

Hukukun Politik Niteliği Üzerine

Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Çerçevesinde 1961 Anayasası Açısından Düşünce

Özgürlüğünün Yargısal Yorumu

Şefik Taylan Akman*

1. Giriş

21/04/1962 tarihinde, dönemin Yeni Demokrat Parti Genel Başkanı Fuat Köprülü parti genel merkezinde bir basın toplantısı yapmış; toplantı sırasında sarf etmiş olduğu “Siyasi kanaatten dolayı kimseye ceza verilemeyeceğine göre, af ancak bir haksızlığın tamiri olacaktır” sözleri nedeniyle Anayasa Nizamını Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkındaki 05/03/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendine aykırı hareket ettiği iddiasıyla aleyhine kamu davası açılmıştır. Yargılama sürecinde 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendinin 1961 Anayasa’nın 8, 11, ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek işin Anayasa Mahkemesi’ne intikal ettirilmesi istenmiştir. Önüne gelen Anayasa’ya aykırılık iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi ise 38 sayılı kanun ile yapılan kayıtlamanın düşünce, kanaat ve basın özgürlüklerinin özüne dokunacak bir nitelik taşımadığını, sadece toplum hayatını zarardan korumayı ve güvenliği sağlamayı hedef tuttuğunu, dolayısıyla da düşünce, kanaat ve basın özgürlüklerinin bu istikamette sınırlandırılmasında kamu yararı bulunduğunu belirterek Anayasa’ya bir aykırılık olmadığı cihetiyle iptal istemini reddetmiştir¹.

Bu çalışma kapsamında da, Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararı esas alınarak Anayasa Mahkemesi’nin kararın gerekçesinde belirttiği hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, onların özüne dokunulmamasını nasıl yorumladığı ile nasıl bir yorum yönteminin benimsenmesi gerektiği hususlarındaki

görüşleri ele alınacaktır. Anayasa Mahkemesi’nin her ne kadar hak ve özgürlüklerin sınırları konusunda başka birçok önemli kararı varsa da, bu kararın asıl önemi Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşunun ilk evrelerinde verilmiş bir karar olarak bizatihi içerindedir. Kararın gerekçe kısmı, siyasi bir niteliğe haiz olan² Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun’un adeta 1961 Anayasası karşısında nasıl korunabileceğinin teorik bir arayışına dönüşmüş ve bu itibarla Anayasa Mahkemesi’nin mevcut statükonun korunması veçhesindeki tutumunun ilk önemli işaretlerinden biri olmuştur. Ayrıca söz konusu karar yine Anayasa Mahkemesi’nin 27 Mayıs darbesinin herhangi bir eleştiri karşısında zarar görmemesine yönelik, bir yönüyle de siyasi olan refleksinin açık bir göstergesi niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu korumacı refleksinin bilhassa hukuk - politika ilişkileri çerçevesinde yargısal yorumun niteliğinin anlaşılabilirliği bakımından da önemi bulunmaktadır. Oldukça girift bir alan oluşturan hukuk - politika ilişkileri konusunda yargının tutumunun anlaşılabilirliği bağlamında özel bir önemi bulunan karar, Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşunun ilk yıllarında, politik niteliğe haiz bir yargılamadaki karar verme sürecine ve yorumlama faaliyetine ilişkin görüşlerini gözler önüne sermektedir. İlgili kararın, günümüzde uygulama açısından doğrudan bir önemi -uygulanabilirliği- kalmamış olsa da, teorik yönden, kararın gerekçe kısmında

* A.Ü.H.F. Kamu Hukuku (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi) ABD Doktora Öğrencisi

1 Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963, (RG. 09/07/1963, S. 11449). <http://www.anayasa.gov.tr/eskisi-te/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-083.htm>, 03/07/2009.

2 Kanunun siyasi olup olmadığı meclis görüşmeleri sırasında da gündeme getirilmiş, AP Samsun milletvekili Osman Şahinoğlu söz konusu kanun tasarısının “politik bir kanun” olacağını ve “politik maksatlarla getirilmiş olduğunu”; buna karşılık CHP Niğde milletvekili Asım Eren ise tasarının “tamamen pratik ve teknik bir mahiyeti” olduğunu savunmuştur. Tartışma için bkz. **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, 62. Birleşim, 03/03/1963, s. 30 - 34.

belirtilen görüşlerin ve Mahkeme'nin hukuk algısının niteliğine ilişkin yaptığı tespitlerinin, hukuk - politika ilişkileri çerçevesinde yargının tercihlerini yansıtmaya özelinde, kıymetini korumaya devam ettiği söylenebilir. Keza günümüzde, politik niteliğe haiz başka birçok davada Anayasa Mahkemesi'nin hukukun yorum sınırlarını zorlayarak doğrudan politik sisteme etki edebilen kararlar verdiğine şahit olunmaktadır. Kamuoyunun gündeminde de yoğun tartışmalara neden olan bu tür kararlar çoğunlukla hukuk - politika ilişkisi bağlamında yargının politikleştiği eleştirilerine neden olmaktadır. Dolayısıyla ilgili kararın Türk anayasa yargısı açısından tarihsel ve Anayasa Mahkemesi'nin politik niteliğe haiz ilk kararlarından biri olması itibarıyla -aynı zamanda Mahkeme'nin ilk dönemlerindeki bilhassa hak ve özgürlüklerin sınırları konusundaki düşüncelerini de göstermesi yönünden- teorik bakımdan önemi bulunmaktadır.

Aşağıdaki bölümlerde önce kararın ayrıntılı bir incelemesi yapılacak, daha sonra ise kararda belirtilen hak ve özgürlüklerin yorumlanması ile kararda belirtilen kanunların yorumlanması; ilgili yorum yöntemi tartışılarak Anayasa Mahkemesi'nin özgürlükler, demokrasi, hukuk devleti gibi kavramları nasıl algıladığı ve bu kavramlara nasıl yaklaştığı sorunu ile bir arada ele alınarak çözümlenmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda 1961 Anayasası'nın düşünce ve ifade özgürlüğüne yaklaşımı da ayrıca değerlendirilecektir.

2. Anayasa Mahkemesi'nin E.1963/16, K.1963/83 Sayılı Kararının Analizi

2.1. İptal Davasına Genel Bir Bakış

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı³, giriş kısmında

3 Anayasa Mahkemesi'nin önüne 38 sayılı kanunun çeşitli hükümlerinin iptali istemiyle aynı yıl içinde iki dava daha gelmiştir. Bu iptal davalarından ilki 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (A) bendinin iptali istemiyle açılmış, diğeri aynı kanunun 4. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesine dayandırılmıştır. Her iki iptal başvurusu da bu çalışmada incelenen kararda olduğu gibi Anayasa Mahkemesi tarafından yerinde görülmeyle reddedilmiştir. Bu kararların üçü de aynı gün verilmiş; fakat çalışmada esas sırası itibarıyla ilk karar olan 1963/16 esas sayılı iptal istemi incelenmiştir. 1963/17 ve 1963/25 esas sayılı kararlarda da bu ilk karara gönderme yapıldığı dikkat çekmektedir. Özellikle 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (A) bendinin iptali istemiyle önüne gelen davada Mahkeme'nin bu çalışmada incelenen karardaki gerekçelerin neredeyse harfi harfine aynısını kullandığı görülür. Dolayısıyla da diğer iki kararın ayrı olarak incelen-

da belirtildiği üzere Fuat Köprülü'nün yaptığı bir konuşma ile Anayasa Nizamını Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkındaki 05/03/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendine aykırı hareket ettiği iddiasıyla açılan bir kamu davasında, sanık müdafilerinin söz konusu maddenin 1961 Anayasası'nın 8, 11, ve 20. maddelerine⁴ aykırı olduğu iddiasının, davaya bakan yerel mahkemece ciddi görülerek Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmesi neticesinde oluşmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin iptal isteminin reddine yönelik kararından önce, bu kararın neden ve nasıl verildiğini daha iyi anlayabilmek için, Anayasaya aykırı olduğu iddia edilen ilgili hüküm ile bütünsel olarak 38 sayılı

mesine, çalışma boyunca süren alıntılarda tekrar zikredilmelerine gerek görülmemiştir. Sadece 1. maddenin (A) bendi hükmünü burada belirtmek faydalı olabilir. İlgili hükme göre; "Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybettiği Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıyla de tesbit edilen Demokrat Parti iktidarına karşı direnme hakkını kullanarak normal demokratik rejimi bütün teminatıyla kurmak amacıyla, Türk Milletinin gerçekleştirdiği 27 Mayıs 1960 Devrimini, söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle, yersiz, haksız veya gayrimeşru gösterenler veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde böyle göstermeye çalışanlar... bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır". İlgili karar için bkz. Ays. Mahk. E. 1963/17, K. 1963/84, 08/04/1963, (RG. 17/07/1963, S. 11456), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-084.htm>, 03/07/2009. Anayasa Mahkemesi'nin önüne aynı kanunun 4. maddesinin iptali istemiyle gelen davada da, Mahkeme söz konusu iptal istemini reddetmiştir. İptali istenen 4. madde de şöyledir: "Madde 4- Kanunların himayesinde evvelce faaliyet göstermiş veya faaliyet göstermekte bulunan herhangi bir siyasi partiye mensup olanları veya oy vermiş bulunanları tezyif kâr sıfatlarla topyekân kötüyerek, vatandaşlar arasında husumet ve intikam hisleri doğuracak veya tahrik edecek mahiyette söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle faaliyette bulunanlar veya propaganda yapanlar 3 aydan 2 seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır". İlgili karar için bkz. Ays. Mahk., E. 1963/25, K. 1963/87, 08/04/1963, (RG. 18/07/1963, S. 11457), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-087.htm>, 03/07/2009.

4 1961 Anayasası'nın ilgili maddeleri şöyledir: "Madde 8.- Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." "Madde 11.- Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz." (Bu madde daha sonra 20/09/1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değiştirilmiştir.) "Madde 20.- Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir, düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse, düşünce ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamaz."

kanunun kendisine ve ne ifade ettiğine bakmak gerekmektedir. İptali istenen hüküm aynen şöyledir:

“B) 27 Mayıs 1960 devrimini zedeleyebilecek şekilde:

Bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanınca veya sair kaza mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümleri, söz yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle kötülleyenler, veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde kötülemeye çalışanlar veya mahkum edilenlerin mahkumiyetlerine esas teşkil eden fiillerini, yahut şahıslarını övenler veya neticelenmiş hazırlık, ilk son tahkikat veya infaz safhalarıyla ilgili resim, hatırat, röportaj yapanlar veya beyanat verenler;”

1. maddenin (B) bendini doğrudan ilgilendiren 3. madde ise şöyledir:

“Madde 3- Birinci maddenin A, B, ve D bentleri ile ikinci maddede yazılı suçların tekevvünü için Türk Ceza Kanununun 153.üncü maddesindeki aleniyet şarttır.”

Söz konusu hükmün gerçek anlamı ise özellikle Yassıada yargılamaları neticesinde verilen kararların eleştirilmesinin önünü kesmek, bir bakıma onları “nisyan” ile malul etmektir⁵. Kanun tasarısının meclis zabıtlarına geçen tartışmalarında da bu kaygıyı -eleştirilerin önünün kesilebilmesi bağlamında- açık bir biçimde görmek mümkündür. “Unutma gerekliliği”ne yönelik telkinin en somut örneği dönemin CKMP genel başkanı Osman Bölükbaşı'nın tasarısı ile ilgili görüşmeler safhasında DP ile ilgili davalar nedeniyle mahkum olmuş kişiler ve onların durumuyla alakalı olarak sarf ettiği şu sözlerdir: “Bırakınız, bırakınız nisyana, bu memleket bir an huzura kavuşsun, hisler bir yatışsın, bu memlekette vicdan sahipleri vardır. Geçmiş mücadelelerin yaralarını sarmayı samimiyetle isteyen insanlar vardır”⁶. Söz konusu hüküm aracılığıyla, Yassıada yargılamaları bittiği halde yargılamalarla ilgili olası herhangi bir -olumsuz- yorumun veya eleştirinin yapılmasının önü kapatılmak istenmiştir. Hükmün bir diğer yönü yargılamalar neticesinde mahkum olmuş kişilerin herhangi bir biçimde “övülmesi” onlarla ilgili “iyi”, “olumlu” düşünce beyanında bulunulmasının yasak-

lamasıdır. Bir başka ifade ile Adnan Menderes ve hüküm giyen diğer DP yöneticilerinin sadece eleştirilmesine, kötülenmesine cevaz veriliyor, haklarında olumlu nitelik taşıyan herhangi bir fikir beyanının yapılması müeyyideye tabi tutuluyordu. İlgili hükmün düşünce ve ifade özgürlüğü açısından taşıdığı problem de bu noktada ortaya çıkıyor; sadece tek yönlü bir düşünce ve ifade özgürlüğüne izin veriliyor; dönemin iktidarı - devlet aklı tarafından sakıncalı bulunan fikirlerin ve beyanların açıklanması yasaklanıyordu. Düşünce ve ifade özgürlüğüne ancak devlet aklıyla uyumlu ve çatışmasız olduğu sürece sınırlı olarak izin veriliyordu.

Özellikle 1. maddenin tümü göz önüne alındığında⁷, kanun koyucu için 27 Mayıs darbesinin meşruiyetinin sürdürülebilmesi⁸, üzerine sürekli vurgu yapılan temel yönelim olmuştur. Kanunun bütününde de 27 Mayıs darbesinin meşruiyetini sağlamak ve bunun için her türlü eleştirinin suç kapsamına sokulması yönünde bir tercih yapıldığı söylenebilir. Bu tercih Anayasa

7 1. madde tümü şöyledir:

“Madde 1.-A) Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybettiği Türkiye Cumhuriyeti Anayasasıyla de tesbit edilen Demokrat Parti iktidarına karşı direnme hakkını kullanarak normal demokratik rejimi bütün teminatıyla kurmak amacıyla, Türk Milletinin gerçekleştirdiği 27 Mayıs 1960 Devrimini, söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle, yersiz, haksız veya gayrimeşru gösterenler veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde böyle göstermeye çalışanlar;

B) Bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanınca veya sair kaza mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümleri, söz yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle kötülleyenler, veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde kötülemeye çalışanlar veya mahkum edilenlerin mahkumiyetlerine esas teşkil eden fiillerini, yahut şahıslarını övenler veya neticelenmiş hazırlık, ilk son tahkikat veya infaz safhalarıyla ilgili resim, hatırat, röportaj yapanlar veya beyanat verenler;

C) Mahkumiyetlerinin infazı süresince bendinde sözü geçen mahkumlara atfen, siyasi veya 27 Mayıs 1960 Devrimini zedeleyici mahiyette veya uydurma beyanatı basına verenler veya basın yoluyla yayanlar veya alenen nakledenler;

D) 27 Mayıs 1960 Devrimini yersiz, haksız veya gayrimeşru gösterecek surette, feshedilmiş Demokrat Partinin iktidarını övenler veya müdafaa edenler;

E) Mensub oldukları partinin, feshedilmiş Demokrat Partinin devamı olduğunu ileri sürenler veya her hangi bir parti lehine bu tarzda faaliyet gösteren veya propaganda yapanlar; Bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır”.

8 27 Mayıs'ın meşruiyetinin sürdürülmesiyle ilgili olarak özellikle CHP Ordu milletvekili Ferda Güley ile İsmet İnönü'nün konuşmaları ilgi çekicidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güley'in konuşması için; **Ibid.**, s. 26 - 29, İnönü'nün konuşması için; **Ibid.**, s. 40 - 42.

5 Bkz. **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, 62. Birleşim, 03/03/1963, s. 47 - 48.

6 Bkz. **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, 62. Birleşim, 03/03/1963, s. 48.

Mahkemesi'nin ilgili kararının şekillenmesinde de önemli bir baskı unsuru olarak etkili olmuştur. Gerçekten Anayasa Mahkemesi'nin, 38 sayılı kanunun ilgili hükmünün Anayasa aykırı olmadığına hükmederken benimsediği ve açıkça belirterek tanımlama yoluna gittiği “gai tefsir”⁹ yöntemi ve onu kullanım biçimi, neticede kanun koyucunun iradesinin 27 Mayıs darbesinin meşruiyetinin bekası kaygısı ile biçimlendiği gerçeği de göz önüne alındığında, hukuk - politika ilişkisinin içinde bilinçli bir tercihi yansıtmakta ve Anayasa Mahkemesi'nin politik saikli bu tercihin etkisiyle yönlendiğini ortaya koymaktadır.

2.2. Sanık Müdafilerin Anayasa Aykırılık İddiası

Anayasa Mahkemesi'nin kararında sanık müdafilerin Anayasa'ya aykırılık iddiasının gerekçeleri şu şekilde özetlenmiştir:

“Demokratik memleketlerde Anayasa nizamını mer’i Ceza Kanunları korur, hatta Anayasa Nizamını korumak için dahi olsa ayrıca hususi kanunlar çıkarılamaz. Bu nizamı, Anayasa hükümlerine aykırı tasarruflarda bulunmamak suretiyle, korumak mümkündür. Anayasa sarih ve vecizdir. 27 Mayıs ihtilâli demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak için yapılmıştır. 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasa'ya uygunluğu esasen meşhûktür. Bir kaza merciince verilmiş ve kesinleşmiş kararlar hakkında vatandaşın düşünce ve kanaat beslemesi ve bu düşünce ve kanaatini söz, yazı resim ile tek başına veya toplu olarak açıklaması 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yasak edilmiştir, veya daha doğrusu lehte düşünce ve kanaatini açıklaması serbest, fakat aleyhteki düşünce ve kanaatini açıklaması suçtur. Halbuki düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olmak demek, bir mevzuda lehte ve aleyhte düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olmak demektir ve keza bir mevzuda lehte ve aleyhte düşünce ve kanaatini açıklayabilmek hak ve hürriyetine sahip olmak demektir. Düşünce ve kanaat hak ve hürriyetinin özü budur. Bu özün dokunulamaz”¹⁰.

9 Anayasa Mahkemesi'nin bu yöntemden ne anladığı ve nasıl uyguladığı, özellikle bu yöntemin hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hangi bağlamda ele alınması gerektiği yönündeki görüşleri ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak analiz edilecektir. *Infra.*, “3.1. Anayasa Mahkemesi ve Yargısal Yorum”.

10 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

Bu itiraz gerekçesinden sonra sanık müdafileri 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendinin 1961 Anayasası'nın 8, 11, ve 20. maddelerine aykırı olduğunu belirterek anılan kanunun söz konusu hükmünün iptalini istemişlerdir.

2.3. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararının hemen başında, düşünce ve ifade özgürlüğünden ne anladığı ile düşünce ve ifade özgürlüğünün nasıl yorumlanması gerektiği hakkındaki görüşlerini ortaya koyar. Aynı zamanda bu kısım, Anayasa Mahkemesi'nin özgürlüklerden ne anladığını ve özgürlükleri nasıl gördüğünü, yorumladığını da gösterir. Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarından. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç alanında kaldığı surece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir, insanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile yani düzenlenmesi ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim vesaire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (Devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. Zira, toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve Devletin güvenliğini sarsar. Bu bakımdan diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telâkki ve kabul edilemez. Bu hürriyeti toplumsal yaşayışın ve demokratik nizamın icaplarıyla bağdaştırmak ve toplumsal yaşayışa düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir”¹¹.

Hükmün bu kısmından anlaşılacağı üzere Anayasa

11 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

Mahkemesi'nin düşünce ve ifade özgürlüğünden anladığı düşüncenin kişinin iç aleminde -zihninde- kaldığı sürece herhangi bir kısıtlamaya tabi olmamakla birlikte, ifade edilerek dış dünyaya deklare edildiği andan itibaren hukukun konusuna girdiğidir. Kısaca Anayasa Mahkemesi düşünce özgürlüğüne rengini veren, onun olmazsa olmazı ifade özgürlüğünün “düşüncenin türüne” göre şart ve kayıt altına alınmasında bir beis görmemekte ve naif bir biçimde eğer düşünce kişinin içinde kalırsa bunun suç olmayacağını belirtmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi üyelerinin düşünce özgürlüğünün düşünce ifade edilmedikçe bir anlamı olamayacağını, ifade özgürlüğünün, düşünce özgürlüğünün mutlak bir unsuru olduğunu bilmediklerini söylemek muhtemelen pek olası değildir. O halde Mahkeme'nin *“Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanununun her çeşit müdahalesinin dışındadır”*¹² ya da 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendindeki kayıtlamayla ilgili olarak *“bu kayıtlama... vatandaşın 27 Mayıs Devrimi hakkında herhangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme, kişinin iç alemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz”*¹³ gibi ifadeleri neden kullandığının aydınlatılması gereklidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu ifadeleri kullanılmasının altında yatan nedenin, devlet aklınca sakıncalı görülen kimi görüş ve düşüncelerin kamusal alanda ifade edilmesinden Mahkeme'nin de duyduğu rahatsızlıktan ve bu tür ifadelerin engellenmesine yönelik iradesinin varlığından başka bir açıklaması olmasa gerekir. Bu ifadelerle, ilgili kararın gerekçesine dayanak oluşturmaya çalışması ise hukukun yorumlanması veçhesinden son derece sıkıntılı bir durum yaratmaktadır; Anayasa Mahkemesi'nin sahip olması gereken objektifliğe gölge düşürmektedir. Bu tutumun düşünce ve ifade özgürlüğünden ziyade ancak bir “tahayyül özgürlüğüne” imkan verdiğini belirtmek gerekir. Tahayyül özgürlüğüyle kastedilen, ancak düşünce kurma, kurgulama veya hayal etmek ile sınırlı; pratiğe, eylemliliğe geçmeyen dolayısıyla da yaşadığımız dünyaya bir etkisi olmayan bir “alan”daki serbestliklerdir. Doğal olarak devletin müdahale gücünün dışındaki -devletin insanların zihninden geçenleri

de okumaya -bilmeye ve hatta müdahaleye başladığı bir distopya gerçekleşmediği sürece-, bu alanın hukukun konusuna giremeyeceği de açıktır. Oysa Anayasa Mahkemesi “doğal”- “zorunlu” olarak hukukun konusunun dışında olan bu alanı dahi hukukun içine dolaylı olarak sokabilmekte ve fakat bu alanda bir müdahale, kısıtlama olmadığını hemen akabinde bildirerek dış dünyaya sirayet etmeyen düşünce kurgularlarıyla sınırlı olarak bir tahayyül özgürlüğüne izin vermektedir. Bu izin somut, kamusal alanda hiçbir anlam ifade etmediği, düşünce ve ifade özgürlüğünün, hukuk devletinin, insan hak ve özgürlüklerinin ilerlemesi gibi son derece önemli kurumların geliştirilmesine katkı sunamayacağı açıktır. Gerçi Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında söz konusu kurumları korumak, geliştirmek gibi bir kaygısının olduğunu söylemek de güçtür. Kararın ilerleyen bölümlerinde de görüleceği üzere Anayasa Mahkemesi'nin esas kaygısı, devletin “devam ve bekası”nı korumak, onun “yüceliğine ve kutsallığına” bir zarar gelmesini engellemektir; bir başka ifadeyle, bir Osmanlı - Cumhuriyet geleneği olarak devleti topluma karşı koruma görevini layıkıyla yerine getirebilmektir¹⁴. Anayasa Mahkemesi kuruluşunun ilk dönemlerinde, en azından bu kararının gösterdiği üzere, hukuk devleti kavramını, devletin parçalanması pahasına da olsa yalnız kişilerin müdafaası olarak yorumlamakta, devletin ve milletin savunulmasını sahipsiz bırakmamaktadır!¹⁵

14 Arsel'e göre, Anayasa Mahkemesi birçok konuda cömertçe kullandığı yetkilerini “kişinin varlığını her şeyin üstünde telâkki eden, onun irade muhtariyetini esas alan, kişi'yi hiçbir suretle Devlete feda etmeyen ve kişi'ye azamî hürriyet sahası bırakan Anayasa hükümleri konusunda, iltifat etmemektedir; ve bu oldukça mânidardır. Bütün bu tutum ve davranışlar, Anayasa Mahkemesi'nin farkında olmadan (bilinçaltında), DEVLET'in KİŞİ için değil fakat aksine Kişi'nin Devlet için yaratıldığı ve bu itibarla Devlet'in Kişi'ye üstün olduğu, kişi hak ve hürriyetlerinin, icabında, Devlete fedâ edilebileceği “gizli” fikrinin yattığı zannını” uyandırmaktadır. Bkz. ARSEL, İlhan, **Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 8.

15 Oysa Kenan Evren 17 yıl sonra 1980 yılında, 12 Eylül askerî darbesinin ilk canlı radyo ve televizyon konuşmasında “ağızlarından düşürmedikleri hukuk devleti kavramı, bir kısım anayasal kuruluşlarca, devletin parçalanması pahasına da olsa yalnız kişilerin müdafaası olarak yorumlanmış, devletin ve milletin savunulması ise sahipsiz kalmıştır” diyerek yargıya yüklenmiştir. Bkz. EVREN, Kenan, Kenan Evren'in Anıları, C. 1, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1990, s. 550.

12 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

13 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

Anayasa Mahkemesi'nin düşünce ve ifade özgürlüğüyle ilgili bu "teorik" tespitlerinin ardından, bu tespitleri 1961 Anayasası'nın bütünü ve iptale dayanak oluşturulan ilgili maddeleri özelinde nasıl yorumladığı da kararının bir diğer önemli boyutunu oluşturur. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasanın "20. maddede hükmünü düşünce ve kanaatlerin mutlak ve sınırsız bir şekilde ve hiçbir sorumluluk duygusuyla bağlı olmaksızın her düşünceyi açıklamaya cevaz veren bir hak gibi telâkki etmemek icabeder. Aksine olarak onu Anayasada yer almış diğer hükümler ve ilkeler ile birlikte ve Anayasa'nın bütünü içinde bir parça olarak ele almak ve değerlendirmek gerekir"¹⁶. Bu noktada Mahkeme'nin 1961 Anayasası'nda genel olarak özgürlüklerin nasıl düzenlendiğine ilişkin yorumu ön plana çıkar. Bu yorum aynı zamanda Mahkeme'nin Anayasa'ya bakış açısını ve Anayasa'yı yorumlamada hangi yöntemi seçtiğinin de göstergesidir.

Anayasa Mahkemesi 20. maddenin yorumunda, maddenin temsilciler meclisindeki görüşmeleri sırasındaki yaşanan tartışmalara göndermede bulunur ve kanun koyucunun ruhunun esas alınması gerektiği yönündeki iradesini açık eder¹⁷. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasası'nın 20. maddesinde anlamını bulan "düşünce özgürlüğü"nü madde metninde yer almakla birlikte aslında gizli bir amacı ve bu amacı sağlamaya dönük bir kayıtlaması vardır. Dolayısıyla da maddede açıkça zikredilen "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir, düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir" ifadesini normal -olağan- anlaşıldığı biçimde yorumlamak gerekmektedir. Maddenin hikmet-amiz "içrek" anlamını bulmak, devlet aklınca nasıl yorumlanması gerekiyorsa o biçimde yorumlamak icap etmektedir. Ki Anayasa Mahkemesi de bu durumu göz önüne alarak maddenin içrek anlamını bularak yorumlamakta ve düşünce özgürlüğünün varlık sebebini "devlet nizamına ve demokratik nizama uygun kanaatleri belirtmek"¹⁸ ile bağlantılandırmaktadır. Yani düşünce özgürlüğünün "lâik ve demokratik nizamı yıkmak, Devletin ve Milletın bütünlüğünü parçalamak isteyen

düşüncelerin açıklanması"¹⁹ olarak yorumlanamayacağını belirtmekte, düşünceleri adeta iyi ve kötü, faydalı ve zararlı, sakıncasız ve sakıncalı gibi yorumu kendinden menkul değerlere feda etmektedir. Bu yorum biçimindeki sakatlık, salt düşünce açıklaması olarak kalan, içinde şiddet ögesi barındırmayan, şiddeti teşvik etmeyen, onu kutsallaştırmayan, lakin devlet aklınca "laik ve demokratik düzeni yıkmaya", "devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü parçalamaya" dönük düşünceler olarak yaftalanan ifadelerin, kararlara esas alınmasında sakınca görülmemesindedir. "Laik ve demokratik düzeni yıkmak", "devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü parçalamak" gibi son derece muğlak, çok farklı biçimlerde yorumlanabilecek kavramları tek taraflı ele alarak yargı kararlarının nüvesini oluşturacak biçimde yorumlamak; insan hak ve özgürlüklerini, gerçek anlamda hukuk devletinin gereklerini mümkün kılacak bir hukukun uygulanmasını muallakta bırakmakta ve hatta imkansız hale getirmektedir.

Kararın devamında "sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığını"²⁰ belirten Mahkeme, düşünce ve ifade özgürlüğünün Anayasa'nın 11. maddesinde belirtilen esaslar doğrultusunda, yani Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceğini söyler²¹. Fakat bu maddeyi, düşünce ve ifade özgürlüğünü *her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanımış olduğu şeklinde yorumlamak*²² gerektiğini de ekler. Dolayısıyla Mahkeme, çeşitli hak ve özgürlükleri kısıtlayan bir kanunun eğer kimi yüksek - ulvî değerleri korumak gibi amaçları mevzu bahis - se bu kanunların her istikamette temel hak ve özgürlükleri kısıtlamasında bir beis görmez. Özellikle bu değerler, devletin bekası, bölünmez bütünlüğü, âli idaresi gibi "yüksek" unsurlara tekabül etmekte ise sorgulanmamaları, eleştirilmemeleri gerekmektedir.

Bu bakış açısının yarattığı devletten daha devletçi olma anlayışının, sakıncalı görülen her türlü düşünce açıklamasını, bir biçimde kanunları devlet aklına uygun olacak şekilde yorumlamak suretiyle

16 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

17 İleride daha ayrıntılı bir biçimde değinilecek olan Mahkeme'nin gerekçeli kararı için bkz. **Infra**. "3.1. Anayasa Mahkemesi ve Yargısal Yorum".

18 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

19 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

20 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

21 11. maddeyle ilgili olarak bkz. TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 127 - 131.

22 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

sınırlandırması, yasaklaması, yaptırıma bağlaması mümkündür. Daha önce de belirtildiği üzere genellikle devleti koruma refleksinden kaynaklanan bu tutumun, salt pozitif hukuktaki maddi ya da şekli bir adalet sorunundan ziyade, zihinlerde varolan devlet ve onun karşısındaki birey algısındaki problemden kaynaklandığını belirtmek gerekir. Bireyin ve doğal olarak düşüncenin sürekli bir biçimde “olası tehdit” olarak görülmesi, devlete yönelik en küçük eleştiriyi dahi bir anda “vatana ihanet”le eş konuma getirebilmektedir. Bu durum da düşüncenin ve onun ifade edilmesinin devlet tarafından sürekli kontrol altında tutulması zarurî görülen bir tehlike biçiminde anlamlandırılması neticesine yol açmaktadır.

Kararda dikkati çeken diğer bir husus da Mahkeme'nin basın “etiğinin” nasıl olması gerektiğine yönelik belirlemeleri, dolayısıyla bir anlamda basına tanıdığı özgürlüklerdir. Mahkeme'ye göre;

“...düşünce ve kanaat hürriyetini tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın hürriyeti de düşünce ve kanaat hürriyeti gibi mutlak ve sınırsız bir hürriyet değildir. Anayasamız, 22. maddesiyle basın hürriyetinin millî güvenliği ve genel ahlâkı korumak, kişilerin şeref, haysiyet ve haklarına tecavüzü suç işlemeye kışkırtmayı önlemek maksadıyla sınırlanabileceğini kabul ettiği gibi, gerekli hallerde gazete ve dergilerin toplatılmasına da cevaz vermiştir.

Geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde etki yapan basının hür olması, toplumun huzur ve selâmetini ve Devletin güvenliğini ihlâl edecek mahiyetteki beyanların ve yazıların cezasız bırakılması demek değil, sadece basının önceden kayıtlama ve kısıntıya tabi tutulmaması demektir.

İçtimai görevini yerine getirebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk şuuru ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk şuurundan yoksun bir basın, her sorumsuz kuvvet gibi er geç soysuzlaşır ve toplum hayatını sarsan ve millî güvenliği tehlikeye koyan bir kuvvet halini alır. Düşünce ve basın hürriyetleri ne kadar mukaddes olursa olsun böyle bir durum karşısında toplum düzenini ve millî güvenliği korumakla görevli olan kanun koyucu gerekli tedbirleri almak zorunlu[lu]ğundadır”²³.

23 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

Mahkeme'nin basın özgürlüğüyle ilgili yaklaşımının düşünce ve ifade özgürlüğüyle ilgili yaklaşımından pek de farklı olmadığı söylenebilir. Tıpkı düşünce ve ifade özgürlüğünde olduğu gibi basın özgürlüğünde de, hak ve serbestlikten ziyade uyulması gereken ödev ve sorumluluklar ön plana çıkmıştır. Basından “sorumluluk şuuru” ile davranması istenirken kastedilen, resmî ideolojiye ve devlet aklına açık bir biçimde aykırı davranmamasıdır. “Toplum düzeni”, “millî güvenlik” gibi muğlak kavramların kullanılmasının altında yatan neden de basının kısıtlanabilmesi olanağının yaratılmasıdır. Muğlak kavramlar sayesinde kısıtlamanın istenilen biçimde ve zamanda kullanılabilmesi mümkün olmaktadır. Hem düşünce ve ifade özgürlüğü açısından hem de basın özgürlüğü açısından yaratılan bu kısıtlama ortamı, hukuk devletinin de gerçek anlamda işleyebilmesini engellemektedir.

Kararın sonuç kısmında ise, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikredilen tüm “teorik” açıklamalarına dayanılarak 38 sayılı kanunun söz konusu hükmünün neden iptal edilemeyeceği belirtilir. Mahkeme'ye göre;

“Yüksek Adalet Divanı veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi ve mahkûm edilmiş olanların mahkûmiyeti intaç eden fillerinin veya şahıslarının övülmesi, sonucu itibariyle 27 Mayıs Devriminin meşruluğunu ve haklılığını inkâra yol açan ve halk efkârına bu devrimi yani Türk Milletinin meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnmesini yersiz ve gayrimeşru gibi göstermeye müncer olan ve bu yoldan vatandaşları birbiri aleyhine tahrik ederek onlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratan bir davranış teşkil etmektedir.

Böyle bir davranışa cevaz verilmesi, vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratılmasına ve millî huzurun devamlı şekilde ihlâline yol açar; bu ise Anayasa'nın dayandığı temel ilkeleri tahrip etmek sonucunu doğurur; bu itibarla böyle bir davranış mezkûr ilkelerle bağdaştırmak mümkün değildir. Zira Anayasa'nın dayandığı millî dayanışma, fert ve toplum huzuru gibi ilkeler, ancak siyasi kanaatleri ne olursa olsun aynı toplumun fertleri olan vatandaşlar arasında karşılıklı anlayış ve saygı duygularının ve toplum şuurunun kuvvetlenmesiyle doğar ve yerleşir. Bu duyguları yok etmeyi ve vatandaşlar arasında ikilik yaratmayı hedef tutan her hareketin Anayasa'nın

sözüne ve ruhuna aykırı olduğuna şüphe edilemez. Bu bakımlardan düşünce, kanaat ve basın hürriyetlerinin bu istikamette sınırlandırılmasında kamu yararı bulunduğu ve bu sınırlamanın Anayasa'nın 11. ve 20 nci maddelerine aykırı olmadığı açıktır²⁴.

Mahkeme'nin 38 sayılı kanunun ilgili hükümlerini neden iptal etmediği görüldüğü üzere açık biçimde yazılmıştır²⁵. Yine muğlak bir kavram olarak ortaya çıkan "kamu yararı" bu sefer düşünce ve ifade özgürlüğünün kayıtlanmasında bir gerekçe olarak ortaya çıkmıştır. Mahkeme 27 Mayıs darbesinin herhangi bir biçimde eleştirilmesini suç kapsamına sokmuş, bu eleştirinin vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık yaratacağı bahanesine dayanarak kararını oluşturmuştur. Karara dayanak oluşturan tüm bu gerekçelerin kabul edilebilmesi demokratik bir hukuk devletinin gerekleri düşünüldüğünde mümkün değildir. Anılan karar her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş dönemine rastlıyorsa da, Mahkeme'nin devlet ile birey, ödevler ile haklar ve özgürlükler karşı karşıya geldiğinde yaptığı seçimi göstermesi bakımından önemlidir. Bu karar ile bireysel hak ve özgürlüklerin devletin âli menfaatleri ile çakıştığına bir öneminin kalmadığı, dolayısıyla feda edilebilir hale geldiği hükme bağlanmaktadır.

Mahkeme tarafından kamu yararı kavramının kullanılması özellikle 11. maddedeki "kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz" ibaresi göz önüne alındığında daha da fazla önem kazanır. Karardan anlaşıldığı üzere Mahkeme, düşünce ve ifade özgürlüğü üzerinde 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendi kapsamındaki bir sınırlandırmayı hak ve özgürlüklerin özüne dokunan bir sınırlandırma olarak görmemektedir; aksi takdirde Mahkeme'nin kamu yararı bulursa dahi (B) bendi kapsamındaki bir kayıtlamayı 11. maddeye aykırı bulması gerekirdi. O halde temel sorunlardan

24 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

25 Tanör'e göre ise 1961 Anayasası'nda 27 Mayıs darbesinin eleştirilmesi veya darbenin tartışılmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. İlgili açıklama için bkz. TANÖR, 1969, s. 163 - 165. Tanör'ün belirttikleri açısından düşünüldüğünde ve düşünce özgürlüğüyle ilgili özel bir kısıtlama sebebi olmadığı da göz önüne alındığında 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendinin düşünce ve ifade özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi daha yerinde bir karar olurdu.

biri hak ve özgürlüklerin özünün ne olduğuna ilişkin sorundur²⁶. Bu konuya ileride ayrı bir bölüm olarak değinileceğinden burada ayrıca ele alınmayacaktır²⁷. Lakin burada kamu yararı kavramının 1961 Anayasası açısından ne anlam ifade ettiği üzerinde kısaca durulabilir. Öncelikle kamu yararı kavramının soyut ve müphem bir kavram olması itibariyle, hukuka uygunluk denetiminde kullanılmasının ne kadar yerinde olduğu tartışmalıdır²⁸. Kamu yararı kavramının birçok durumda istenilen biçimde yorumlanabilecek bir yapıya sahip olması, özellikle bireysel hak ve özgürlüklerin devlet lehine kısıtlanabilmesinde kullanılan çok verimli bir araç olarak görülmesi, yargı organları tarafından yapılan yorumlarda karara esas teşkil edecek bir biçimde kullanılması sonucunu doğurur. Bu durumun insan hak ve özgürlükleri açısından olduğu kadar hukukla bağlı devlet anlayışı için de tehlike yarattığı açıktır.

Tanör'ün de belirttiği üzere bir düşüncenin kamu yararına uygun olup olmadığı noktası aslında bir hukuk meselesi olmayıp, daha ziyade bir siyasî tercih meselesidir²⁹. Bu bakımdan 1961 Anayasası ile ilgili tartışmalarda, ileride de değinileceği üzere, kamu yararını düşünce özgürlüğünü kısıtlayacak bir araç olarak kullanmak son derece tehlikelidir. Bu açıdan kamu yararı kavramını Anayasanın manevi özgürlüklerle ilgili kısmı içinde değil, iktisadi ve sosyal hakları sınırlamak için ele alınan bir kavram olarak anlamak daha yerinde olur³⁰.

2.4. Karara İlişkin Muhalefet Görüşü

Karara esastan muhalefet eden tek üye³¹ olan Ekrem

26 ESEN, Bülent Nuri, **Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 51.

27 **Infra.**, "3.2. Hak ve Özgürlüklerin Yorumlanması Üzerine Tartışmalar".

28 Konuyla ilgili ayrıntılı bir tartışma için bkz. KORKUT, Yakup Levent, **Hukukta Çıkarım ve Argümantasyon Teorileri Açısından Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramının Temellendirilişi**, Ankara, 1994, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 33 - 40, TANÖR, 1969, s. 132 - 133.

29 **Ibid.**, s. 136.

30 Bkz. **Ibid.**, s. 136 - 137.

31 Kararda ikinci bir muhalefet şerhi daha söz konusudur. Bu şerh, olayın Anayasa Mahkemesi tarafından incelenemeyeceğine ilişkin olarak usule yönelik bir itirazı içermektedir. Bu itirazı içeren karşı oy yazısında, "İtiraz yolu ile ve bir bekletici mesele olarak (Meselei müstehire) mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiasının ancak, bir dava üzerine ileri sürülebilmesi karşısında Anayasa Mahkemesince

Korkut'un karşı oy yazısında özetle 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (B) bendinde sevk edilen hükümlerle düşünce ve basın özgürlüğünün kayıtlı olduğu belirtilir. Bu kayıtlamaların Anayasa'nın lafzına ve ruhuna uygun olabilmesinin ise ancak söz konusu kayıtlamaların düşünce ve basın özgürlüklerinin özüne dokunmamış olmamasına bağlı olduğu eklenir. Aksi takdirde Korkut'un da belirttiği üzere tedvin sebepleri ne kadar kuvvetli olursa olsun kanunun aykırılık hükmünden kurtulması mümkün olmayacaktır³². Oysa olayda görülmektedir ki düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik 38 sayılı kanunla getirilen kısıtlamalar; örneğin düşünce özgürlüğüne rengini ve anlamını veren eleştiri yapma özgürlüğünü büyük oranda ortadan kaldırmaktadır. Kanunun 1. maddesinin (A) bendiyle 27 Mayıs'ın olumsuz eleştirisinin yapılabilmesi yasaklanırken, iptale konu olan (B) bendiyle de 27 Mayıs yargılamalarını eleştirmek veya yargılananlarla ilgili olumlu fikir beyan etmek suç kapsamına sokulmaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüğü yönündeki her iki kayıtlamanın da özgürlüklerin özünü

esas bakımından bir karar itihazi, mahkemede dâvanın devam etmekte olmasına ve mahkemece itiraz edilen kanun hükmünün uygulanmasının mümkün bulunmasına bağlıdır" denmiştir. Olayda ise sanığa isnat edilen suçun 218 sayılı af kanununun kapsamına girdiğinden bahisle hakkındaki kamu davasının mahkemece kaldırılmış olması sebebiyle, olayda kanun hükmünün uygulanma imkanının kalmadığı belirtilerek Anayasa'ya aykırılık iddiasının işin esasına girilmeden bu sebeplerden Anayasa Mahkemesi'nce incelenmesine mahal olmadığına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963. Ancak bu muhalefet şerhinin hukuksal geçerliliğinden söz etmek güçtür. Çünkü her ne kadar görülmekte olan bir dava artık söz konusu değilse de, Tanör ve Yüzbaşıoğlu'nun 1961 ve 1982 Anayasaları bağlamında belirttikleri üzere itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduktan sonra, kabul, feragat ve af gibi nedenlerle dava ortadan kalksa dahi Mahkeme anayasaya uygunluk denetimi yapmaya devam etmelidir. Çünkü, önemli olan, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğu sırada bakılmakta olan bir davanın varlığıdır. TANÖR, Bülent & YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 2005, s. 490. Keza Anayasa Mahkemesi de ilgili kararında 218 sayılı af kanununun "*davayı ortadan kaldırmış olması, Anayasa Mahkemesince usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesiri haiz olmayacağı*" gerekçesine dayanarak söz konusu muhalefet şerhini kabul etmemiştir. Gerçekten söz konusu olaydan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvuru esnasında görülmekte olan bir davanın varlığı söz konusudur, lakin dava, af dolayısıyla daha sonra ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek söz konusu hüküm ile ilgili bir karar verme yoluna gitmesi yerinde olmuştur.

32 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

zedelediği, dolayısıyla da gerek 1961 Anayasasına gerekse gerçek bir hukuk devletinin gerekliliklerine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

Karşı oy yazısında kanunun 1. maddesinin (A) ve (B) bentleri ile ilgili olarak iki farklı tutumun benimsendiği dikkat çeker³³. Korkut "*Hiç bir Devlet ve hukuk düzeni kendi gayri meşruluğunu kabul ve yıkmayı amaç bilen faaliyetleri tecviz edemez. Her Devlet düzeninin kendisini hukuk dışı yollarla ortadan kaldırma gayretlerine karşı meşru müdafaa hakkı vardır. Binaenaleyh düşünce hürriyeti ancak Anayasa nizamının korunması gayesiyle sınırlanabilir ve böyle bir kayıtlama Anayasa'nın ruhuna da uygun düşer. Bu sebeple ve zaruret dışında herhangi bir mülahaza ile bu hürriyete müdahale edilmesinde ise Anayasa'nın ruhuna ve lafzına aykırılık vardır*"³⁴ demektedir. Bu noktada (A) bendi kapsamında getirilen kısıtlamayı, yani 27 Mayıs darbesinin meşruiyetinin tanınması ve korunmasını amaçlayan, dolayısıyla da olumsuz biçimde eleştirilmesini yasaklayan düzenlemeyi, Anayasa nizamının meşruiyeti ve varlığı ile alakalı görerek Anayasa'nın ruhuna uygun görmüş; ancak (B) bendi ile getirilen kısıtlamanın, yerinde bir biçimde, Anayasa'nın 20. maddesinin lafzına aykırı olduğunu belirtmiştir. Korkut'a göre (B) bendiyle "*devrimin meşruiyeti, eski iktidar sorumlularının mahkumiyetine bağlanmıştır*"³⁵. Oysa Korkut'a göre bu tür bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Çünkü gerek Yüksek Adalet Divanı kararlarının eleştirilmesi gerekse diğer yasakların hiçbiri, meşru ve müesses Anayasa nizamının hukuk dışı yollarla değiştirilmesi manasına ve gücüne sahip değildir³⁶. Dolayısıyla bu durumlarla ilgili bir kayıtlamaya gidilmesi de Anayasa'nın 20. maddesiyle çelişir bir hal almaktadır.

Karşı oy yazısında, insan hak ve özgürlüklerine saygılı, onların geliştirilmesinden yana tavır alan demokratik bir hukuk devleti için, en azından (B) bendinin iptal edilmesi gerekliliği üzerinde durarak olumlu bir yaklaşım geliştirmiştir. Buna karşılık dava

33 Korkut'un zikredilen hükümlerle ilgili bu iki farklı yaklaşımın, yine iptal istemiyle gelen 38 sayılı kanunun 1. maddesinin (A) bendinin Anayasa Mahkemesi'nce görüşülmesi esnasında iptalin reddedilmesi yönünde oy kullanmasıyla da kendini açıkça gösterdiği görülmüştür. İlgili karar için bkz. Ays. Mahk. E. 1963/17, K. 1963/84, 08/04/1963.

34 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

35 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

36 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

konusu olan ve iptali istenen düzenlemenin neden iptal edilmesi gerektiği yönündeki gerekçelendirmede çeşitli eksikliklerin olduğu da belirtilmelidir. Çünkü (B) bendi bağlamında ortaya konan iptal gerekçelerinin aynı biçimde (A) bendi için kabul edilmediği görülmektedir. Yüksek Adalet Divanı kararlarının eleştirilmesi ve mahkum olan DP yöneticilerinin övülmesini suç kapsamına sokan düzenlemenin Anayasal rejim için bir tehdit oluşturamayacağından hareket eden karşı oy gerekçesi, bu bağlamda ifade edilen düşüncelerin kısıtlanmasını da Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Oysa (A) bendi kapsamında belirtilen 27 Mayıs darbesine yönelik eleştirileri Anayasal rejime karşı bir tehdit olarak niteleyerek bu eleştirilerin kayıtlanmasını Anayasa'ya uygun bulmuştur. Burada her iki bent arasında özgürlüklerin kısıtlanması bakımından konan ayırımın çok da yerinde olmadığı belirtilmelidir. Bu tür bir ayırım yerine her iki düzenleme açısından tam bir eleştirel serbestliğin kabul edilmesi gerekmektedir. Keza düşünce ve ifade özgürlüğünün bir gereği olarak 27 Mayıs darbesinin eleştirisi de bu bağlamda yapılabilir. Daha açık bir ifadeyle, içinde şiddet ögesi barındırmayan, açıkça şiddeti teşvik etmeyen her türlü görüş ve eleştirinin hiçbir şart altında kayıtlanamaması gerekir. Hatta içinde şiddet ögesi barındırmayan sivil itaatsizlik türü eylemler de düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında hoşgörüle karşılanmalıdır. 1961 Anayasasının çeşitli hükümlerinin sağladığı özgürlükçü bakış açısının yargı tarafından da yorum yoluyla geliştirilebilmesi ve genişletilebilmesi gerekirdi. Böylece hem insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilebilmesi hem de hukuk devletinin gerçek anlamda işleyebilmesi olanaklı olurdu.

3. 1961 Anayasası ve Düşünce Özgürlüğünün Yorumu Meselesi

1961 Anayasası ve yorum meselesi iki veçheden ele alınabilecek bir mahiyet gösterir. İlki Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında, gerek temel hak ve özgürlüklerin gerekse genel olarak 1961 Anayasası'nın yorumunda nasıl bir yol izlendiği meselesidir. Diğeri ise öğretinin bu konudaki görüşleridir.

Arsel'e göre Anayasa Mahkemesi'nin genellikle, kendi yetki sınırları içinde hareket ederken pek çe-

kingen, pek ürkek davrandığı³⁷, bu yetkileri, Anayasa çerçevesinde genişletme yönünde ciddi denebilecek gayretlerde bulunmadığı, çoğu zaman kurucu meclisin iradesiyle kendini bağlı gördüğü söylenebilir. Oysa Anayasa Mahkemesi referandum yolu ile halk tarafından onaylanmış bir Anayasa'nın uygulanmasında Kurucu Meclis'in niyet ve maksatlarını öğrenmeye matuf bir dayanak arama ihtiyacında olmadan, Türkiye'nin içinde bulunduğu şartlara göre değil fakat "içinde bulunması gereken" şartlara göre Anayasa denetimi yapmalıdır. Bunu yaparken de demokratik hayatın önemli bir aktörü olduğunu unutmamalıdır. Keza örneğin devlet ile bireyin çıkarları çatıştığında bireyin çıkarlarını öncelikle koruma yoluna gitmeli, bireysel özgürlüklerin devletin "eşitsizlik" yaratan ağırlığı altında ezilmesi hallerini önlemelidir³⁸. Gerçekten Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir misyon yüklenerek, gerek kendi görev alanının

37 Ünsal, Anayasa Mahkemesi'nin genel olarak "ölçülü" denetimden yana bir tutum izlediği görüşündedir. Fakat bazı durumlarda ise Mahkeme'nin, belli bir çekingenlik gösterdiğini belirtir. Bilhassa düşünce özgürlüğü konusunda, ya da "siyasal" niteliği ağır basan davalarda bu çekingenliğin daha da arttığını söyler. Örneğin Mahkeme TCK'nun 141 ve 142. maddelerini, 6'ya karşı 9 oyla, Anayasa'ya uygun bulurken, Mahkeme'ye göre 1961 Anayasası, komünizme kapalı, sosyalizme ise sınırlı bir biçimde açık olarak nitelenmiştir. Başka bir deyişle Anayasa'nın izin verdiği ölçüde sosyalist amaçlı eylem ve propaganda özgürlüğü vardır. Daha önceki bir kararında ise Mahkeme *cemiyetin muhtelif sınıflarını umurun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tahriki* suç sayan TCK'nın 312. maddesinin, davacının ileri sürdüğü gibi *suç unsurlarının seçik ve ayrıık olarak belirtilmediğini, keyfi uygulamaya yer verecek ve bilimsel araştırmaları engelliyecek nitelikte olduğunu* kabul etmeyerek, Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Son olarak Anayasa Mahkemesi'nin 1971 yılında açılan Millî Nizam Partisi ve Türkiye İşçi Partisi'nin kapatılma istemli davalarında ise, siyasal yelpazenin sağında ve solunda yer alan iki kuruluşu Anayasa'nın 57. maddesine aykırı davrandıkları gerekçeleriyle oybirliğiyle alınan kararlarla kapattığı belirtilmelidir. ÜNSAL, Artun, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 253 - 254. Bu kararlar açıkça kanıtlamaktadır ki, devlet ile birey ya da devletin resmî ideolojisi ile bu resmî ideolojice tehlikeli, sakıncalı bulunan görüşler, fikirler çatıştığında Anayasa Mahkemesi'nin devletin yanında yer almayı seçtiği, onu koruma ve kollama refleksiyle kararlar verdiği görülür. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin düşünce ifade özgürlüğü kapsamında verdiği birçok kararda aynı çekingenliği bulmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan 2000'li yıllara kadar düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında verdiği kararların toplu bir incelemesi ve ilgili kararların metinleri için bkz. SUNAY, Reyhan, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu [Yayınları], Ankara, 2003, **Passim**.

38 ARSEL, 1970, s. 4 - 7.

ve yetkilerinin sınırlanırını dar yorumlamayarak -bilhassa devletin dokunulmaz kabul edilen alanına ilişkin çeşitli yasal düzenlemeleri denetleyerek³⁹- gerekse insan hak ve özgürlüklerini en geniş biçimde ele alarak, bireyin devletle arasında yaşadığı uyumsuzluklarda gerçek anlamda korunmasını sağlamaya dönük bir yorum yöntemini benimsemeliydi. Böylece hem devletin daha demokratik yönetim usullerine zorlanması bağlamında hem de hukuk devletinin tam olarak işletilebilmesinde yargı olarak üzerine düşen sorumluluğu çok daha iyi bir biçimde yerine getirebilirdi. Özellikle yorum yöntemi olarak ilk dönemlerinde sıkça kullandığı tarihsel yorumun devletçi biçimi yerine, temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesi yönünde demokratik hukuk devletinin sağlanmasını önsel amaç olarak hedef tutan “olması gereken”e yönelik bir yorum yöntemini benimseyebilirdi⁴⁰. Böylece 1961 Anayasası’nın da çeşitli eksikliklerini kapatarak; onu demokrasi ve insan hakları özelinde geliştirebilecek çok önemli bir görevi layıkıyla yerine getirmiş olurdu.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi’nin sosyal gerçeklikleri pek de dikkate almadığı ve kararlarında katı bir pozitivist tutum benimsemeye çalıştığı görülür⁴¹. Bununla beraber, bilhassa siyasi nitelik ta-

şıyan ve resmî ideolojiyle açıkça zıtlaşan alanlarda Mahkeme’nin pozitivist görünme çabası içinde, aslında pozitivist tutumdan uzaklaştığı da belirtilmelidir. Hükmü mümkün oldukça dar ve devlet aklına uygun biçimde yorumlamaya çalışarak örneğin devlet otoritesi ile bir özgürlük veya hakkın çakıştığı noktada, devlet otoritesinden yana tavır koymaktan çekinmemektedir. Bu tür durumlarda bilhassa “kamu yararı”, “millî güvenlik” gibi muğlak kavramlardan yararlanarak pozitif hukukun gereklerinden de bir biçimde sıyrılmaktadır. Söz konusu durum bu çalışmada incelenen karar örneğinde açıkça ortaya çıkmaktadır.

3.1. Anayasa Mahkemesi ve Yargısal Yorum

Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararında hangi yorum yöntemini benimsediği çalışmanın bir diğer boyutunu oluşturur. Mahkeme’nin kararında ilk göze çarpan unsur Anayasa’nın 20. maddesinin hangi bağlamda yorumlanması gerektiği yönündeki görüşüdür. Mahkeme’nin genel olarak 38 sayılı kanunu koruma yönündeki temayülünün 20. maddeyi yorumlayış tarzı da göz önüne alındığında salt hukukî olduğunu söyleyebilmek zordur⁴². Mahkeme 20. maddenin öngördüğü özgürlüklerden yana tercihi mümkün oldukça daraltma yoluna gitmiş, bunun içinde 20. maddeyle ilgili olarak meclis görüşmeleri sırasında yaşanan bir tartışmayı gündeme getirmiş ve bu tartışmada söylenen çeşitli sözleri ilgili maddeyi temel alarak yorumlamıştır. Kısaca Mahkeme tarihsel yorum yöntemini kullanarak salt kanun koyucunun ruhunu yorumlamayı yeterli görmüş, başkaca da bir gerekçeye ihtiyaç

39 Hukuk ve politikanın birbirine karıştığı alanlarda, kararlarda yargı mercilerinin çekingen kalmasını sadece Anayasa Mahkemesi bağlamında da düşünmemek gerekir. Bilhassa idarenin çeşitli işlemlerinin denetlenmesi yönünden yargı yerleri tarafından kendiliğinden “hükümet tasarrufu”, “devletin yüksek siyaseti”, “devletin siyasi icraatı”, “siyasi tasarruflar” gibi adlar altında yargılama faaliyetlerinden imtina edildiği görülür. Örneğin Danıştay’ın 1960 öncesinde mukabele bilmişil ile ilgili kararlar, işkan işleri ile ilgili kararlar, vatandaşlık işleri ile ilgili kararlar, Yabancıların sınır dışı edilmeleri ile ilgili kararlar aleyhine açılan davaları “hükümet tasarrufu” saymak suretiyle doğrudan reddetmeyi tercih ettiği görülür. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetişel Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 20 - 25.

40 Bu açıdan “özgürlük lehine yorum” (in dubio pro libertate) ilkesi oldukça işlevsel olabilir. “Bu ilkeye göre tereddüt halinde temel hak ve özgürlüklerin, tüm etki olanaklarını ortaya koyabilecekleri-yayabilecekleri şekilde yorumlanmaları gerekir”. Aktaran, SANCAR, Mithat, “Sosyalist Parti’nin Kapatılması Üzerine Düşünceler” **“Devlet Aklı Kıskaçında Hukuk Devleti”**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 213.

41 *Ibid.*, s. 209. Sancar’a göre “klâsik yorum öğretisinde sosyal gerçeklik, pek dikkate alınmaz. Gramatik, mantıksal, tarihsel ve sistematik unsurlardan oluşan yöntem, doğası gereği salt normla bağlantılı kalır. Bu durum, bugün bu yöntemin tamamlayıcısı olarak görülen teleolojik unsur bakımından da geçerlidir. Burada sosyal gerçeklik sürecin yalnızca bir nesnesi olarak ortaya çıkar. Sosyal gerçeklik böylece somut olayla sınırlanır ki, bu olay da norm esas alınarak değerlendir-

dirilir; fakat gerçeklik, normun anlaşılışında aktif bir rol oynamaz. Oysa bizzat normun kendisi, pekleştirilmek veya değiştirilmek istenen belli bir sosyal gerçeklik durumu esas alınarak formüle edilir. Böylece, normun bağlantılı olduğu sosyal gerçeklik parçası, normun anlamını belirleyen kurucu unsurlardan biri olarak ortaya çıkar. Bu nedenle normun anlamı, gerçeklik gözardı edilerek araştırılmaz. Yorumda, sosyal gerçekliğin tıpkı normun metni ya da normun hedefi gibi kurucu unsurlardan biri olarak dikkate alınmasıyla, sosyal gerçeklikte meydana gelen değişim ve dönüşümlerin hukuk ile gerçeklik arasında bir kopukluk yaratması engellenebilir”. *Ibid.*, s. 208.

42 Gerçekten de aynı gün sözkonusu kanunun 1. maddesinin (A) bendi ve 4. maddesiyle ilgili iptal başvurularının da hemen hemen aynı gerekçelerle reddedildiği de düşünüldüğünde Mahkeme’nin genel tavrının hangi şart ve koşul altında olursa olsun 38 sayılı kanunu aynen korumak biçiminde şekillendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İlgili kararlar: Ays. Mahk. E. 1963/17, K. 1963/84, 08/04/1963 (RG. 17/07/1963, S. 11456), Ays. Mahk., E. 1963/25, K. 1963/87, 08/04/1963, (RG. 18/07/1963, S. 11457).

duymamıştır. Kanun koyucunun ruhunu esas aldığını da meclis tutanaklarının konuyla ilgili kısmını kararda belirterek göstermiştir. Buna göre:

“Nitekim maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında bu maddenin düşünce ve kanaat hürriyetine bir sınır çizmediği, bu şekli ile fertleri meselâ komünizmi, nasyonal sosyalizme veya irticaa kayan düşünceleri veyahut ahlâksızlığı teşvik eden fikirleri de açıklamak ve yaymak hususunda serbest bırakmış gibi bir intiba yarattığı ileri sürülerek bu bakımdan kayıtlanması istenilmesine karşı, Anayasa Komisyonu sözcüsünün yaptığı açıklamada “Maddeyi yalnız başına ele alarak yani diğer hükümlerden tecrit ederek manalandırmanın caiz bulunmadığını, hukukta doğru olan tefsirin gai tefsir yani hükümlerin gayeye göre tefsir edilmesi olduğunu, tefsir konusu olan hüküm hangi kanunda ve Anayasa’da ise o kanun veya Anayasa’nın tümü ve ruhu göz önünde tutularak yorumlama yapılacağını, Anayasamızın esas itibarıyla hürriyetleri imha edici faaliyetleri yasak eden ve realist bir hürriyet anlayışını kendisine temel olarak almış olan bir Anayasa olduğunu, bu bakımdan herkese tanınan düşünce hürriyetinin Anayasa ile tesbit olunan Devlet nizamına ve demokratik nizama uygun kanaatleri belirtmek için sağlandığını ve bu sebeple lâik ve demokratik nizamı yıkmak, Devletin ve Millet’in bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanmasının düşünce hürriyetine dahil sayılmayacağını ve bilâkis suç teşkil edeceğini” bildirmiş olması düşünce ve kanaat hürriyetinin de Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin niteliklerini açıklayan ikinci kısmının (Genel hükümleri) unvanlı birinci bölümde yer almış olan 11 inci maddesi uyarınca “Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini” kolayca anlatmaya kâfidir”⁴³.

Anayasa Mahkemesi de, mecliste Anayasa Komisyonu sözcüsünün bu sözlerinden destek alarak düşünce ve ifade özgürlüğünü sınırlamakta bir beis görmemiştir. Ama kararın ilginç ve bir yönden de çelişik tarafı sözcünün konuşmasında hukukta doğru yorumun amaçsal yorum olduğunu bildirmesine karşılık, -ki tek başına amaçsal yorumun doğru yorum olduğu ya da sözcünün amaçsal yorumla hükümden çıkardığı “garip” sonucun doğruluğu ciddi anlamda

tartışmalı ve “tarafıdır”- Anayasa Mahkemesi’nin tarihsel yorum yöntemine dayanması, hatta açık olan lafzı bile bu tarihsel yorum yöntemiyle daraltmayı başarabilmesidir. Keza benzer bir olay, amaçsal yorum ile tarihsel yorumun birbirine karıştırıldığı ve birbirlerinin yerine kullanıldığı bir durum, Mahkeme’nin aynı yıl içindeki başka bir kararında daha ortaya çıkar. Davacı Türkiye İşçi Partisi’nin 5680 sayılı Basın Kanununun 31. maddesinin ve ayrıca diğer bazı kanunların bir kısım hükümlerinin Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürdüğü davada⁴⁴, Mahkeme, “bir hukuk rejiminde idare, kanunların maksadına ve amacına göre onları uygulamakla görevli olup hiç bir zaman bu maksat ve amaç dışına çıkamaz. Yani idarenin yetkisi, kanunların maksat ve amaçları ile sınırlıdır. Kanunların maksat ve amaçları ise gerekçelerinde gösterilir ve meclislerde geçen görüşmelerle belli olur” demiştir⁴⁵. Buradaki çelişki de benzer biçimde, Mahkeme’nin kanunun amacının bulunmasını salt gerekçede gösterilenler ile meclislerde geçen görüşmelere indirgemesinde; fakat öbür taraftan, örneğin idarenin, kanunların amacını göz önüne alarak yorumda -amaçsal yorumda- bulunması gerektiğini belirtmesinde ortaya çıkar. Oysa bir kanunun yorumlanmasında daha önce de belirtildiği üzere sadece kanun koyucunun ruhuna gitmek hem gerçekçi olmaz hem de diğer taraftan donmuş bir iradenin gelecekteki bir zamanda yorumlanmasına çalıştığı için kanunların günün şartlarına uygun biçimde güncel kalmalarını engeller, kısacası zaman ve mekan bağlamında metnin yorumlanabilmesinde ufuk boşluklarının doğmasına yol açar. Fakat bu davaya bakıldığında da davanın bir yönüyle politik bir niteliği/karakteri olduğu ve muhtemelen Anayasa Mahkemesi’nce devletin âli işleri, hikmet-i hükümeti içinde değerlendirildiği söylenebilir. Basın kanununun 31. maddesinin o dönem “yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye’ye sokulması veya dağıtılması Bakanlar Kurulu Kararı ile men olunabilir” hükmünü ihtiva ettiği düşünülürse; madde açıkça Anayasaya aykırı olduğu halde Mahkeme’nin söz konusu hükmü iptal etmekten neden imtina ettiği or-

43 Bkz. Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963.

44 Bkz. Ays. Mahk., E. 1963/170, K. 1963/178, 05/07/1963, (RG. 04/11/1963, S. 11548), <http://www.anayasa.gov.tr/eski-site/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-178.htm>, 03/07/2009.

45 Ayrıca bkz. ESEN, 1966, s. 88 - 89.

taya çıkar. Gerçekten de 38 sayılı kanunun ilgili hükümünü iptal etmemekte kullandığı yöntemin aynısını bu kararda da kullanan Mahkeme, yine Anayasa'nın görüşme tutanaklarına gönderme yapmış, yurtdışından gelen yayınlara yönelik Bakanlar Kurulu'nun müdahale yetkisine dokunmamıştır.⁴⁶

Esen'e göre tarihsel yorum yönteminde hakim, gerçeği bir yana atar ve kendi kendine bir hayal cam-bazlığı içinde metnin yapılmasındaki genetik yaratılış özelliklerini araştırmaya gider, ona göre kurala anlam vermeye çalışır. Fakat bu faaliyet hukuksal gerçeği kavramaya, idrake yeterli bir araştırma olmaz. Zira,

46 Gerekçeli kararın görüşme tutanaklarına da atıf yapan bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 24 üncü maddesi dolayısıyla Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmelerin de konumuzu aydınlatması bakımından önemi vardır.

Gerçekten bu görüşmeler sırasında bir Temsilcinin, özet olarak (Türkiye'de mevcut mevzuata göre Bakanlar Kurulunun, zararlı saydığı yabancı kitap, dergi ve alelumum yabancı yayının yurda sokulmamasına karar verebildiğini, bu maddede yani 24 üncü maddede ve daha evvelki maddelerde, zararlı görülen yabancı yayının hakkında bir kayda rastlanmadığını, halbuki propagandanın modern dünyada geniş kitleler bakımından fevkalâde tesirli bir silâh olduğunu, bir takım felsefî telâkikleri ve hayat görüşlerini memleketimiz bakımından zararlı gördüğümüz için, bunları gaye bilen siyasi partilerin kurulmasına müsaade etmezken bunların propaganda yapmalarına imkân verecek bir kapının nasıl açık tutulabileceğini, bu sebeplere Bakanlar Kurulunun millî menfaatler mülahazasıyla yabancı bazı neşriyatı yurda sokmamaya karar verme yetkisinin nasıl saklı tutulduğunu) sorması üzerine Anayasa Komisyonu sözcüsü aynen (... arkadaşımız, yabancı memleketlerin yayınları üzerinde durdular ve bunların yurda girmesine mani olamayacak mıyız? dediler. Madde hükmü Türkiye'de çıkacak yayınlarla ilgilidir. Yurt dışındaki yayınlara ilgili hükümleri, Yüksek Heyetiniz tamamen kanuna bıraktı. Bunların Türkiye'ye girmesi her zaman men edilebilir.) yolundaki cevap vermiş ve bu açıklama üzerine madde oylanmıştır. (Temsilciler Meclisi Tutanaklar Dergisi Cilt:3 Sahife : 206-210)

Görülüyor ki Anayasamız bir prensip olarak, yabancı memleketlerde basılan ve yayınlanan eserlerle ilgili olarak (Temel Haklar ve Ödevler) arasında bir hüküm koymamış, bu konunun düzenlenmesini kanuna ve kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.

Anayasa'nın bu prensibi karşısında kanun koyucu, yabancı memleketlerde basılan gazete, dergi, kitap ve benzeri eserlerin yurdumza ne suretle ve hangi şartlar altında sokulabileceğini tâyin ederken ve bu hususta gerekli gördüğü yasakları koyarken Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlerini göz önünde bulundurmamak mecburiyetin de olmadığı gibi Anayasa'nın II inci maddesinde yazılı bulunan temel hakların ve hürriyetlerin özünü kanuna karşı dahi muhafaza eden kayıtlarla da bağlı değildir.

Bu itibarla Anayasa'nın temel hak ve hürriyetler arasında almadığı (Yabancı yayınlara yurda sokulması) konusuna ilişkin bir hükmün temel haklara ve hürriyetlere aykırı bulunduğu yolundaki iddiada isabet yoktur". Bkz. Ays. Mahk., E. 1963/170, K. 1963/178, 05/07/1963.

gerçekten soyut bir davranışla mesele ele alınmaya çalışılır⁴⁷. Oysa örneğin 1961 Anayasası'nın 8. maddesiyle⁴⁸ tespit edilmiş bulunan anayasanın üstünlüğü ilkesi kanun yapıcının iradesinin bağımsız olarak belirtilmesini zaruri kılar. Herkes anayasa hükümleriyle bağlı olduğuna göre kanunu yapmış olan merci mensubunun kanunun görüşülmesi sırasında öne sürdüğü fikirler Anayasa hükmüne tabi olup, Anayasa hükmünün bu fikirlere göre mana almaması gerekir⁴⁹. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi özellikle ilk dönem kararlarında meclis görüşmelerini temel almış ve adeta Anayasa hükümlerini meclislerde yapılan konuşmalar çerçevesinde yorumlamıştır⁵⁰. Kendisi ayrı bir yorum yöntemi geliştirmekten imtina etmiştir. Bir

47 ESEN, Bülent Nuri, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması - Bir İnceleme Özeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 9. Yine Esen'e göre hukuk kurallarını yorumlamada hakim, Türkiye'de daha çok pozitivist görüşlere göre hareket etmek alışkanlığındadır. Yorumlamak durumunda olduğu yazılı hukuk kurallarının metnini ele alır, metin üzerine eğilir, o metni tahlile girer ve bu tahlili yapabilmek için de, kanunun kanunlaşmazdan önce tasarısı veya teklif halinde iken parlamentoda, meclislerde görüşmelerinde ne gibi mütalaaların, düşüncelerin ileri sürüldüğünü araştırır, bunlardan bir aydınlanma umar. Bu, metne göre bir anlam araştırmasıdır. Bu yorumda hükmün uygulanacağı, yani hukuk kuralının konuluş nedenini teşkil eden maksada cevap vermek için ortaya çıkmış hadisenin ihtiyaç duyduğu uygulamaya konu olacağı gerçek ortam; daha doğrusu, gerçekliğin araştırılması söz konusu olmaz. Bkz. **Ibid.**, s. 8 - 9. Tarihsel yorum yöntemi ile ilgili olarak bkz. ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 186 - 188.

48 1961 Anayasasının 8. maddesi şöyledir:
"VII. Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı
MADDE 8.- Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.
Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır".

49 ESEN, 1966, s. 7.

50 Tanör'e göre "pozitif hukuk normunun, ya da normlarının yorumunda, "kanun koyucunun iradesi"nin araştırılmasına, ancak metnin ya da metinlerin lafzî yorumu mümkün değilse, ya da bu türlü bir yorum şüpheli ve yetersiz sonuçlara yol açıyorsa, başvurulmak gerekir. Yoksa, uygulama konusu metin açık ve kesin olması halinde, artık, kanun koyucunun iradesini araştırmak için hazırlık çalışmalarını incelemeye girişmek tamamiyle gereksiz ve sakat bir tutum olur. Kanun bu kadar açık olmamakla beraber, yetersiz de olsa belli bir hükmün çıkarılmasına elverişliyse, bu durumda da, hazırlık çalışmaları ancak, bu yorumlamaya ışık tutucu ya da metnin yorumundan çıkan sonucu doğrulayıcı, kuvvetlendirici bir rol oynayabilirler. Yoksa, kanun metnini yok saydırıcı bir güç kazanamazlar. Sadece, kanun metninin tamamiyle sustuğu, aksine, hazırlık çalışmalarının da çok yeterli olduğu durumlardadır ki, bu sonuncular böylesine yedek ve nisbî birer yorum aracı olmaktan çıkarak, başlıca ve kesin yorum aracı haline gelebilirler". Farklı kaynaklardan aktaran olarak bkz. TANÖR, 1969, s. 121 - 122.

bakıma Anayasa Mahkemesi ilk dönem kararlarında temel yorum yöntemi olarak tarihsel metodu kullanarak aslında bir tür kolaycılığa kaçmış, siyasi bir kararı kanun koyucunun -bir yönüyle de dönemin devlet aklının- zihniyetiyle çelişmeyecek bir biçimde, onun doğrularını gözetmek suretiyle vermiştir. Böylece siyasi erkin doğrularının aksi istikametinde bir karar vermesi halinde karşılaşılabileceği olumsuz eleştirilerden bir nebze de olsa sıyrılabilmeyi amaçlamıştır. .

Anayasa Mahkemesi'nin bunun yanında, kanun koyucunun ruhuna ve örneğin komisyon sözcüsünün sözlerine adeta kanun bünyesindenmiş gibi itibar gösterip kararlarında hiç sorgulamadan bunları esas almasında, yorum açısından tercih ettiği kolaycılığın yanı sıra 1924 Anayasasından kalma yasama yorumuna uyma alışkanlığının da önemli bir etkisinin olduğu belirtilmelidir⁵¹. Esen'e göre de Anayasa Mahkemesi, bu eski yasama yorumu usulüne bağlı kalarak 1961 Anayasası'nın getirdiği yeni sisteme ve yeniliklere uyamamıştı; bir başka ifadeyle Anayasa Mahkemesi'ni meydana getiren hakimler “yasama üstünlüğünü” kabule varacak bir davranışı tercih ederek⁵² politik niteliğe haiz konularda doğrudan etkin bir rol oynamaktan kaçınmışlardı. Bu kaçınma hukuk - politika ilişkileri bağlamında yargısal yorumun niteliği ve Mahkeme'nin bu konularla ilgili nasıl bir tavrı seçtiğini göstermesi bakımından da son derece fikir sağlayıcıdır.

3.2. Hak ve Özgürlüklerin Yorumlanması Üzerine Tartışmalar

1961 Anayasası bağlamında hak ve özgürlüklerin yorumu konusunda ilk göze çarpan düzenleme 11. maddedir. 11. maddede kamu yararı, genel ahlak, kamu

düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik olmak üzere beş sebebin sayıldığı görülür ve bu sebeplerle olsa dahi bir hakkın veya özgürlüğün özüne dokunulamayacağı belirtilir⁵³. Bu hükmün açık anlamı hiçbir gerekçeyle özgürlüklerin özüne dokunulamayacağıdır. Kanun koyucu bu iradesini ifade edebilmek için, özgürlüğün kayıtlanmasını gerektirecek sebepleri teşkil eden yukarıda sayılan beş durumun varlığı halinde dahi yapılacak olan herhangi bir sınırlamanın, hak ve özgürlüklerin özünü zedeleyebilecek şekilde yapılamayacağını özellikle belirtmektedir⁵⁴.

Hak ve özgürlüklerin özüne zarar verilmemesi demek kayıtlamanın özgürlüğü kullanılmaz hale sokmaması demektir. Örneğin yasak şeklinde kayıtlama hakkın kullanımını her surette önlemiş olduğundan öze dokunmaktadır⁵⁵. Keza bir özgürlüğün kullanılmasını aşırı derecede zorlaştırmak yoluyla da özgürlüğün özüne dokunulmuş olunmaktadır. Yine, bir özgürlükten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutmak, o özgürlüğü genel olarak kayıtlamak demek olacağından söz konusu özgürlüğün özüne dokunmak anlamına gelir⁵⁶. Özbudun'a göre de temel hak ve özgürlüklerin özünü, bütün özgürlükler için genel olarak tanımlamak mümkün olmasa da, genel düzeyde şunu söylemek mümkündür; “bir hak veya özgürlüğün özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir”⁵⁷.

Tanör'e göre ise düşünce özgürlüğünde özden anlaşılması gereken “genel” ve “ortaklaşa” bir kavram

51 1924 Anayasasında “teşriî tefsir” -yasama yorumu- kuralı vardı. Bir kanun hükmünün ne anlama geldiğini, bizzat kanunu yapan TBMM söyledi. Meclis görüşmelerinde ifade edilen “kanunu kim yaparsa onun manasını, mefhumunu, ruhunu ifade etmek de onun uhdesine terettüp eden (düşen) bir vazifedir” anlayışının bu kurumu oluşturduğu görülür. Bu durumun mahkemelerin yorum yetkisini kısıtladığı açıktır. Mahkemelerin yapmakta olduğu yorum “kazaî tefsir” denen başka bir yorum idi. Asıl geçerli olanı, teşriî tefsir idi. Zira tefsir, yasama organı tarafından yapıldı mı, kanun sanki değişmiş gibi olurdu. O güne kadar ki uygulanmasından farklı bir tefsir ise, yeni bir yola girilmiş olurdu. Bkz. ESEN, 1972, s. 18, TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1998, s. 300.

52 ESEN, 1972, s. 18 - 19.

53 11. maddede sayılan beş kavramın ayrıntılı bir incelemesi bkz. TANÖR, 1969, s. 131 - 153. Bu beş kavramın farklı Anayasa Mahkemesi kararlarında nasıl kullanıldığıyla ilgili olarak doğrudan Anayasa Mahkemesi kararlarını ele alan bir çalışma için bkz. AZGUR Fuad, **Anayasa Mahkemesinin Kararlarına Göre “Anayasa Nizamı”**, Başnur Matbaası, Ankara, 1969, s. 76 - 82.

54 ESEN, 1966, s. 51.

55 Örneğin 3008 sayılı İş Kanununun grev hakkını yasaklayıcı 72. maddesinin Anayasa'nın 47. maddesine aykırı olduğu ileri sürülen bir davada, Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümlerle grev hakkının mutlak olarak yasak edildiğinden hareket ederek her ne suretle olursa olsun grev hakkının kullanılmasının önlenmesi bulunmasını Anayasanın ilgili hükmüne aykırı bularak iptal etmiştir. Bkz. Ays. Mahk., E. 1962/280, K. 1963/51, 06/03/1963, (RG. 16/05/1963, s. 11404), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-051.htm>, 03/07/2009.

56 ESEN, 1966, s. 57.

57 ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 82.

değil, belli bir kişinin düşünce özgürlüğü ve onun “özü”dür. Bir faşist, bir Marksist ya da bir anarşist için düşünce özgürlüğü faşizmi, marksizmi ya da anarşizmi savunma özgürlüğüdür. Bu doktrinleri düşünce özgürlüğünün dışına çıkarmak ise, bu düşüncelere bağlı kimseleri düşünce özgürlüğünden yoksun bırakmak, onların düşünce özgürlüğünün özüne dokunmak demektir. 1961 Anayasası’nın 11/2’deki “öze dokunma hali”nin gerçekleşmesi için herkesin özgürlüğünün özüne dokunulması ya da bütün düşüncelerin ifadesinin yasaklanması gerekmez. Belli bir ideoloji savunucularının düşünce özgürlüğüne dokunmuş olmak da bu anlama gelir. Düşünce özgürlüğü, benimsenen ve savunulan düşüncenin kimliğinden, muhtevastan ve onu savunacak süjeden ayrı düşünülemez⁵⁸.

Düşünce özgürlüğüyle ilgili bu konu özellikle öğretilerde çokça tartışılmış ve iki farklı görüş oluşmuştur. Konuyu uzatmak pahasına da olsa bu iki farklı yaklaşıma kısaca değinmek gerekmektedir. Tartışmanın nedeninin 11. maddenin 2. fıkrasında sayılan beş sebepten kaynaklandığı görülür. Bu hükmün, her maddede belirtilen özel sınırlama sebeplerine ek bir genel sınırlama sebebi mi oluşturduğu, yoksa sadece anılan sebeplerle de olsa bir hak ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağını belirtmek amacıyla mı kaleme alındığı tartışmanın odak noktasını meydana getirir. Öğretilerde her iki görüşü savunan yazarlar vardır⁵⁹. Anayasa Mahkemesi ise, genellikle 11. maddenin 2. fıkrasına genel bir sınırlama sebebi anlamı vermişse de, bazı kararlarında belli hakların ancak, ilgili maddedeki sebeplerle sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Konunun pratik önemi daha çok, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ile hak arama özgürlüğü gibi Anayasa’nın ilgili maddelerinde hiçbir özel sınırlama sebebinden söz edilmemiş özgürlüklerden kaynaklanmaktadır⁶⁰. Bu nedenle bazı hukukçuların öğretilerde, Anayasa’da öngörülmemiş sebeplerle çeşitli hak ve özgürlükleri, bilhassa düşünce ve ifade özgürlüğünü bir şekilde kısıtlayabilmek için yeni yöntemler keşfetmeye çalıştıkları görülür.

58 TANÖR, 1969, s. 167 - 168. Düşünce özgürlüğünün içerik olarak sınırlı olduğunu savunan görüşlerin özgürlüklerin “özü” ile ilgili iki farklı yaklaşımı için bkz. *Ibid.*, s. 165 - 166.

59 Bu tartışma için ayrıca bkz. KORKUT, 1994, s. 30 - 33.

60 ÖZBUDUN, 1995, s. 76. Ayrıca bkz. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993, s. 210 - 212.

Oysa Tanör’ün de yerinde olarak tespit ettiği üzere belli bir özgürlüğün sınırlanma sebebi olarak konmuş istisnai kayıtların, ancak o özgürlüğün sınırlanmasında uygulanabileceği açıktır. Özel sınırlama sebebi gösterilmeyen bir özgürlüğü sınırlamak amacıyla, başka maddelerde mevcut sınırlama sebeplerini buraya aktarmak, aslında istisnai olması gereken sınırlayıcı düzenlemeleri genelleştirmek ve genel kaide haline getirmek olurdu. Bu durumda ise 1961 Anayasası’nın, her özgürlükle ilgili özel sınırlama sebeplerini o özgürlüğün düzenlendiği maddede ayrı bir itinayla belirtmesinin ve bazı özgürlükler için herhangi bir sınırlayıcı hüküm koymamış olmasının bir anlamı kalmazdı. O halde, nasıl özgürlüklerin kıyas yoluyla sınırlandırılması prensip olarak mümkün değilse, düşünce özgürlüğünün de, başka özgürlükleri sınırlayan maddelerden yapılacak aktarmalar yoluyla sınırlanması mümkün değildir⁶¹. Zaten böyle bir sınırlamaya gitmenin “istisna” olarak kabul edilmiş çeşitli özel durumları “genelleştirmek” gibi hem hukuk devleti hem insan hak ve özgürlükleri açısından çok tehlikeli olabilecek bir veçhete kaydırılabilmesi mümkündür. Bunun da, bireylerin devlet karşısındaki hukuksal güvenliğini tehdit edeceği aşikardır. Sonuç olarak “özel duruma” has olarak getirilen bir istisnanın, bütüne şamil olması kabul edilemez, zaten 1961 Anayasası’nda olmayan böyle bir düzenlemenin herhangi bir biçimde savunulması da mevcut hukukun daha geriye, baskıcı bir yapıya döndürülmesi istediğinden başka bir amaca hizmet etmemektedir.

1961 Anayasası bağlamında öne sürülen özel ve genel kısıtlama sebepleri tartışmasının en önemli nedeni, söz konusu tartışmanın taraflarından birinin özellikle düşünce özgürlüğünün kısıtlanması gerektiğini belirtmesine karşılık, diğerinin buna karşı çıkarak Anayasa’nın buna izin vermediği yönündeki görüşü ileri sürmesidir. Düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasına taraf olanların, ona bir sınır çizmeye çalışmaları göze çarpan ilk olgudur. Bunun için de sıklıkla tarihsel yorum metodu altında Anayasa’nın görüşülmesi sırasında tutulan tutanaklara gönderme yaptıkları görülür. Bilhassa Anayasa Mahkemesi’nin, çalışmada incelenen kararında da üzerinde durduğu “realist bir hürriyet anlayışı” ibaresi, düşünce özgürlüğünün sınırsız olmasına karşı çıkanlar tarafından

61 TANÖR, 1969, s. 127.

sürekli biçimde kendisine gönderme yapılan temel kavram olarak ortaya çıkar. Tanör'ün de belirttiği üzere “gerçekçi hürriyet anlayışı”, “militan demokrasi” ya da “demokrasi düşmanlarına hürriyet tanınamaz” kavramları, bu kavramların asıl kullanıldıkları ülkelerde (ABD, İtalya, Almanya) devlet düzenini, bu düzeni yıkacak “eylemlere” karşı korumak görevini yüklenmişlerdir. Dolayısıyla bu kavramların “düşünce özgürlüğünü” sınırlamak gibi bir amacı yoktur. Batı’da bu ideolojik düzenlemeler yoluyla yasaklanan, devlete ve rejime karşı girişilen “yıkıcı eylem”dir, yoksa “düşünce” değildir. “Hürriyet düşmanlarına hürriyet verilmez” ya da “hürriyeti boğma hürriyeti olmaz” denirken kastedilen, özgürlüğü, düşüncenin değil, sadece eylemin bozabileceği, dolayısıyla düşüncenin değil, eylemin bastırılması (tenkili) gerektiğidir⁶². Anayasanın özgürlükler sisteminin “gerçekçi” bir anlayış üzerine oturmuş bulunduğu söylenmek isteniyorsa, bu “gerçekçilik”ten, düşünce özgürlüğünü değil, siyasi örgütlenme özgürlüğünü kısıtlayan bir gerçekliği anlamak, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna daha uygun düşen bir yorumdur⁶³.

62 Oysa bu durumun, özellikle “hürriyeti yok etme hürriyeti” olmaz görüşünden güç alarak “sakıncalı” düşüncelerin yasaklanması için bir bahane olarak kullanıldığı görülür. Bu husus Anayasa Nizamını Koruma Kanunu Tasarısı hakkında 1969 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin kurduğu komisyon raporunda da açıkça vurgulanır. Tasarıda, “hürriyeti yok etme hürriyeti”nin olamayacağı gerekçesiyle düşünce ve ifade özgürlüğünün kısıtlanmaya çalışıldığı ve bunun için de İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’nin 30. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesine dayanıldığı görülür. Komisyon ise adı belirtilen ve kısıtlamaya dayanak oluşturulmak istenen bu iki belgede “faaliyet” ve “hareket” deyimlerinin kullanıldığının altını çizer. Oysa tasarı metninde getirilen hükümlerle, “hareket” değil “düşünce”, “fil” değil “fikir” cezalandırılmaktadır. Bkz. **Anayasa Nizamını Koruma Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Hukuk Fakültesi’nin Kurduğu Komisyon Raporu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 7.

63 TANÖR, 1969, s. 126. Güran’a göre 1961 Anayasası düşünce ve ifade özgürlüğüne özel bir önem vermiştir. Fakat Güran, Tanör’ün aksine sınırlı da olsa 1961 Anayasası’nın da düşünce ve ifade özgürlüğü alanında kısıtlamaya gittiği görüşündedir. Güran’a göre “61 Anayasası bakımından, ifade hürriyeti, ABD Federal Anayasasında olduğu gibi, düzenli demokratik Türk toplumunun kurulması, işlenmesi, gelişmesi, değişmesi ve bekasının yegâne temel şartı ve müessesesi olmaktadır. 61 Anayasasının, ifade hürriyeti ve ifade hareketine verdiği bu müstesna fonksiyon ve hayati önem, Anayasasının, ifade hürriyeti genel anlayışını da ortaya koymaktadır. Buna göre, Anayasa ifade hürriyetine diğer hak ve hürriyetlerden daha üstün, daha imtiyazlı bir mevki vermek, düzenli demokratik toplumda kabul edilebilecek en aşgari ve en zarurî sınırlamalarla yetinirken, en azami

Bu bağlamda ele alındığında düşünce ve ifade özgürlüğünün “gerçekçi hürriyet” anlayışına dayanılarak kısıtlanmaması yerinde olurdu.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının bir diğer boyutunu da hak ve özgürlüklerin sınırları konusu oluşturur. Aslında bu konu yukarıda bahsedilen genel sınırlama ve özel sınırlama tartışmalarının bir uzantısı niteliğinde olup doğrudan onlarla bağlantılıdır. Bu bakımdan bilhassa, komünist, faşist, saltnatçı, hilafetçi, şeriatçı, bölücü, bölgeci ve anti-laik düşünce ve kanaatlerin ifade edilip edilemeyeceği ile ilgilidir⁶⁴. Örneğin Kapani, 1961 Anayasası’nın koyduğu bazı özel sınırlama nedenlerinin, teorik açıdan özgürlükleri daraltıcı kayıtlamalar olarak görülebilirse de, bunları hür demokratik düzenin yaşamasını ve

serbestiyi tanımak zorundadır; ve, 61 Anayasası, böyle bir mevki vermiştir, sınırlamayla yetinmiştir. Yalnız bütün mesele, Anayasada mevcut sınırlayıcı hükümleri, Anayasanın ifade hürriyeti genel anlayışına uygun surette okumak ve uygulamaktır”. GÜRAN, Sait, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare’nin Yetkileri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969, s. 349 - 350.

64 Bkz. TANÖR, 1969, s. 99 - 101. Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye İşçi Partisi’nin TCK’nun 5844 sayılı kanunla değişik 141/1. ve 142/1. maddelerinin Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmeleri istemine verdiği red kararında kullandığı komünizmle ilgili ve komünizmin anayasaya aykırılığını belirttiği çeşitli ifadeler önemlidir. Mahkeme’ye göre; “*Millî sınır tanımayan ve özellikle Dünya ihtilâli iddiasında bulunan ihtilâlcî sosyalizm (komünizm) in yayılması tehlikeleri karşısında her devlet, kendi rejimini korumak ihtiyacını duymuş ve bu yüzden memleketimiz de sözü geçen 3038 sayılı Kanunla bu yöndeki boşluğu kapatmak istemiştir... Komünizm, cemiyetin içinde zümre tahakkümüni kurmak veya bir zümreyi kaldırmak isteyen bir fikir sistemi olduktan başka, cemiyetin iktisadî ve içtimai nizamlarını devirerek yerine kendi görüşüne uygun iktisadî ve içtimai bir nizam kurmayı tek gaye sayar. Bu sebeplerdir ki komünist cemiyetler maddenin ilk fıkrasına göre men ve zecredilmiş bulunurlar... Komünizmin; insan haklarına dayanan ve millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti niteliğini taşıyan Türkiye Cumhuriyeti ilkelerine aykırı bulunduğu bir gerçektir. Çünkü komünist doktrininin ana nitelikleri bakımından proletarya sınıfının hakimiyetini, mülkiyetin ortadan kaldırılmasını öngördüğü ve kendi sistemini desteklemeyen bütün temel hak ve hürriyetleri reddettiği, bilinen bir keyfiyettir. Böyle bir istemin ise, Anayasa ile bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenlerle komünist bir rejimin memleketimizde kurulmasını sağlamak maksadı ile sosyal bir sınıftan ortadan kaldırmaya veya memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal nizamlardan herhangi birini devirmeye matuf cemiyetleri (siyasî partiler dahil) her ne suret ve nam altında olursa olsun kurmaya tevessül etmeyi veya kurmayı veya bunların faaliyetlerini tanzim veya sevk ve idare etmeyi veya bu konularda propaganda yapmayı yasaklayan söz konusu hükümler de Anayasa’ya aykırı değildir”.* Bkz. Ays. Mahk., E. 1963/173, K. 1965/40, 26/09/1965, (RG. 25/07/1967, S. 12656), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/İPTALİTIRAZ/K1965/K1965-40.HTM>, 03/07/2009.

gelişebilmesini sağlamak amacını taşıyan hükümler olarak değerlendirilmenin daha doğru olacağını belirtir, özellikle laiklik ilkesini bu bağlamda ön plana çıkarır⁶⁵. Aldıkaçtı, 1961 Anayasası'nın, bireylerin hak ve özgürlüklerini -Atatürk devrimlerine bağlı kalarak ve tek parti düzeni kurmak isteyen diğer bir deyişle bireyin düşünce özgürlüğüne karşı olan görüş ve doktrinleri yasaklayarak- bireysel bir amaç olarak kabul edip gerçekleştirmeye ve teminat altına almaya çalıştığını belirtir⁶⁶. Her iki görüşün düşünce özgürlüğü yönünden bazı kısıtlamaları kabul ettiği görülür; bunun yanında öğretide, daha uç ve genişletilmiş bir biçimde düşünce özgürlüğünün kısıtlanması gerektiğini belirten görüşler de ortaya atılmıştır. Bilhassa bu görüşlerde, bir biçimde "sakıncalı" kabul edilen düşüncelerin -başta sosyalizm ve komünizm olmak üzere- ifade edilmesinin yasaklanması açıkça deklare edilmiştir⁶⁷. Oysa gerek yukarda Tanör'ün 1961 Anayasası bağlamında düşünce özgürlüğüne ilişkin özel bir kısıtlama bulunmamasına dayanarak geliştirdiği görüş gerekse hukuk devleti açısından olması gereken düşünülendiğinde, düşünce ve ifade özgürlüğünün önündeki engellerin kullanılacak yorum yöntemleri aracılığıyla kaldırılması yönünde bir temayülün hem Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek yargı mercileri hem de ilk derece mahkemeleri tarafından uygulama içerisinde gerçekleştirilebilmesi gerekirdi.

65 KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 125 - 126.

66 ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası (Ders Notları)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970, s. 151 - 152. Aldıkaçtı'nın hak ve özgürlükler konusunda daha tutucu bir tavrının olduğu dikkat çeker. Örneğin Aldıkaçtı'ya göre Anayasası'nın 11. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen bir hakkın veya özgürlüğün özüne dokunulamayacağına ilişkin hüküm "lüzumsuz bir tekrar"dır. Ona göre "Anayasa bir hak ve hürriyete kişinin sahip olduğunu belirttiğinden sonra, bu hak ve hürriyeti düzenlemek yetkisini verdiği yasama organı, tabiatıyla bu düzenleme sırasında hak ve hürriyeti ortadan kaldıracak sonuçlar ihdas edemez". Bkz. **Ibid.**, s. 153.

67 Bu bakımdan örneğin İsmet Giritli açıkça şeriatçılığın, din propagandasının, faşizmin, ırkçılığın, anarşinin, bölgeciliğin ve komünizmin düşünce suçu sayılması gerektiğini belirtir ve keza 1961 Anayasası'nın da böyle anlaşılması gerektiği iddiasındadır. Giritli'ye göre 1961 Anayasası "Faşist ve Komünist fikirlerin ve ideolojilerin yalnız teşkilatlanmasını değil, gerekirse açıklanma ve yayılmasının da önlenmesini öngördüğü inkar olunamaz. Bu itibarla diğer hürriyetler bakımından olduğu gibi fikir hürriyeti bakımından da Anayasamızın hiçbir kısıntıyı kabul etmediği değil, hürriyetin özünü tahrir edecek bir düzenlemeyi kabul etmediğini söylemek" doğru olur. Bkz. GİRİTLİ, İsmet, **Komünizm, Sosyalizm ve Anayasamız**, Ak Yayınları, İstanbul, 1969, s. 23 - 27.

Özellikle Anayasa Mahkemesi'nin geliştireceği içtihatlarla bunu daha ileri bir aşamaya götürerek hukuk devletinin kurumsallaşmasında önemli bir işlevi yerine getirmesi beklenirdi. Oysa uygulamada bu ilerlemeler tam olarak sağlanamadığı gibi, 1971 ve 1973 yıllarında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleriyle 1961 Anayasası'nın özgürlükler rejimi ciddi anlamda işlevsiz hale getirilmiş; varolan hak ve özgürlüklerin de kısıtlanması yoluna gidilmiştir.

4. Sonuç

Bu incelemenin gerçekleştirilmesine esin kaynağı olan ilgili Anayasa Mahkemesi kararı, yargısal yorumun niteliğine ilişkin bilhassa hukuk - politika ilişkileri eksenli bir tartışma açısından son derece ufuk açıcı niteliktedir. Bu inceleme kapsamında da 1961 Anayasasının getirdiği özgürlükler rejimi içerisinde, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında -düşünce özgürlüğüyle ilgili olarak- neden muhafazakar bir tutum takındığı aydınlatılmaya çalışılmıştır. İlgili kanunun, 1961 Anayasası'nın çeşitli maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle iptali istenen hükümlerinin taşıdığı politik anlamlar, Mahkeme'nin neden ilgili hükümleri iptal etmeme yönünde bir karar oluşturmaya yöneldiğini de anlamlandırmaktadır. Gerçekten bunun için, iptali istenen söz konusu kanun hükümlerine kısaca bir göz atmak yeterlidir. Anayasa Nizamını Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkındaki 05/03/1962 günlü ve 38 sayılı kanunda düzenlenen hükümlerin içeriğinin ve kanunun amacının 27 Mayıs darbesi aleyhinde propaganda yapılmasının ve DP iktidarı dönemi ile DP yöneticilerinin övülmesinin yasaklanması yönünde şekillendiği görülür. Bu özellikleriyle ilgili kanun, açık olarak politik niteliğe haiz bir düzenlemedir. Bir başka ifadeyle kanun koyucunun, bu kanun aracılığıyla hukuksal bir düzenlemeden ziyade politik bir düzenlemeyi hukuku kullanmak suretiyle gerçekleştirmeye çalıştığı görülür. Burada asıl önemli olan nokta ise, aynı zamanda incelemede de cevabı bulunmaya çalışılan temel soru, politik nitelikteki böyle bir kanunun, önüne gelen olay itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nce hangi kriterler esas alınarak yorumlandığı ve Anayasa Mahkemesi'nin politik bir yönelim içine düşüp düşmediği ile ilgilidir.

Sonuç olarak bu karar, Teziç'e göre de Anayasa Mahkemesi'nin politik değer yargıları taşıyan karar-

larından biri olarak, kanunda öngörülen fiillerin rejim açısından bir tehlike yaratıp yaratmadığını; kanunla alınan önlemlerin yerindeliliğini incelemiştir⁶⁸. Anayasa Mahkemesi'nin darbe öncesi ve sonrası dönem ile ilgili politik yöneliminin bir göstergesi olan karar, aynı zamanda politik erkin hukuk yaratıcı güç - kanun koyucu olarak hukuku yaratırken sergilediği politik taraflılığının Anayasa Mahkemesi'nce tescili/onaylanması manasına da gelmektedir. Bu yönüyle kararın hukukun teorik veçhesine izdüşümleri, ilk olarak hukukun tarafgirliğinin ve ideolojik karakterinin ön plana çıkmasında; ikinci olarak hukukun, uygulama aşamasında politik erkin sahipleriyle çatışma adına, gerektiğinde yorum sınırlarının da zorlamasıyla öngörülebilirliğinin/kesinliğinin ortandan kalkmasına sebebiyet vermesinde; bir başka ifadeyle hukuksal belirsizliğin⁶⁹ varlığına ilişkin tezleri gerekçelendirmesinde görülebilir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Makale ve Kitaplar

ALDIKAÇTI, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Geleşmesi ve 1961 Anayasası (Ders Notları)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1970.

Anayasa Nizamını Koruma Kanunu Tasarısı Hakkında Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kurduğu

68 TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 183.

69 Uygur'a göre "hukukun belirsiz olup olmadığı, bir yandan hukukun gerçekten var olup olmadığıyla ilgiliyken, diğer yandan da hukuk kuralları ile yargı kararları arasındaki ilişkiyle ilgilidir... hukuki belirsizlik kökenini Gadamer'de bulan bir ayırma dayanılarak ortaya konabilir. Bu ayırma, hukukun belirsizliği, ilk olarak hukuk metninin belirsiz olmasına dayanırken, ikinci olarak hukuk normunun somut davalara uygulanması sırasında norma verilecek anlam çerçevesinde ortaya çıkabilmektedir. Belirtilen çerçevede hukukun belirsizliği problemi, hukuki yorumlamayla ilgili olduğu kadar ... hukuki ödev ve hukuk devletin niteliği ve gerekleri ile de yakından ilgilidir. Bunun dışında, problemin temelini, hukukun bütünüyle belirsiz olup olmadığı ve bu çerçevede, yargıcın sahip olduğu hukuk yaratma ve takdir yetkilerinin hukuki sınırlamaya tabi bulunup bulunmadığının oluşturduğu belirtilebilir". UYGUR Gülriş, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, C.:51, S.:2, s. 1. Ayrıca Michael J. Perry, "Normative Indeterminacy and the Problem of Judicial Role", 1996, ostvgw2.epnet.com/ehost.asp?key=204.179.122.141_8000_1214702153&site=ehostreturn=y, (9.05.2002)'den aktaran **Idem**.

Komisyon Raporu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969.

ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

ARSEL, İlhan, **Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

AZGUR, Fuad, **Anayasa Mahkemesinin Kararlarına Göre "Anayasa Nizamı"**, Başnur Matbaası, Ankara, 1969.

ESEN, Bülent Nuri, **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması - Bir İnceleme Özeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.

ESEN, Bülent Nuri, **Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.

EVREN, Kenan, **Kenan Evren'in Anıları**, C. 1, Milliyet Yayınları, İstanbul, 1990.

GİRİTLİ, İsmet, **Komünizm, Sosyalizm ve Anayasamız**, Ak Yayınları, İstanbul, 1969.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

GÜRAN, Sait, **İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1969.

KAPANİ, Münici, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KORKUT, Yakup Levent, **Hukukta Çıkarım Ve Argümantasyon Teorileri Açısından Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramının Temellendirilişi**, Ankara, 1994, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 62. Birleşim, 03/03/1963.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

SANCAR, Mithat, "Sosyalist Parti'nin Kapatılması Üzerine Düşünceler" **"Devlet Aklı Kısılcacında Hukuk Devleti"**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.

SUNAY, Reyhan, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu [Yayımları], Ankara, 2003.

TANÖR, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1998.

TANÖR, Bülent, **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1969.

TANÖR, Bülent & YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 2005.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Beta Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 1996.

UYGUR Gülriz, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2002, C.:51, S.:2, (s. 1 - 18).

ÜNSAL, Artun, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (“Siyasal Sistem” Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul, 1993.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Ays. Mahk., E. 1962/280, K. 1963/51, 06/03/1963, (RG. 16/05/1963, S. 11404). <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-051.htm> , 03/07/2009.

Ays. Mahk., E.1963/16, K.1963/83, 08/04/1963, (RG. 09/07/1963, S. 11449). <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-083.htm> , 03/07/2009.

Ays. Mahk. E. 1963/17, K. 1963/84, 08/04/1963, (RG. 17/07/1963, S. 11456), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-084.htm> , 03/07/2009.

Ays. Mahk., E. 1963/25, K. 1963/87, 08/04/1963, (RG. 18/07/1963, S. 11457). <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-087.htm> , 03/07/2009.

Ays. Mahk., E. 1963/170, K. 1963/178, 05/07/1963, (RG. 04/11/1963, S. 11548). <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-178.htm>, 03/07/2009.

Ays. Mahk., E. 1963/173, K. 1965/40, 26/09/1965, (RG. 25/07/1967, S. 12656), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1965/K1965-40.HTM> , 03/07/2009.