

HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMA NEDENİ OLARAK GENEL AHLAK

*Yrd. Doç. Dr. Nihat BULUT**

I- GİRİŞ

Ahlak olgusunun gerek bireysel ve gerekse toplumsal yaşamda önemli bir yer ve işleve sahip olduğu bilinmektedir. Ancak olgunun hukuksal alana, özellikle de insan hakları alanına taşınması ve “genel ahlak” biçiminde formüle edilip hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında bir ölçüt ya da neden olarak kullanılması, böyle bir imkanı elinde tutan yasa koyucu ile bu yasaları uygulayan idareye, hak ve özgürlükleri keyfi bir biçimde sınırlama olanağı verebilir.

Kuşkusuz bunun başlıca nedeni, ahlakın kişilere ve çağlara göre değişkenlik göstermesi, dahası ahlak konusunda çeşitli görüşlerin bulunmasıdır¹. Gerçi ahlak olgusu konusunda ileri sürülen görüşlerin farklılığına karşın, aralarında ortak bir noktanın bulunduğunu, bunun da “ahlaklılık olgusu” olduğunu söylemek mümkündür². Fakat “ahlaklılık” diye bir şey kabul edilse bile, insanın hangi eylemlerinin ahlaka uygun, hangilerinin ahlak dışı olduğu sorunu çözülmüş sayılmaz.

Diğer taraftan hukuk ve ahlakın buyrukları dikkate alındığında, kural olarak ahlakın insandan çok şey istediği görülür³. Yani ahlak hukuka göre daha kapsamlı bir alanı düzenlemektedir. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında böylesi geniş ve iddialı bir kavrama dayanılmasının bazı sakıncalara yol açması mümkündür.

* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi.

1 Bedia Akarsu, *Ahlak Öğretileri I Mutluluk Ahlakı*, İÜEF y., İstanbul, 1970, s.1

2 İsmail Kılhoğlu, *Ahlak Hukuk İlişkisi*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı y., İstanbul, 1988, s.148

3 Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.27

İşte bu sakıncalar, hak ve özgürlükleri sınırlama nedenleri arasında sayılan genel ahlak kavramını ele almayı ve birçok ülke anayasası ile birlikte bizim anayasamıza da giren bu kavramın sınırlarını çizmeyi zorunlu kılmaktadır. Şüphesiz toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarını esas almak ve korumak önemlidir. Ancak bunu yaparken hak ve özgürlükleri gereksiz yere sınırlamamak da aynı derecede önemli sayılmalıdır.

II- GENEL OLARAK HUKUK-AHLAK İLİŞKİSİ

Şüphesiz genel ahlak kavramının ele alındığı bir çalışmada sağlıklı bir sonuca varabilmek, her şeyden önce, hukuk-ahlak ilişkisine genel hatlarıyla da olsa değinmekle mümkündür. Ne var ki hukuk-ahlak ilişkisi başlı başına önemli ve bir o kadar da karmaşık bir konudur. Bu yüzden konu genel hatlarıyla ele alınacaktır.

1- Hukuk-Ahlak Birliği

Öncelikle ifade edilmelidir ki, soruna felsefi açıdan ve ideal anlamda bakıldığında, adalet kavramının ahlaktaki iyi kavramıyla olan bağı dolayısıyla, hukuk ile ahlak arasında bir amaç birliğinin varolduğu görülür. İkisi de “iyi” olanın peşindedir.

Bunun yanında insanlara belli bir biçimde davranmayı buyuran hukuk ile ahlak arasında, bazen konu ve içerik birliği olabilmekte, sözgelimi adam öldürme, hırsızlık ve rüşvet gibi eylemler, hem hukuk hem de ahlak kurallarıyla yasaklanabilmektedir⁴.

Diğer taraftan hukuk, bireylerin ahlaka uygun kararlar verebilmelerine olanak sağlayacak özgür bir ortam hazırlayarak, ahlakın gerçekleşmesinde önemli sayılmaktadır⁵. Bu bağlamda hukuk, sadece bireylerin birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemekte ve insanın somut vicdani kararlarıyla belirlenecek olan davranış biçimlerini kapsamına almamaktadır. Bu durum, bireylerin özgürce eylemde bulunabilecekleri bir alanı mümkün kılmakta ve hukuk bu alanı koruması altına almaktadır. Bireyler böylece, bu serbest alanda, ahlaka uygun kararlar oluşturma imkanına kavuşmuş olmaktadırlar⁶.

Öte yandan ahlak da hukuka uygun davranışları destekleyerek, ona yardımcı olabilmektedir. Çünkü hukuka uygun bir davranış, aynı zamanda ahla-

4 Niyazi Öktem, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der y., İstanbul, 1999, s.64

5 Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İÜHF y., İstanbul, 1979, s.82

6 Kılhoğlu, s.328

kın da bir istemidir. Bu çerçevede hukukun yönelmiş olduğu bazı önemli amaçların, ahlakın da amacını oluşturduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten hukukun amacı olan adalet ve onun öngördüğü hukuki düzen, insanların bir arada barış içinde yaşamaları olgusu, ahlaki bir değeri de içermektedir. Bundan dolayı ahlakın adalete, barış ve düzene yönelik hukuka saygı gösterilerek uyulmasını buyurduğu ifade edilebilir⁷.

2- Hukuk-Ahlak Ayrılığı

Hukukla ahlak arasındaki bu birliğe rağmen, ikisi arasında bir ayrım yapmak zorunludur. Bu zorunluluğun temelinde yatan çeşitli nedenler vardır. Bunlardan ilki, hukukun dışa, düşüncenin dış görünümüne, yani davranışlara yönelik olmasına karşın, ahlakın içe, yani iç düşünceye yönelik olmasıdır⁸. Demek ki hukuk ve ahlak insan eylemlerinin değişik yönleriyle ilgilenmektedirler. Bu nedenle hukuka uygun olan bir davranışın, ahlaka uygun olması zorunlu değildir⁹.

Hukuk-ahlak ayrımını zorunlu kılan ikinci neden, ahlakın otonom olması, yürürlük kaynağının içte bulunması ve buna koşut olarak, sorumlu olunan makamın da içte, (vicdan) olması, buna karşın hukukun heteronom olması, dolayısıyla yürürlük kaynağı ve sorumlu olunan makamın dışta (devlet) bulunmasıdır¹⁰.

Hukuk-ahlak ayrımını zorunlu kılan üçüncü neden ise, hukuk normunun daha belirgin ve sade olmasına karşılık, ahlakın temelde bireysel ve kişiden kişiye ve toplumdan topluma değişen bir nitelik taşıması ve hukuka oranla daha karmaşık bir yapıda bulunmasıdır¹¹.

⁷ İbid, s.329. Elbette bu istem ve buyruğu, pozitif hukukun tek tek bütün normlarına uyma yükümlülüğü biçiminde anlamamak gerekir. Pozitif hukuk kuralları bazen ahlakla ilgisi olmayan davranışlara yönelebilir, hatta bazıları ahlak açısından adaletli bir hukukun deyişi olmaktan uzak bulunurlar. Buna göre, hukuka uygun davranışla ilgili ahlaki yükümlülük, tek tek hukuk normlarına uyulmasını değil, bütün eksikliğine rağmen, toplum için ve bununla da bireyin yaşamı için düzenleyici fonksiyonunda ahlaki bir değer taşıdığından ötürü, bütün pozitif hukuka uyulmasını ifade etmektedir. Aral, s.83

⁸ Öktem, s.65

⁹ Kılıoğlu, s.360. Şüphesiz hukuka uygun bir davranışın ahlaka uygun olmasının zorunlu olmayışı, ideal açıdan bunun aksini savunmaya engel değildir.

¹⁰ Fakat hukukun otonom yanı olduğu gibi (adalet duygusu), ahlakın da heteronom yanının (toplumsal ahlak) bulunduğu söylenebilir. Bkz. Öktem, s.65

¹¹ Kılıoğlu, s.374

Hukuk-ahlak ilişkisi ile ilgili bu kısa açıklamadan sonra, hukuk ile ahlakın ayrı olmaları ve kendi bağımsızlıklarını korumalarının, insanın kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi açısından kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Çünkü, aksi halde insanın otonomisi ya da heteronomisinin egemenlik kurması tehlikesi baş gösterir. Bu durum ise sonuçta insanın bütünüyle, subjektif bir olguya veya dışında bulunan ve yabancı olan bir iradeye boyun eğmesi anlamına gelir¹². Zaten tarih de bunun böyle olduğunu göstermiş ve belli bir ahlak anlayışının empoze edilmesi, insanlık için pahalıya mal olmuştur.

Dikkat edilirse buraya kadar sorun daha çok bireysel yönüyle ele alınmıştır. Fakat ahlak olgusuna toplumsal açıdan bakınca da durum çok fazla değişmemektedir. Çünkü toplumsal ahlak, bireylerin yarattığı ortaklaşa değerdir ve temelinde yine bireysel ahlak vardır. Hem toplumsal ahlakın yaptırımını da büyük ölçüde içte, vicdandadır¹³.

Bu noktada çalışmanın konusunu teşkil eden genel ahlak kavramına dönerek, daha baştan, kavramın kamu düzeni ile ilişkilendirilerek, açık bir biçimde tanımlanmasının zorunlu olduğunu söylemek gerekmektedir. Diğer taraftan genel ahlak kavramının insanlara belli bir ahlak anlayışı empoze eden bir kavram olarak anlaşılması da bir zorunluluktur. Aksi takdirde genel ahlak, insan hak ve özgürlüklerini tehlikeli bir duruma sokacak bir biçimde, keyfi olarak kullanılır ve insan haklarını güvenilmez bir duruma sokar¹⁴.

III-GENEL AHLAK KAVRAMININ TANIMI, İNSAN HAKLARININ SINIRLANDIRILMASINDAKİ İŞLEVİ ve İÇERİĞİ

1- Genel Ahlak Kavramının Tanımı

Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle genel ahlak deyimi, belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır¹⁵.

Bu tanıma göre, ahlak kurallarıyla ilgili hareketlerin genel ahlak kavramı içinde değerlendirilmeleri için üç ögenin bulunması gerekmektedir. Birincisi

¹² İbid, s.380

¹³ Öktem, s.65

¹⁴ Jacques Mourgeon, İnsan Hakları, (Çeviren Ayşen Ekmekçi-Alev Türker), İletişim y., İstanbul, 1990, s.98

¹⁵ E: 1963/128, K: 1964/8, AMKD,C.I, sy.2, s.38

zaman ögesidir ve bu bağlamda ahlak kurallarının değişebilirliği söz konusudur. İkinci öge, ahlak kurallarıyla ilgili hareketlerin niceliği, yani toplumun büyük çoğunluğunun göz önüne alınmasıdır. Üçüncü öge ise subjektif bir unsur olan benimsenmedir. Buna göre, ahlak kuralları toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olmalıdır¹⁶.

Aslında bu üç ögeye Anayasa Mahkemesinin tanımından çıkan bir dördüncü öge eklenebilir. Bu, kolayca anlaşılabilirlik ögesidir. Ne var ki, ahlak kavramı gibi genel ahlak kavramı da belirgin olmaktan uzaktır. O halde tanımında geçen "kolayca anlaşılan" ibaresinden ne anlamak gerekmektedir?

Anlaşılan o ki, Anayasa Mahkemesi bu ibareyi kullanarak, her şeyden önce, belli bir anda ve belli bir toplumda bireylerce benimsenen etik düşüncelerin asgarisine, ilk bakışta gözlenebilen temel değerlere dikkat çekmektedir. Öte yandan Yüksek Mahkemenin toplum yapısının manevi yönünü ve etik çatısını deyimleyen genel ahlak kavramını daha açık bir kavram olan kamu düzenine yaklaştırarak belirsizliği önlemek istediği de söylenebilir.

Bütün bu açıklamalardan sonra genel ahlak kavramını şu biçimde tanımlamak yerinde olacaktır. Genel ahlak, belli bir anda ve belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir¹⁷. Devlet ancak, belli bir zamanda sosyal dengelerin bu kaidelere dayandığını dikkate alarak bunlara uyulmasını isteyebilir¹⁸. İşte toplumca benimsenen bu kaideler, genel ahlak olarak ifade edilir.

2- Genel Ahlakın İnsan Hak ve Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasındaki İşlevi

Tanımdan da anlaşılacağı gibi genel ahlak, toplumun manevi yönünü, etik çatısını deyimlemektedir. Bu yönüyle de, toplumsal düzenin maddi dayanaklarını kuran kamu düzeninden ayrılmaktadır¹⁹.

Gerçekten, genel ahlak kavramının bir sınırlama nedeni sayılması, toplumun oluşması ve sağlıklı bir biçimde işleminde salt maddi değerlerin değil, manevi değerlerin de pay sahibi olmasından kaynaklanmaktadır. Kuşkusuz bu doğru bir değerlendirmedir. Fakat toplumun manevi yönüne ilişkin

¹⁶ Oktay Uygun, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Hukuki Rejimi, Kazancı y., İstanbul, 1992, s.131

¹⁷ İbrahim Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, DÜHF y., Diyarbakır, 1989, s.137

¹⁸ Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960, s.1482

¹⁹ Uygun, s.131

olan ahlak, toplumdan topluma değişen bir olgudur, hatta aynı toplumun üyeleri arasında bile farklı ahlak anlayışları olabilmektedir. Dolayısıyla bir sınırlama nedeni olarak ele alındığında, insan hak ve özgürlükleri için tehlike oluşturmaya meyyalıdır. Bu yüzden kamu ahlakını korumak isteyen rejimlerin nadir olduğu söylenmekte ve bu, kamu ahlakı kavramının esnek oluşuna ve iktidara müthiş bir hareket özgürlüğü sağlamasına bağlanmaktadır²⁰.

Demek ki, hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusu olduğunda toplumsal düzenin manevi yönüyle ilgilenen genel ahlakın, salt manevi alana çekilmesi, insan hakları rejimi açısından tehlikeli bir durum yaratmaya elverişlidir. Bu yüzden, genel ahlakın korunması ile kamu düzeninin korunması arasında yakın bir ilişki kurmanın kaçınılmaz olduğu söylenebilir²¹.

Çünkü devletin ahlak alanına müdahale etmesi ve belli bir ahlaki sistemi empoze etmesi, hem demokrasiyle hem de insan onuruyla bağdaşmaz. Ahlak, temelde bireylerin manevi yaşamlarına ilişkin bir olgudur. Oysa devlet, bireylerin dış varlıkları (cisimleri) ve maddi yararlarıyla ilgilenir. Bireyler, devlet müdahalesinin bulunmadığı manevi alanda, kendilerini serbestçe geliştirme imkanına sahip olurlar. Kısacası devlet, kişilere manevi alanda davranış kuralları gösteremez. Eğer böyle bir yola girer ve düşünce ve eylemleri ahlak kuralları açısından denetlemeye kalkışırsa, bu insan haklarını kullanamaz bir duruma sokar²².

O halde devletin müdahale yetkisi, toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunmasına yönelik olmalıdır. Bu durumda ahlak kuralları devletin müdahale alanına girmeyecek, ancak kamu düzeninin bozulmasına neden olan davranışların önlenmesi yoluna gidilecektir²³.

Kuşkusuz toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunması gündeme geldiğinde, şu soruyla karşılaşmak mümkündür: Ortak ahlaki değerler neye göre, hangi ölçüt ya da ölçütler dikkate alınarak belirlenecektir?

Denilebilir ki, her toplumda zorunlu olarak belli değerler üzerinde asgari bir uzlaşma vardır ve buna saygı özgürlükleri de etkiler, onlara bazı sınırla-

20 Mourgeon, s.91 vd.

21 Uygun, s.131

22 Mourgeon, s.88-89; Onar, s.1481

23 Uygun, s.132

malar getirir²⁴. Fakat acaba bu durum, ortak ahlaki değerlerin salt yerel kıstaslara göre değerlendirilmesini mi gerektirir?

Kuşkusuz burada yalnızca yerel ölçütlerin esas alınması söz konusu değildir. Her toplumun korumayı amaçladığı değerler vardır. Fakat özgürlükleri sınırlamada bu değerlere dayanırken, çağdaş kıstaslar da esas alınmalı ve özellikle demokratik hukuk devleti içinde kalınmalıdır²⁵. Nitekim bu konuya dikkat çeken Anayasa Mahkemesi, 1964 tarihli bir kararında, genel ahlak ve kamu düzeni terimlerinin nitelikleri, demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde kalınarak belli edilmelidir²⁶ diyerek bu eğilimi paylaştığını ortaya koymuştur.

Demokratik hukuk devleti olgusunun evrensel bir olgu olduğu dikkate alınarak, genel ahlakın korunması nedenine dayanan sınırlamalarda, uluslararası kıstasların da göz önünde bulundurulmasının gerekli olduğu söylenebilir. Elbette yerel değerleri de hesaba katarak. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi genel ahlak ile ilgili bir kararında, Sözleşmeci her devletin, demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında farklı yaklaşımlara sahip olabileceğini kabul ederek, yerel ölçütlere ağırlık verdiğini ortaya koymuştur²⁷. Fakat şu da bir gerçektir ki, Mahkemenin devletlere verdiği taktir yetkisi, demokratik toplum gerekleriyle sınırlandırılmıştır.

Demek ki sınırlama yerel ve çağdaş kıstaslar arasında uzlaşma sağlamak suretiyle yapılacaktır. Fakat bu durumda da şöyle bir soru kaçınılmaz gözükmemektedir: Acaba genel ahlak ne zaman sınırlama nedeni olabilir?

Yukarıda, sınırlamanın maddi düzeni bozmaya yönelen ahlaki tutumlar karşısında yapılabileceği vurgulanmıştı. Şunu da ilave etmek gerekir ki, kamu düzenini bozmaya yönelen tutum ve davranışlar, ancak ciddi bir tehlike varsa ve bu tehlike mutlaka sınırlamaya konu olabilirler²⁸.

Acaba genel ahlak ilkesine dayanarak hak ve özgürlükleri nereye kadar sınırlamak mümkündür? Daha doğrusu bu konuda yapılacak bir sınırlamanın da sınırı var mıdır?

²⁴ İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Afa y., İstanbul, 1994, s.62

²⁵ Onar, s.1482

²⁶ E: 1963/128, K: 1964/8, AMKD, C:I sy.2, s.38

²⁷ Karar için bkz. Osman Doğru, *İnsan Hakları- Avrupa mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi*, Kazancı y., İstanbul, 1994,s.51 vd.

²⁸ Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İÜHF y., İstanbul, 1982, s.155-157; Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, s.137-138

1961 Anayasasının bu konuda, “kanun temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz” hükmünü koyarak, öze dokunma yasağı getirmiş olduğu bilinmektedir. Anayasa Mahkemesi de o dönemde, hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran ve kullanılmaz duruma düşüren sınırlamaları öze dokunma olarak kabul etmiştir²⁹.

Buna karşılık 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlükler ile ilgili sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı hükmünü getirmiştir. Anayasa mahkemesi ise, kişinin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını kabul etmiştir³⁰.

Bu genel tespitten sonra genel ahlak kavramına bakıldığında, tıpkı diğer sınırlama nedenlerinde olduğu gibi, genel ahlak dolayısıyla yapılacak sınırlamalarda da, temel hakların özüne dokunup, tümüyle kullanılmaz hale getirilme durumunun söz konusu olamayacağı ortadadır. Çünkü böyle bir tutum, anayasanın öngörmüş olduğu demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacaktır³¹.

3- Genel Ahlak Kavramının İçeriği

Genel ahlak kavramı birçok ülkenin anayasasına girmiş, ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alması dolayısıyla, Sözleşmeye taraf olan devletlerin hepsini ilgilendirir bir duruma gelmiştir. Öyle ise, kavramın içeriğini saptamak kaçınılmazdır.

Hukuki düzenlemeler bazen hangi eylemlerin ahlaka aykırı olduğunu açıkça belirtirler. (kaçırma ve ırza tecavüz gibi...) Böyle bir durumda genellikle sorun çıkmaz. Fakat bazen de soyut olarak genel ahlak deyimi kullanılır ya da bu bağlamda belirlenmesi ve üzerinde uzlaşma sağlanması zor, muğlak kavramlara göndermede bulunulur. (müstehcenlik gibi...) İşte sorun daha çok

²⁹ Bkz. Mehmet Akad-Biherin (Vural) Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, Der y., İstanbul, 2000, s.242

³⁰ Bkz. İbid, s.243

³¹ Fakat bu noktada şunu da dikkate almak gerekir ki, eğer 1961 Anayasası söz konusu olsaydı, daha değişik bir sonuca varılacak ve “kullanmayı zorlaştırma” da işin içine katılacaktı.

bu ikinci durumda ortaya çıkar. Zaten genel ahlak, uygulamada genellikle müstehcenlik veya muzırlık kavramları dolayısıyla karşımıza çıkmaktadır³².

Muzırlık kavramı zararlı olma, zararlı iş veya davranışlarda bulunma diye tanımlanırken³³, müstehcenlik açık seçik, edebe aykırı ve yakışıksız olma anlamında kullanılmaktadır³⁴. Görüldüğü gibi her iki kavram da muğlak bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle yasal düzenlemelere konu olmaları sıkıntılara yol açmaktadır. Gerçekten bu ve benzeri kavramlar üzerinde uzlaşmak güçtür. Çünkü işin içine kişisel yargılar girmektedir. Buradan yola çıkarak, müstehcenlik ve muzırlık kavramlarının anlaşılabilir kılınmasının, bilhassa basın ve düşünce özgürlüğü açısından, zorunlu olduğunu ifade etmek gerekir. Yine de durumun uygulama açısından çok güç olacağını kestirmek zor değildir.

Gerçekten yasalar bu konuda çeşitli kıstaslar getirseler bile, bunlar son tahlilde soyut ve değerlendirmeye açık kalacaktır. O halde bu muğlaklık karşısında ne yapılmalı, nasıl bir çözüm bulunmalıdır? Çözümü bir ölçüde de olsa, Anayasa mahkemesinin Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile ilgili kararındaki felsefede bulmak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, yasanın genel değerlendirmesini yaparken, öncelikle kriminoloji uzmanları ve ceza hukukçularının, ahlak bozucu nitelikteki yayınların çoğalmasının shevi merakları tahrik ederek, gençlerdeki cürmi eğilimleri artıracaklarını ve destekleyeceğini belirttiklerini vurguluyor. Ardından da bu durumda yapılacak şeyin, bir yandan hukuk devleti ilkesine sadık kalarak, demokratik hak ve özgürlükleri (özellikle basın ve düşünce özgürlüğünü) korumak, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan uzak tutmak olduğunu ifade ediyor³⁵.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu kararında, öncelikle demokratik hukuk devletine ve onun ayrılmaz parçaları olan basın ve düşünce özgürlüğüne vurgu yapmaktadır. Diğer taraftan, kriminoloji ve ceza hukukunun verilerine de dayanarak, müstehcenlik ile çocukların ve gençlerin suça itilmesi arasında bir ilişki kurarak, bu alanda yapılacak suiistimalleri en aza in-

32 Bülent Tanör, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s.144

33 TDK, *Türkçe Sözlük*, s.1050

34 İbid, s.1060

35 Bkz. *AMKD*, sy., 32, s.71

dirmeyi amaçlamaktadır. Bu noktada Yüksek Mahkemenin, çalışmanın başından beri vurgulanan, genel ahlak-kamu düzeni ilişkisine yaklaştığını söylemek mümkündür.

IV-KARA AVRUPASI ANAYASALARI ve AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE GENEL AHLAK

1- Kara Avrupası Anayasalarında Genel Ahlak

1949 Bonn Anayasası, temel hakları düzenleyen ilk bölümünde, kişinin değeri başlıklı 2. maddesinde herkesin, başkalarının haklarını ihlal etmediği, anayasa düzenine ve ahlak kurallarına karşı gelmediği sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı vardır diyerek, kişiliği geliştirme hakkını ahlak kurallarıyla sınırlamaktadır³⁶. Fakat yine aynı anayasanın 19.maddesine göre tüm temel haklarda olduğu gibi, bu hakkın özüne de hiçbir şekilde dokunulmayacaktır³⁷.

1947 İtalyan Anayasası ise, 21.maddesinde, herkesin düşüncelerini söz, yazı ve diğer bütün yayım araçlarıyla serbestçe açıklamak hakkına sahip olduğunu belirtip, basının izin veya sansüre tabi tutulamayacağı hükmünü getirdikten sonra, aynı maddenin son fıkrasında, genel ahlak ve adaba aykırı yayınların, tiyatro ve gösterilerin yasak olduğunu hükme bağlamaktadır. Aynı fıkranın son hükmüne göre, kanun bu tür ihlalleri önlemeye ve cezalandırmaya elverişli tedbirleri tespit edecektir³⁸.

1958 Fransız Anayasası ise Mourgeon'un ifadesiyle, güvenlik, huzur ve sağlığın korunmasını da kapsayan bir toplum düzenini sürdürmeyi hedefleyen bir polis etkinliğini kabul etmiş, fakat bunun ahlakın korunmasını da kapsadığını belirtmekten kaçınmıştır³⁹. Ne var ki, yasal düzeyde Fransa da Kara Avrupası geleneğine uymuş ve gençliğe yönelik müstehcen yayınları cezalandıran yasaklamalar getirerek, özellikle entelektüel hakları ve mümkün olan her türlü düşünce özgürlüğü biçimlerini etkilemiştir⁴⁰.

Bu arada ahlak ya da genel ahlak kavramının başka ülkelerin anayasalarına da girmiş oldukları görülmektedir. Sözgelimi Çin Anayasasının

³⁶ Bkz. Yaşar Gürbüz, *Anayasalar, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981, s.47*

³⁷ *İbid, s.54*

³⁸ *İbid, s.132-133*

³⁹ *Mourgeon, s.97*

⁴⁰ *İbid, s.98*

57.maddesine göre, vatandaşlar sosyal ahlaka saygılı olmak zorundadırlar⁴¹. Yine Rusya Federasyonu Anayasasının 55.madde hükmünce, insan ve vatandaş hakları ve özgürlükler anayasal sistemi, ahlakı, sağlığı, üçüncü kişilerin haklarını ve hukuki yararlarını, devletin güvenliğini korumak ve ülkeyi savunmak gerektiğinde, federal hukuk ile kısıtlanabilecektir⁴².

2- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Genel Ahlak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9.maddesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, 10.maddesinde ifade özgürlüğünü, 11.maddesinde ise, toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü düzenlemektedir.

Bu üç madde çerçevesinde herkes, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne, ifade hürriyetine ve barışçıl amaçlarla toplanma özgürlüğü ile, kendi çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara girme hakkını da içeren örgütlenme özgürlüğüne sahiptir. Fakat sözleşme çerçevesinde bu hak ve özgürlükler, doğal olarak, bazı nedenlere dayanılarak sınırlanabilirler. Bunlardan birisi de genel ahlakıdır.

Fakat diğer sınırlama nedenleri gibi genel ahlak da sözleşmeye taraf olan devletlere çok geniş bir taktir yetkisi vermemektedir. Sözleşme, tıpkı ulusal belgelerde olduğu gibi, sınırın sınırlarını saptamıştır. Bu sınır, demokratik toplum düzeninin gerekleridir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinin anlamı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından tespit edilecektir.

Danimarkalı yazarlar S. Hansen ve J. Jensen tarafından yazılan “Küçük Kırmızı Ders Kitabı” adlı eser, Birleşik Krallıkta yayınlanmış ve Birleşik Krallık Mahkemesi eserin müstehcen olduğu gerekçesiyle el koyma, hak kaybı ve imha kararı vermiştir. Bunun üzerine yayıncı Handyside, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş ve yerel mahkeme kararının ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İngiliz Müstehcen Yayınlar Yasasına dayanan bu müdahalenin, hukukun öngördüğü bir müdahale olduğunu ve müdahalenin Sözleşmedeki genel ahlakı koruma amacını taşıdığını belirtmiş ve söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması nedeniyle, 10.maddeye aykırılık teşkil etmediğini ifade etmiştir⁴³.

⁴¹ Gürbüz, s.187

⁴² Ahsen Coşar, “Rusya Federasyonu Anayasası,” Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, 1999, s.162-163

⁴³ Kararın özeti için bkz. Doğru, s.51

İfade özgürlüğünü demokratik toplumun ana temellerinden birisi olarak gören mahkeme, bu özgürlüğün 10.maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen bilgi ve düşünceler için değil, devletin ya da nüfusun büyük bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı gelen, rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de uygulanacağını belirtmiş ve bunu çoğulculuğun gereği bulmuştur. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünü kullanan herkesin, kendi durumunun, kullandığı teknik araçların dayandığı alanın ödev ve sorumluluklarını da yükümleneceğini vurgulamıştır⁴⁴.

Bu tespitin ardından kitabın içeriğine geçen Mahkeme, eserin genellikle doğru ve kullanışlı bilgiler kapsadığını ama bazı yerlerde, gelişmesinin çok önemli bir aşamasında bulunan gençlerin, zararlı ergenlik faaliyetlerine alışmaları ve hatta suç fiillerini işlemeleri için teşvik edici biçimde yorumlanabileceğini belirtmekte ve İngiliz yargıçların bunu düşünme hakkına sahip olduklarını vurgulamaktadır⁴⁵. Burada müstehcenlik ile gençlerin suça teşvik edilmesi tehlikesi arasında ilişki kurması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, genel ahlak-kamu düzeni bağlantısını dikkate aldığıнын bir göstergesi sayılabilir.

Daha sonra gençlerin ahlakını korumanın 10.maddeye göre meşru bir amaç olduğunu söyleyen Mahkeme, kitabın Avrupa Konseyine üye olan başka ülkelerde yasaklanmamış olmasını, “ulusal taktir alanı” ve “yasaklar ve cezaların seçilebilirlik özelliği” ilkeleri çerçevesinde açıklamıştır. Mahkeme bu bağlamda, her Sözleşmeci devlete kendi ülkesinin koşulları altında, kendi yaklaşımını belirleme imkanı tanımakta ve her devletin demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında geçerli olan değişik görüşlere sahip olabileceğini kabul etmektedir⁴⁶. Kısacası Mahkeme, devletlerin genel ahlak konusunda farklı yaklaşımlar içinde olmalarını doğal saymakta ve bunu sözleşmeye aykırı bulmamaktadır.

Kuşkusuz genel ahlak konusunda taraf devletlere taktir yetkisi tanıyan Mahkeme, onları demokratik toplum düzeninin gerekleriyle sınırlamakta ve özellikle ifade özgürlüğünün, toplumu ve devleti rahatsız eden düşünceler için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır.

44 İbid, s.67

45 İbid, s.68

46 İbid, s.71

V- TÜRKİYE'DEKİ DURUM

1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesinin konuya nasıl baktıkları daha önce ele alınmıştı. Burada önemlerine binaen, sadece Radyo Televizyon Kanunu ve Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa kısaca değinilecektir. Çünkü ilki, düşünce ve ifade özgürlüğüne, ikincisi ise, bireylerin ahlaki yaşamlarına müdahale açısından önem taşımaktadır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları hakkında Kanunun 4.maddesi radyo ve televizyonların uymaları gereken ilkeleri sayarken, toplumun milli ve manevi değerlerine, genel ahlaka, toplum huzuru ve Türk aile yapısına dikkat çekmekte ve yayınların bu ilkelere uygun olmasını öngörmektedir.

Soyut kavramlara dayanılarak yapılan sınırlamaların temel haklar ve özgürlükler açısından ne tür sakıncalar doğurabileceği çalışma boyunca vurgulanmıştı. Burada vurgulanması gereken, söz konusu kanunun, böylesi esnek kavramlara dayanarak, Radyo Televizyon Üst Kuruluna geniş bir taktir yetkisi vermiş olduğudur.

Polis Vazife ve Selahiyet Kanununa gelince, bu kanun da özellikle 11.maddesi ile, polise ahlaki alana müdahale yetkisi vererek, idarenin kişi özgürlüğünü zedelemesine imkan tanıyabilecek bir düzenleme getirmiştir. Maddeye göre polis, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak, utanç verici ve toplum düzeni açısından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlarda bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı...yapanları herhangi bir müracaat ve şikayet olmasa bile engelleme yetkisine sahiptir.

VI-SONUÇ

Ahlak bireylerin manevi yaşamlarına ilişkin bir kavramdır. Devlet ve hukuk ise bireylerin dış varlıkları ile ilgilenmek durumundadır. Ancak böyle olursa, bireyler kendi ahlaki davranışlarını serbestçe tayin etme ve böylece kişiliklerini özgürce geliştirme imkanına kavuşmuş olurlar.

Ancak ahlaki değerlerin toplumun etik çatısını ifade ettiği ve çok önemli olduğu da bir gerçektir. Bu yüzden söz konusu değerler, genel ahlak biçiminde formüle edilip, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullanılmaktadır. Fakat şunu da dikkate almak gerekir ki, kişiden kişiye, toplumdaki topluma ve zamandan zamana değişen ahlak ilkelerinin bu amaçla kullanılması, yasama organı ile siyasal iktidara geniş bir taktir yetkisi verir niteliktedir. Bu durumun, suiistimale açık bir ortam yaratması ve insan hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürmesi mümkündür.

Sözgelimi Anayasa Mahkemesi 1989 yılında, Türk Ceza Kanununun şu anda yürürlükte olmayan 438.maddesi ile ilgili bir kararında, ırza geçme ve kaçırma suçlarında, mağdurun fuhşu meslek edinen kadın olması durumunda, üçte iki ceza indirimini öngören yasa hükmünü, genel ahlak kavramına sığınarak anayasaya uygun bulmuştur⁴⁷.

Başından beri vurgulanmaya çalışılan bu sakıncalar dolayısıyla, birçok anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine giren genel ahlak kavramının ve ulusal ölçekte pek çok yasaya yansıyan ahlaki göndermelerin, insan hak ve özgürlüklerine zarar vermemesi, onun kamu düzenine yakın kılınmasından geçmektedir. Bu çerçevede, sadece toplumun maddi düzenini bozmaya yönelik ahlaki davranışlarda sınırlamaya gidilebilmeli, bu tutum ve davranışlar da ancak, ciddi bir tehlike varsa ve bu tehlike de mutlaksa sınırlandırılabilir.

⁴⁷ E: 1988/4, K: 1989/3, Resmi Gazete: 10.1.1990, sy.20398