "Osmanlı Devletinde Laiklik Hareketleri Üzerine", Prof. Dr. Ümit Doğanay'ın Anısına Armağan, (1), İstanbul, 1982, s. 495-509.

<sup>32</sup> İ. Ortaylı - T. Akıllıoğlu, "Le Tanzimat et le Modele Français: Mimétisme ou Adaptation?", L'Empire Ottoman, la République de Turquie et la France, İstanbul/Paris, Ed. Isis, 1986, s. 197-208.

<sup>32a</sup> Bu görüşler için bkz. *İslam et Droits de l'Homme*, Paris, Librairie der Libertès, 1984.



İslamın mükemmelliği yada islam perfectionisme'i olarak nitelendirilebilecek olan yaklaşım bu gereksinmeden doğmuştur.

Gerçekte, Osmanlı aydınlarının bir kesimi ve bazı devlet adamları İslamın mükemmelliği tezine karşın herhangi bir kuramsal gerekçe öne sürmeksizin gerçekçi bir yaklaşımla Batıdaki uygulamaların daha hukuksal ve insancıl olduğunu kabul ediyordu. Dolayısıyla yönetimin çağdaştırılması amacıyla Batı düzenlemelerinden esinlenmede oldukça köktenci bir yaklaşım izlenebilmiştir. 1839 Tanzimat Fermanının etkilendiği kaynaklar arasında Fransız uygulamasının ve genelde Avrupanın da bulunduğu bilinmektedir. Bu yargıyı destekleyen belgelerden biri de Sadık Rifat Paşa tarafından Viyana elçisi iken Mustafa Reşid Paşa'ya yazılan mektuptur. Mektupta Avrupa ile Osmanlı devleti arasındaki farklar sözkonusu edilmektedir. Buna göre Avrupa ülkelerinde hükümetler ve idareler yasalara aykırı hareket etmeyi asla göze alamazlar. Askere alma, vergi, yönetim önünde iş takibi, memur ataması ve disiplin işleri yasalarla düzenlenmiştir. Eğitime önem verilmiştir. Konut dokunulmazlığı ve gezme dolaşma serbestliği bu ülkelerde uygulanan haklardandır.

Mektubu yorumlayan Prof. Dr. Ercüment Kuran, Sadık Rifat Paşanın Osmanlı yazınında hükümdarın halkın haklarına uymasını savunan ilk yazarlardan olduğunu belirterek, İslam kuramında böyle bir ilkenin (halk egemenliği) bulunmadığını, sadece klasik dönemde ortaya çıkan "Şeriatı Garra" ile bağlılık ilkesinin bulunduğu işaret etmektedir.<sup>33</sup>

Bu noktadan hareketle Osmanlı devlet adamlarının bilinçli bir reform hareketine hazırlandıklarını, ancak insan haklarına dayanan bir anayasal monarşiye geçişi kolaylaştırmak yada buna karşı olanların dirençlerini artırmamak için iki sistem arasında bağlantı noktaları bulunduğunu öne sürmek ve asıl üstünlüğün İslam Hukukunda olduğunu savunmak zorunda kaldıklarını düşünmek mümkündür.

1876 Anayasasının hazırlayıcısı olarak bilinen Midhat Paşa Londra'da sürgünde iken kaleme aldığı bir risalede İslamın mükemmelliği tezini savunan bir yaklaşım içindedir. Gerçekten Paşa bu Risalede temel düşünce olarak geçilmek istenen anayasal monarşinin daha mükemmel bir şekilde İslam tarafından öngörülmüş olduğunu kanıtlamak istemektedir.

Midhat Paşaya göre İslamiyet demokrasi ve hürriyet esası üzerine kuruludur. Osmanlı hükümet sistemi de bu esasa uygun olarak bireysel özgürlük ve kanun önünde eşitlik fikrini benimsemiştir. Türkiye'de Batının yeni keşfettiği din ve vicdan hürriyeti yüzyıllardan bu yana bir İ-

<sup>33</sup> E. Kuran, "Osmanlı İmparatorluğunda İnsan Hakları ve Sadık Rifat Paşa", Türk Tarih Kongresi VIII-2, Ankara 1981, s. 1452-1453.

lam ilkesi olarak uygulanagelmektedir. Öte yandan parlamanter sistem İslamın benimsemiş olduğu Meşveret usulünün bir ifadesinden başka bir şey değildir.<sup>34</sup> Kısaca, Batıda yeni hukuki kuram olarak bilinen usullerin öteden beri İslamda mevcut bulunduğu yolundaki bu mükemmellik tezi sadece Midhat Paşa tarafından değil siyasal eğilimleri ne olursa olsun Osmanlı aydın çoğunluğunca benimsenmiştir. Bu tezin son dönem Osmanlılarınca da benimsenmiş olduğuna Osman Nuri Ergin örnek verilebilir. Yazara göre İslamın mükemmelliği konusunda yeterince araştırma yapılmış değildir. Bundan öncelikle "hukuk bilginlerinin" sorumlu olduklarını belirten yazar, İslamiyet tarihinde pek çok uygulamanın insan hakları bakımından önem taşıdığını belirtmektedir. Osmanlı belediye mevzuatı derlemesi ve yorumuna ayırdığı Mecellei Umuru Belediye adlı yapıtında Osman Nuri Ergin Batıdaki temel hak gelişmelerinin kentlerin elde ettiği hakların sonucu olduğuna dikkat çekerek kentleşmeyi gerçekleştiren büyük bir uygarlık sistemi olan İslamiyetin insan haklarına yabancı olmadığını aksine insan haklarına saygının en eski örneklerini verdiğini öne sürmektedir.

Osman Nuri Ergin'e göre Peygamberin Hristiyanlara baskı yapılmayacağına ilişkin yazılı olarak verdiği söz (Ahidnamei Nebevi) genellikle İslamda kabul ve uygulama gören din ve vicdan hürriyeti, eşitlik ve adalete verilen önem, mal güvenliği, zulme mukabele hakkının tanınmış olması ve demokratik yönetim biçimini uygun görmesi gibi pek çok noktada insan hakları ve demokrasiye dayanan bir sistemin varlığını kanıtlamaktadır.<sup>35</sup> Mükemmellik tezinin kimi günümüz yazarlarınca da savunulduğuna işaret etmek yerindedir.<sup>36</sup>

## 2. Günümüz sorunsalı: siyasal olgunluk ve ekonomik gelişme yetersizliği gelişmesi ve temel haklara etkisi

Osmanlı dönemindeki Batılılaşma çabaları ile islami toplum yapısı arasındaki gelişkiye benzer bir durum, Cumhuriyet döneminde siyasal ve kültürel bakımdan "olgun" bir devlet ile ekonomik ve sosyal açıdan "gelişmekte olan" devlet kavramlarını bir arada açıklamada görülmektedir.

Türkiye'nin durumu üzerine formüle edilen görüşlerin ortak noktasını eski ve köklü bir yapıya sahip bu toplumun gelişmekte olan ülkelere benzememesi oluşturmaktadır.

<sup>34</sup> Midhat Paşa, *La Turquie, son passe, son avenir*, Paris, 1910, s. 13.

<sup>35</sup> Osman Nuri Ergin, *Mecellei Umuru Belediye*, Cilt 1, s. 215 vd.

<sup>36</sup> H. Hatemi, *İnsan Hakları Öğretisi*, İstanbul, İşaret, 1986, özellikle Batı'nın bunalım ve belirsizliklerini vurgulayan s. 224-c228.

Bir görüşe göre, Türkiye ekonomik ve sosyal açıdan “gelişen” bir ülke olmasına karşın özelliği olan bir ülkedir. Öteki gelişen ülkelerden farklı olarak, “eski” bir devlettir. “Üstün bir siyasal kültüre sahiptir.” Dolayısıyla Türkiye ekonomik az gelişmişlik çemberinden çıkmak için siyasal birikiminden yararlanma üstünlüğüne sahiptir.<sup>37</sup>

Bir başka görüş ise ekonomik ve siyasal gelişme düzeyleri arasında farklılık olamayacağı, aksine birbirini tamamlama, etkileşme ilişkisi bulunduğu biçimindedir. Buna göre (“Türk Tecrübesi”nin dünyaya kanıtlandığı gerçek şudur: Siyasal bağımsızlık, iktisadi bağımsızlıkla tamamlanmadıkça, yeterli olamaz). Buna göre, bu yaklaşım 1961 Anayasasında açıkça görülebilir. Anayasa ekonomik ve sosyal kalkınma ve demokrasi ilkele-ri üzerine kuruludur.<sup>38</sup>

1961 Anayasası üzerinde duran kimi görüşler de bu Anayasanın bir öncekinden farklı olarak sadece doğal hukuk yaklaşımını değil aynı zamanda klasik liberal anlayışın “düzeltilmiş” yada çağdaş biçimini yansıttığını, kısaca “çağdaş Batılı özgürlük anlayışını” benimsediğini belirtmektedir.<sup>39</sup>

Yine 1961 Anayasası döneminde formüle edilen bir başka görüş de Türkiye’nin çeşitli kültürlerin kesiştiği bir buluşma noktasında yer aldığına işaret ederek, buna koşut biçimde temel haklar yaklaşımının da “karma” nitelik taşıdığını belirtmektedir. Buna göre, çeşitli yaklaşımların bir arada varlığı karamsarlık gerektirmez, bu belki de herkes için geçerli olmasa bile herkesin ilgisini çekebilecek bir senteze yol açabilir. Kısaca bir “kavşak” noktasında bulunan Türkiye 1961 Anayasası ile Jellinek’in (negatif, pozitif ve aktif statü hakları) ayırımına uygun biçimde bir düzenleme yapıldı. Bu düzenlemenin ilginç yanı kişisel ve siyasal haklarda olmayan bir sınırlamanın ekonomik ve sosyal haklar bakımından benimsenmiş olmasıdır. Bu haklar “ülkenin ekonomik gelişmesi ve mali kaynakları” ölçüsünde sağlanır. Oysa gerçeğe bakıldığında, ekonomik ve sosyal haklar kadar, belki daha fazla kişisel ve siyasal hakların sınırlandırıldığı hatta sık sık ihlal edildiği görülür. Düşünce özgürlüğü siyasal örgütlenme hakkı gibi kişisel ve siyasal hakların iyice sınırlandırıldığı, habeas corpus güvencelerinin çiğnendiği, polis merkezlerinde bedensel ceza ve kötü muamele iddialarına çok rastlandığı görülür. Bunlara, genel sağlık sigortası olmaması, eğitim hakkından yararlanmada eşitsizlik, büyük bir kesimin sosyal güvenlikten yoksun oluşu, konut ve beslenme yetersizliği vb. sorunlar eklenirse siyasal ve sosyo ekonomik düzeyler ara-

<sup>37</sup> Münci Kapanı, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara 1981 (6. bası), s. 194-196.

<sup>38</sup> T.Z. Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, İstanbul 1980 (4. bası), s. 665.

<sup>39</sup> S. Tanilli, *Devlet ve Demokrasi*, İstanbul 1981, s. 175.



sında ilişki bulunduğu açıkça ortaya çıkar. Bununla birlikte Türkiye, bir "mucize" gerçekleştirmiş görünmektedir. Bu, gelişmiş ülkelerin haklar sistemini uygulamaya çalışan bir az gelişmiş ülke olmaktır.<sup>40</sup>

1982 Anayasası ile girilen temel haklar anlayışı pek çok noktadan eleştirilmiştir. Burada sadece 1961 döneminin siyasal olgunluk/az gelişmişlik" çelişkinin yanı sıra 1982 ile ortaya çıkan bir başka temel çelişki üzerinde durulacaktır. Bu çelişki, Anayasanın bir yandan Batılı temel haklar yaklaşımına uygun bir düzenlemeyi korurken, öte yandan "Devletin bireye karşı korunması" gibi bir yaklaşımı benimsemiş olmasıdır.

### 3. 1982 Anayasası Üzerine Düşünceler

1982 Anayasasının temel haklar yaklaşımının özünü "liberal anayasalardan ve 1961 Anayasasından farklı olarak, özgürlük ve demokrasi (nin) değil, devlet ve otorite( kavramlarının") oluşturduğu yolundaki görüşler eleştirilerin başında gelmektedir. Böylece Batı temel haklar düşüncesinin karşıtı bir model benimsendiğinden 1982 Anayasasına bir "anti anayasa" yada "karşıt anayasa" denebilir.<sup>41</sup>

Gerçekten 1982 Anayasasının temel haklar düzenlemesi öncekine göre temel hakların sınırlandırılma nedenlerinin geniş tutulması ile dikkat çekmektedir. 1961 Anayasasında özel sınırlama nedeni bulunmayan kimi temel hakların sınırlandırılmayacağı savunulabilirken, 1982 Anayasası kimi temel hakların sınırlandırılabilceği kuralını getirerek tartışmaya son verdi. Öte yandan temel hakların kötüye kullanılması yasağını, kaldırılması istenen düşünce suçlarını anayasal düzeye çıkararak, geniş biçimde düzenledi (ANY m. 14). Buna ek olarak Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden hüküm giyenler hakkında genel veya özel af çıkarmayı yasaklayarak, düşünce suçları ve ölüm cezasına mahkum edilenler için katı bir tutum benimsemiştir. Anayasanın pek çok kuralı çağdaş Batı düzenlemelerinden esinlenirken, bir o kadarı da bize özgü bir devletçi tutumu yansıtmaktadır.<sup>41a</sup>

<sup>40</sup> M. Soysal, "Human Rights in The Turkish Context, Some Considerations and Perspectives", *International Colloquy on Human Rights, İstanbul, 28-30 March, 1979*, Ankara, SBF, 1981, s. 166-169.

<sup>41</sup> B. Tanör, *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul Beta 1986, s. 155. Yazar bu deyim için F. Sağlam'ın 23.8.1982 tarihli Cumhuriyet'te yayınlanan konuşmasına yollama yapmaktadır.

<sup>41a</sup> Bkz. F. Gölcüklü, "Quelques principes fondamentaux de la nouvelle Constitution de la Republique de Turquie (1982) et la Convention europeenne des Droits de l'Homme", *Melanges Wiarda*, s. 231-238: Genellikle Avrupa insan hakları Sözleşmesinin örnek alındığını, ancak hakların sınırlandırılmasında bu modelden farklı bazı düzenlemeler yapıldığını belirtmektedir. Bununla birlikte, yazara göre,

Bu yaklaşımın savunulabilir yanı olmamakla birlikte, az gelişmiş ülkelerin Batı modelini uygulayamayacakları kendilerine özgü bir model benimsemeleri gerektiği yolundaki görüşleri<sup>42</sup> haklı çıkarır görünmektedir.

Bu görüşe göre, gelişmekte olan ülkelerdeki siyasal istikrarsızlıklar, "güçlü" yada otoriter rejimlerin varlığını doğrulamaktadır. Bu rejimler, Batı tipi bir "karşı çıkan" birey yada "muhalafet" haklarının devleti zayıflatacağı görüşünü savunmaktadır. Temel hakların bu gibi ülkelerde Batıda olduğu gibi aynen uygulanmasını savunmak yerine "uyarlaması" gerekir. Bu uyarlama ise yeni bir model benimsenerek, bu modele göre yapılabilir. Bu görüşün Türkiye tarafından benimsenmesi savunulamaz. Ancak 1982 Anayasası ile kamu hukukuna girdiği açıktır.

Kısaca yinelemek gerekirse, 1982 Anayasası, kanımızca, sadece temel hakları kısıtlaması bakımından değil, bundan önce, anayasal gelenek haline gelmiş olan liberal Batı temel haklar yaklaşımından dışarı çıkmış olmak nedeniyle dikkat çekmektedir.

Batı temel haklar yaklaşımı, "özgürlük/ otorite" zıtlaşmasından devlet ve toplum bütünlüğüne zarar vermeyecek yeni bireşimler elde edilmesine açık bir yaklaşımdır.<sup>43</sup> Buna karşılık aynı yöntemin gelişmekte olan ülkeler tarafından denenmesini ekonomik ve siyasal gerekçelerle olumsuz karşılamanın ussal bir açıklaması bulunmamaktadır. Aksine gelişmekte olan ülkelerin özgürlükleri ertelemelerinin ekonomik ve sosyal gelişmelerine bir katkı sağlamadığı da ortaya çıkmış bulunmaktadır.<sup>43a</sup>

1982 Anayasanın liberal Batı yaklaşımı içinde bize özgü koşullardan kaynaklanan bir özel durum olduğunu savunan görüşler de vardır. Buna göre, 1982 Anayasasının temel özelliği bireylerin sadece hak ve özgürlüklerden yararlanan etken (aktif) varlıklar olarak değil aynı zamanda içinde buldukları devlet ve topluma karşı bazı ödevleri olan sorumlu varlıklar biçiminde algılanmaları ve düzenlemelerin bu eksen çevresinde yapılmasıdır. Dolayısıyla, eğer anayasa özgürlükleri öncekine göre daha fazla kısıtladıysa, bu liberal Batı sisteminin dışına çıkıldığı anlamına gelmez. Daha fazla ödev yüklenmemiz gerektiği anlamına gelir. Devlet ve toplumun içinde bulunduğu koşullar bireylerden fedakarlık yapılmasını ve katlanma istiyorsa bu bir yurttaşlık ödevidir. Birleşmiş Milletler Ev-

AIHS ile aynı sistem içinde yer alan yeni Türk Anayasasının hükümleri "çoğulcu ve liberal Avrupa demokrasisi" anlayışına dayanan AIHS denetim organları içtihadının ışığında değerlendirilmelidir.

<sup>42</sup> Madiot, s. 71-72.

<sup>43</sup> Bu tez için bkz. Andre Hauriou "Reflexions sur les status epistemologiques respectifs du pouvoir et de la liberte", RDP 3-1974 (Mai/Juin), s. 543-662.

<sup>43a</sup> Madiot, s. 72-73.

rensel Bildirgesinde de benzer biçimde ödevlerin vurgulandığına işaret eden bu görüş kanımızca “muhafazakar” tezi oluşturmaktadır.<sup>44</sup> Bu tez, özgürlükler sisteminin çoğulcu yapı içinde durumun gereklerine göre daha fazla sınırlanmasına imkan tanımaktır. Örneğin yukarıda belirtildiği gibi İngiltere’de Parlamento durumun gereklerine bunalımın boyutlarına göre serbestçe özgürlükleri sınırlayabilmektedir. Ancak bu yapılırken sistemin temel özelliklerinin yitirilmemesine dikkat edilmektedir. Başka bir deyişle, sınırlamalar olağanüstü nedenlerle kayıtlı ve geçici nitelik taşımaktadır. Bizde Anayasanın “sürekli olağanüstü dönem” koşulları içinde düzenleme yaptığı dikkat çekmektedir.

Bu oldukça “şematik” açıklamayı bir sonuca bağlamak gerekirse, 1982 Anayasası bir az gelişmiş ülke rejimine istikrar ve güç kazandırma işlevine yönelik olarak düzenlenmiş bulunan ve temel haklar yaklaşımında birey/devlet mücadelesine dayalı modelin dışına çıktığımız izlenimi veren adeta bir “devlete göre birey” modeline uygun bir anayasa görünümündedir. Buna karşılık Avrupa Konseyi içinde başlangıçtan bu yana yer almamız, yakın komşularımız arasında “islam integrisme”i yada bir çeşit “totalitarisme” içinde ülkeler bulunması bizi liberal Batı temel haklar yaklaşımına sahip çıkmaya, eleştirilerimizi bu model içinde kalarak yapmaya zorlamaktadır. Bu zorunluluk, aynı zamanda yapılabilecek en ussal seçimi de ifade etmektedir.

<sup>44</sup> Bkz. M. Soysal, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 49.