

P L A N

SOVYET SOSYALİST CUMHURİYETLERİ BİRLİĞİ'NDE MİRAS HUKUKU

	Sahife
I. MİRAS HUKUKUNUN TARİHİ GELİŞİMİ	251
a. Birinci devre	251
b. İkinci devre	252
c. Üçüncü devre	252
d. Dördüncü devre	253
II. KİMLER MİRASÇI OLABİLİR?	255
a. Kanunî mirasçılar	256
b. İradî mirasçılar	256
III. MAHFUZ HİSSELİ MİRASÇILAR	257
BİBLİYOGRAFYA	259

ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN «KAPALILIK» VE «AÇIKLIK» KAVRAMLARI

Mümtaz SOYSAL

1961 Anayasasının yürürlüğe girişinden sonra en çok tartışılan konulardan biri de bu Anayasanın bazı doktrinlere, sistemlere, inançlara, tutumlara ve görüşlere «açıklığı» ya da «kapalılığı» oldu. Tartışmalar hâlâ da devam etmekte, zaman zaman belirli kavramlar çevresinde yoğunlaşmaktadır. Hiç şüphe yok, bu tartışmaların en yoğunlaştığı kavramlar, bazan ayrı ayrı ele alınan, bazan da hep aynı etiket altında birleştirilen marksizm, komünizm ve sosyalizm kavramları oluyor. Tabii, aynı tartışmaların lâiklik, demokrasi gibi kavramlara da kayması, Anayasanın bunları şu ya da bu biçimde anlayan tutumlara karşı açık veya kapalı olduğunun ileri sürülmesi mümkündür ve bu çeşit tartışmalara da rastlanmaktadır.

Bu yazının amacı, açıklık veya kapalılık konusunu belli ideolojiler bakımından ele almaksızın, doğrudan doğruya «açıklık» ve «kapalılık» kavramlarını aydınlatmağa çalışmak, daha doğrusu bu sözlerin anayasa hukuku bakımından *anlamsızlığını* ortaya koymaktır. Çok önem taşıyan bu noktada bir aydınlığa kavuşmadan, yani «Anayasanın açık ya da kapalı oluşu»yla belirtmek istenen hukuksal durumun anlamsızlığını göstermeden, sonu gelmez tartışmalara girmek, hele politik ve ekonomik doktrinler alanında bir kısır döngü olarak tekrarlanan belirli görüşlere saplanıp kalmak kaçınılmaz bir hal almaktadır. Onun içindir ki bu yazıda konu tamamıyla soyut olarak ve hafifce semantik yöne kayarak incelenecek, örneğin Anayasanın ne çeşit bir sosyalizme, ne türlü bir lâiklik anlayışına açık ya da kapalı olduğu şeklinde bir tartışmaya girilmeyecektir.¹

-
- (1) Anayasa Mahkemesince Türk Ceza Kanununun 141/1 ve 142/1 maddeleriyle ilgili olarak alınan ve Anayasanın «sosyalizme sınırsız olarak açık olmadığı»nı ifade eden 29 Eylül 1965 tarihli kararı tahlil etmek ancak böyle bir soyut tartışmadan sonra mümkün olacağı için, 25 Temmuz 1967 günü yayınlanan bu ünlü kararın incelenmesi ileride başka bir yazının konusu olacaktır.

«Anayasaya aykırılık» kavramı ile «Anayasanın kapalılığı» kavramı arasındaki başkalık da yine bu yazıda belirtilecektir.

Yorum Yöntemi

Herşeyden önce önemle belirtilmesi gereken bir nokta var. Anayasadaki temel ilkelerle ya da çeşitli maddelerle ilgili olarak girilen tartışmalarda çoğunlukla ileri sürülen ve ağırlık taşıdığına inanılan delillerin en önemlileri, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporundaki gerekçe ile yine aynı Komisyon sözcülerinin ve ya başka konuşucuların genel kuruldaki sözleri olmaktadır. Anayasa Mahkemesi de bu tutumun dışında kalmış sayılamaz. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçe bölümlerinde genellikle bunlara geniş yer verilmekte, yargıların ağırlık merkezinde bu satırlar ve sözler bulunmaktadır. Bir yasayı yapanların hangi düşüncelerle hareket ettiklerini, hangi amaçların etkisiyle davrandıklarını araştırıp belli bir sonuca varmağa çalışan ve genellikle «tarihsel yorum» diye adlandırılan bu yorum tarzına karşı doktrinde ileri sürülen belli eleştiriler burada tekrarlanacak değildir. Ancak, böyle bir yorum yöntemini özellikle 1961 Anayasası bakımından daha da sakat kılan bir noktayı belirtmeden geçmemek gerekir. Türk hukuk sistemindeki başka yasalardan farklı olarak, 1961 Anayasası, daha doğrusu «Türkiye Cumhuriyeti Anayasası» adıyla 20 Temmuz 1961 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmış olan «334 sayılı kanun», bir yasama organının, yâni bu durumda Kurucu Meclisin iradesiyle kesinleşip yasa haline gelmiş değildir. Kurucu Meclisin 27 Mayıs 1961 tarihinde kabul etmiş olduğu metne bir yasa niteliğini veren işlem 9 Temmuz 1961 tarihindeki halkoylamasıdır. Böyle olmasaydı, tarihsel yorum yönteminin başka yasalar bakımından da genellikle ileri sürülen sakıncalarıyla yetinmek ve «Kanuna ait tasarıların, hükûmet ve komisyon gerekçelerinin, meclis müzakere tutanaklarının tetkiki kıymetli bir direktiftir ... hâkim yorum yaparken bu malzemeden de faydalanabilir»² demek mümkün olabilirdi. Ancak, halkoylamasıyla ve hukuken halktaki kurucu gücün kendisini böylece doğrudan doğruya belirtmesiyle kesinleşen bir metnin anlamlandırılmasında, tarihsel yorumun geniş ölçüde kullanılması çok daha sakıncalı olmaktadır. Anayasa Mahkemesinin ve başka yorumcuların «lâfzî» yorum yöntemine daha fazla ağırlık vermeleri, daha doğrusu Anayasanın kendi içinden, kendi metninden belirli ve tutarlı bir sistem çıkarmağa çalışıp maddeleri de ona göre yorumla-

(2) Kemal Fikret Arık, **Hukukun Temel Müesseseleri**. Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1961, sf. 32.

mağa gitmeleri herhalde bu belgeyi canlı tutabilmek bakımından çok daha yaratıcı bir tutum olur.³

Halkoylamasıyla kesinleşmiş bir hukuk kuralında metnin kendisi büyük önem kazanmaktadır; çünkü, iradelerini bunun kesinleşmesine katmış olan kimseler, gerekçelerden, sözcü konuşmalarından ve önergelerden önce, hattâ çoğu zaman bunlardan hiç haberdar olmaksızın doğrudan doğruya kendilerine sunulmuş olan *metne* bakarak oy kullanmışlardır. Onun içindir ki 1961 Anayasasının yorumlanmasında ön plâna alınması gereken şey, metnin kendisi ve bu metinden çıkarılabilecek olan genel sistemdir. Çeşitli konularda komisyon sözcülerinin veya başka konuşmacıların «Anayasanın açıklığı ya da kapalılığı» bakımından şu veya bu şekilde konuşmuş olmaları, böyle bir açıklık ve kapalılık sonucuna varmak şöyle dursun, «açıklık» ve «kapalılık» kavramlarının anlamlılığine bile delil olarak ileri sürülemez.

Türlü Anlamlar

Kavramların tartışılmasına geçmeden önce, bunları ileri sürenlerin genellikle neyi ifade etmek istediklerini saptamak gerekir. Bu bakımdan birbirinden ayrı üç kategori gözüküyor :

1) «Anayasa falanca doktrine, sisteme, inanca, tutuma veya görüşe kapalıdır» diyenlerin pek az da olsa bir kısmı, Anayasanın buna uymadığını, bunu yansıtmadığını, «bu olmadığını» söylemek istiyorlar. Örneğin «Anayasa faşizme kapalıdır» denildiği zaman, bazılarının kastettikleri şey «Anayasa faşist bir anayasa değildir» oluyor. Aynı sözle ifade edilmek istenen buna yakın bir düşünce de şu: «o doktrin veya sistemi bu Anayasa çerçevesinde uygulamak ve gerçekleştirmek olanağı yoktur».

-
- (3) Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesinin Anayasaya aykırı yasalara hükümsüz sayabilmek yetkisini elde edebilmek için bile böyle bir yorum yolu izlediğini unutmamak gerekir. Mahkemenin kendi anlayışına göre yorumlayışıyla bu yetkiye sahip çıkışını sağlayan ünlü «*Marbury v. Madison*» dâvasının metni için, bakınız: Robert B. McKay, **An American Constitutional Law Reader**. Docket Series Volume 12, New York City, Oceana Publications, 1958, sf. 13-20. Yüce Mahkeme bu kararında, önce kendi yargısıyla ortaya bir ilke koyduktan sonra, «Birleşik Devletler Anayasasının bu konudaki ifade tarzı da ilkeyi doğrulamakta ve güçlendirmektedir» (the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle) diyor. Böyle bir tutumla, gerekçelerden ve sözcü konuşmalarından hareket edip ilkelere varma şeklindeki tutum arasında ne derece büyük bir fark olduğu âşikârdır.

2) Biraz daha yaygın olan bir başka tutumda ise, kapalılık, «Anayasanın falanca doktrinden, sistemden, inançtan, tutumdan veya görüşten doğan düşüncelerin açıklanmasına, ortaya konmasına ve yayılmasına elverişli olmadığı»nı ifade etmektedir. Bu bakımdan «Anayasa komünizme kapalıdır» diyenlerin bir kısmı, «Anayasanın getirmiş olduğu özgürlükler sistemi komünist düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasına müsaade etmez» demek istemektedirler.

3) Çok daha genel olan bir tutuma göre, Anayasanın kapalılığı, falanca doktrine, sisteme, inanca ve görüşe dayanan, bunun öngördüğü düzeni gerçekleştirmeğe yönelen eylemleri önlemek anlamına gelmektedir. Aslında burada da birbirinden ayrı iki şey kastediliyor. Örneğin, «Anayasa sosyalizme kapalıdır» denildiği zaman, hem «Anayasa, sosyalist amaçları gerçekleştirmeğe yönelmiş bir partinin kurulmasına ve çalışmasına engeldir» denilmek isteniyor, hem de «bu Anayasa kendi içindeki normal değiştirme mekanizmasından faydalanılarak sosyalist bir anayasa hâline getirilemez» düşüncesi ifade edilmeğe çalışılıyor.

Bütün bu tutumları açıklığa kavuşturmak, daha doğrusu «kapalılık» veya «açıklık» kavramlarının o durumlar bakımından nasıl anlamsızlaştığını göstermek için değişik kullanışları biraz daha yakından incelemekte fayda var.

Olmamak ve Kapalı Olmak

Anayasanın renksiz, boş bir kutu olduğunu söylemek ve belli bir çerçeveye içinde her sisteme eşit uygulama olanağı sağladığını ileri sürmek maddelerin ortaya koyduğu gerçeklere aykırı düşer. Anayasanın elbette ideolojik bir rengi vardır ve bu renk Türk toplumunun belli bir döneminde, o toplum içinde karşılaşan, bir araya gelen ve dengeleşen güçlerin ideolojik ortalamasını yansıtmaktadır. Bu ortalamanın ne olduğunu araştırmak ve Anayasanın ideolojisiindeki özellikleri belirtmek bu yazının amaçları dışına çıkar. Yalnız, muhakkak olan birşey varsa, o da Anayasanın Temsilciler Meclisi genel kurulunda görüşülmesi sırasında, Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından söylenen «Anayasa, demokrasi ve hürriyet rejimi ile, hukuk devleti prensipleri ile bağdaşabilen bütün iktisat sistemleri ve iktisadi plân ve programlar karşısında tarafsız kalmalıdır»⁴ sözünün Anayasaya «renksiz» diyebilmek için yeterli sayılmaması gerektiğidir.

(4) **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, Cilt 4, sf. 420.

Anayasanın bir ideolojik renk taşıdığını kabul ettikten sonra, «Anayasanın tarafsızlığı» kavramı, onun kendi rengi dışındaki ideolojik tutumlara göre değişen «nisbî» bir kavram olmaktadır. Başka bir deyimle, kendisi belli bir ideolojik görüş taşıyan Anayasa, bu şekliyle, elbette başka görüşlere açıklanma, yayınlanma, örgütlenme ve gerçekleşme bakımlarından değişik ölçülerde bir «rahatlık» sağlayabilecektir. Anayasanın ideolojik rengini yapan ve aslında belli bir andaki toplum güçlerinin belli koşullar içinde gerçekleşmiş dengesini yansıtan özellikler ayrı ayrı maddelerin meydana getirdikleri belli bir bütünden çıkmaktadır. İşte, bu bütünün ne olduğunu tanımlamak ve «Anayasanın ideolojisi budur» demek başka şeydir, Anayasanın bu ideolojiden farklı ideolojilere «kapalı» olduğunu söylemek başka şey. Ortada, açıkça, «olmamak» ve «kapalı olmak» kavramlarının bir tutulmasından ileri gelen bir karıştırma vardır. Kabul etmek gerekir ki bu karışıklığın yaratılmasında, Anayasanın «renksizliği»nden, «ideolojisizliği»nden bahseden ve yapılış sırasında taktik nedenlerle sık sık tekrarlanmış olan sözlerin büyük etkisi olmuştur. Çoğunlukla, bu sözlerin politika ve hukuk bilimlerindeki yeni gelişmelerle çelişir durumda oldukları gözden kaçmıştır. Hukuksal kuruluşlarla toplumların içerdiği güçler arasındaki ilişkiler konusu, yalnız marksizmin üzerinde durduğu bir konu olmaktan çoktan çıkmıştır. Kaldı ki 1961 Anayasası özellikle «Temel Haklar ve Ödevler» başlığını taşıyan İkinci Kısımında bir «program anayasası» olmak niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. Çeşitli maddelerin belli dozajlarla meydana getirdikleri o bütün, Anayasasının rengini, programını ve ideolojisini vermektedir. «Anayasanın kapalılığı»ndan sözedendenlerin bir kısmını yanıltan nokta, Anayasayı «renksiz, boş bir kutu» olarak düşünmek ve aslında Anayasanın kendi ideolojisiyle başka ideolojik tutumlar arasında normal olarak gözüken başlıkları «kapalılık» kavramıyla ifade etmek oluyor. Böyle bir tutumun, mantiken, ilk bakışta Anayasa «çerçevesinde»ymiş gibi gözüken görüşleri bile «Anayasa dışı» bıraktığı düşünülmemektedir. Gerçekten, eğer Anayasa belli maddelerin belli dozajlarla biraraya gelmesinden doğan bir bütünse, bu anlayışa göre «Anayasa kapalılığı»yla karşılaşmak istemeyenlerin, birey ya da kuruluş olarak, aynı dozajlarla aynı bütünü tekrarlamaları gerekecektir; aksi takdirde ortaya koydukları tutum Anayasadaki bütünden «farklı» olan ve dolayısıyla, yine bu anlayışa göre, Anayasanın «kapalı» olduğu bir tutum olacaktır. Demek ki böyle durumlarda, «kapalılık» yerine doğru olarak asıl kullanılması gereken söz, «Anayasanın ideolojisi bu ideolojiden farklıdır» sözü olabilir.

«Anayasanın kapalılığı», «belli bir doktrin veya sistemi bu

Anayasa çerçevesinde uygulamak ve gerçekleştirmek olanağı yoktur» anlamına kullanıldığı zaman biraz daha tutarlılık kazanıyor. Kendisi belli bir ideolojik bütün teşkil eden Anayasanın, bu bütünden farklı başka bütünler için değişik ölçülerde bir «rahatlık» sağlayabileceği daha önce belirtilmişti. Özellikle uygulama ve gerçekleştirme alanında bu noktanın büyük önem kazandığı muhakkak. İdeolojisi sağa yatkın bir anayasa çerçevesinde iş görme durumunda kalan sağ ve sol tutumlu partilerin aynı «rahatlık»la çalışabileceklerini soyut olarak iddia etmek mümkün değil. Tabii bu rahatlığın sınırları ve özellikle «Anayasaya aykırı» yasa çıkarmak ya da işlemde bulunmak «riziko»su, çeşitli yargı organlarının ve en başta Anayasa Mahkemesinin yapacağı yorumlara bağlı kalacaktır. Renksiz olmayan bir anayasanın kendisinininkinden farklı renklere değişik ölçülerde rahatlık sağlamasını normal karşılamak gerekir. Belki, «iktisadî ve sosyal amaçlara ulaşma ödevlerini ... iktisadî gelişme ile malî kaynakların yeterliği»ne bağlayan 53. madde, Anayasadan doğabilecek bu rahatsızlıkları bir ölçüde hafifletmeğe çalışan bir madde olarak yorumlanabilir.

Burada asıl üzerinde durulması gereken nokta, söz konusu «rahatlık - rahatsızlık», «elverişlilik - elverişsizlik» kavramları yerine «açıklık - kapalılık» kavramlarını kullanmanın doğru olup olmıyacağıdır. Anayasanın belli bir ideolojinin uygulanmasına ve gerçekleşmesine elverişli olmaması, «hiç» elverişli olamayacağı anlamına gelir mi? Bu noktada «kapalılık» kavramı «değişebilirlik» kavramıyla açıkça çatışma hâlinindedir. «Kapalılık» kavramının ilk akla getirdiği anlam, «değişmeye kapalılık» oluyor: bir çeşit, «içe kapalılık» ve «donup kalış». Oysa Anayasa, kendi değişmesinin anahtarını da 155. maddeyle yine kendisi veriyor. Bu bakımdan denebilir ki, Anayasa, 9. maddeyle belirtilen yasaklama dışında, yâni «devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değiştirilmezliği» ötesinde her türlü değişikliğe «açık»tır.⁵ Böyle olunca, «Anayasanın falanca doktrine, sisteme veya tutuma kapalı» olduğu şeklindeki sözler bu açıklık karşısında gelecek bakımından bir anlam taşımamakta, olsa olsa Anayasanın bugünkü şeklinde beliren bir engellemeyi, bir elverişsizliği ifade etmektedir. Belli bir ideoloji açısından Anayasada görülebilecek uygulama ve gerçekleştirme engelle-

(5) Hattâ, önce 155. madde yoluyla 9. maddenin değiştirilebileceği, sonra da cumhuriyet ilkesinin kaldırılmasına geçilebileceği söylenir ama, bu yapıldığı zaman işlemin artık «hukuk canbazlığı» sınırlarını da aşacağı ve «Anayasanın değiştirilmesi» değil, doğrudan doğruya «kaldırılması» anlamına geleceği muhakkaktır; zira bu takdirde bir «Türkiye Cumhuriyeti Anayasası»ndan söz edilemeyecektir.

rini ortadan kaldırmayı istemenin ve bu yolda eyleme geçmenin nasıl bir «kapalılık» iddiasıyla karşılaşabileceği de aşağıda ayrıca gözden geçirilecektir. Bu aşamada ele alınan durum, daha çok iktidar sahiplerini ilgilendirmekte ve hukuken «Anayasaya aykırılık» durumlarını kapsamaktadır. Hukuk açısından, Anayasaya aykırı yasaların çıkarılması ve işlemlerin yapılmasıyla Anayasaya aykırı görüşlerin ortaya konması, yayılması ve bunlar çevresinde eylem için örgütleniş arasında aşağıda görüleceği üzere önemli ayrılıklar vardır.

Düşünce Özgürlüğü ve Anayasanın Kapalılığı

«Kapalılık»tan söz edildiği zaman Anayasanın belli bir ideolojik görüşü açıklamaya ve yaymaya elverişli olmadığı, bu alanda bir özgürlüğe müsaade etmediği kastediliyorsa, sorun, herşeyden önce, düşünce özgürlüğü, hattâ Anayasadaki genel özgürlükler sistemi bakımından tam bir berraklığa varmayı gerektirir. Oysa, 1961 Anayasasındaki özgürlükler sisteminin bu konuyla çok yakından ilgili olan önemli bir yönü bakımından, yâni özgürlüklerin kısıtlanmasında uyulması gereken genel ilkeler açısından henüz sağlamca yerleşen bir anlayışa varılmış değildir.

Özgürlüklerin sınırlanması konusunda çok yaygın olan ve Anayasa Mahkemesince de benimsenmiş olan⁶ görüş, Anayasada «temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir» diyen 11. maddenin 1. fıkrasını belli bir şekilde yorumlayıştan ileri gelmektedir. Bu yorum tarzına göre, *bütün* temel hak ve özgürlükler «sınırlanabilir»; ancak, bu sınırlamanın *kanunla* yapılması şarttır. Bununla birlikte, sınırlamayı getiren kanun, 11. maddenin 2. fıkrası gereğince, «kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunamaz».

Bu yorum tarzının geniş ölçüde Temsilciler Meclisi'ndeki görüşmelerin etkisinde kaldığı muhakkak. Gerçekten bu görüşmeler sırasında, fıkranın «Temel hak ve hürriyetler ancak Anayasanın açıkça kabul ettiği hallerde ve gösterdiği sebeplere dayanılarak kanunla sınırlanabilir» şeklinde değiştirilmesini isteyen bir önerge oya konulup reddedilmektedir. Öte yandan, Anayasa Komisyonu sözcüsü de yukarıdakinden farklı bir yorum yapılmasına imkân vere-

(6) Anayasa Mahkemesinin bu konudaki genel tutumunun tahlili için, bakınız: Bülent Nuri Esen, **Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 206, 1966, sf. 49-69.

cek sözler söylememektedir. ⁷ Oysa, böyle bir yoruma tam anlamıyla hak verebilmek için fıkranın şu şekilde yazılması gerekirdi : «Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.» Madde bu şekilde ifade edilmemiş olduğu sürece şöyle bir yorum, Anayasanın özgürlükler konusundaki genel sistemiyle daha tutarlı olmaktadır : «Temel bir hak ve özgürlüğün sınırlanmasına *gidildiği zaman*, daha doğrusu Anayasa böyle bir sınırlamaya *cevaz vermişse*, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması ve kanunla yapılması gerekir.

Bu yorum, Anayasanın kendisinden çıkan ve tam bir tutarlılık gösteren başka bir ilkeyle tamamlanınca daha anlamlı olmaktadır. O ilke de şu : «bir hakkın veya özgürlüğün sınırlanabilmesi için, o hakla ilgili Anayasa maddesinde sınırlamadan söz edilmiş olması ve eğer o madde bu sınırlayışın amaçlarını da belirtmişse, kanunla yapılacak sınırlamanın bu amaçlardan başka amaçlara dayanmaması gerekir». Gerçekten, haklar ve özgürlüklerle ilgili maddelerin çok büyük bir çoğunluğunda ayrıca ve teker teker «kanunla sınırlanabilir» deyiminin geçmesi bu yorumu doğrulamaktadır. Daha önce sözü edilen yorum doğru olsaydı, 11. maddenin 1. fıkrasını yeterli saymak ve bu deymi her madde dolayısıyla tekrarlamamak gerekirdi.

Böyle olunca, kendileriyle ilgili maddelerde herhangi bir «kanunla sınırlama» sözünün edilmediği «düşünce özgürlüğü» ile «bilim ve sanat özgürlüğü» nün ⁸ kanunla da olsa hiçbir sınırlama kabul etmeyen özgürlükler olduğunu teslim etmek gerekir. Düşünce, bilim ve sanat özgürlüklerinin başka birçok özgürlüğe de temellik eden, onları yaratan, onların herhangibir anlam taşımamasını sağlayan özgürlükler olduğu düşünülünce, sınırsızlık bu özgürlüklerin niteliğine de uygun düşmektedir. Tabiatı gereğince sınır tanımayan insan düşüncesini anayasa veya yasa maddeleriyle sınırlamaya girişmek ister istemez suniliklere götürmektedir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi ve Türkiye'deki hukukçuların büyük çoğunluğu düşünce, bilim ve sanat özgürlüklerinin sınırlanamıyacağı» yolunda-

-
- (7) Bu maddeyle ilgili görüşmelerin bütünü için, bakınız: Kâzım Öztürk, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası** (İzahlı, gerekçeli, anabelgeli ve maddelere göre tasnifli bütün tutanakları ile). Ankara, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966, Cilt II, sf. 1239 - 1258.
- (8) Herkesin «Bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma» hakkından bahseden 21. maddede «kanunla düzenleme» deymi ancak «özel okulların bağlı olduğu esaslar» dolayısıyla geçmektedir.

ki görüşü benimsemiş değillerdir.⁹ Tabii, Temsilciler Meclisi'ndeki anayasa görüşmeleri sırasında «hürriyeti imha edici fikirlerin ifadesini düşünce özgürlüğünün kapsamı içinde saymamak» şeklindeki görüşün gerek komisyon sözcüleri, gerekse başka konuşucular tarafından sık sık tekrarlanmış olması bu yorumlamada büyük ölçüde rol oynamaktadır.¹⁰

Anayasanın açıklığı veya kapalılığı tartışmalarıyla ilgili olarak, düşünce özgürlüğünün sınırlanabileceği yolundaki tezden hareket edildiği zaman varılacak çelişmeli bir durumu da belirtmek gere-

- (9) 16, 17 ve 18 Nisan 1968 tarihlerinde «Düşünce hürriyeti, muhtevası bakımından sınırlı mıdır?», «Kamu yararına uygunluk siyasi tercih meselesidir» ve «Şekil ve usul yönünden düzenleme yapılabilir» başlıklarıyla Cumhuriyet gazetesinde yayınlanan ve sağlam bir mantık silsilesine dayanarak düşünce özgürlüğünün sınırsızlığını savunan yazı serisinde Bülent Tanör, sınırlılık görüşünü ileri süren hukukçuları şöyle sıralıyor: Hüseyin Nail Kubalı, **Anayasa hukukunun genel esasları ve siyasi rejimler**, İstanbul, 1966, sf. 144-145; Münci Kapani, **Kamu hürriyetleri**, Ankara, 1964, sf. 101-102, Sulhi Dönmezer, «Düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırı», **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt XXIX, sayı 3, sf. 761 ve devamı. Aynı yazar, buna karşılık Kubalı ve Kapani'nin başka bazı yazılarında «düşünce özgürlüğünün kutsallığı»na işaret ettiklerini, Çetin Özek'in de sınırsızlık tezini savunduğunu («Düşünce hürriyeti açısından 141, 142. maddeler», **Ant**, sayı 32-33.) belirtiyor. Sınırsızlık tezinin üniversite çevrelerindeki savunucuları arasına, Cumhuriyet gazetesindeki yazılarından sonra Bülent Tanör'ü ve onunla birlikte şu yazarları katmak gerekir: Bahri Savcı **Hürriyetler Üzerine Düşünceler**, Ankara, 1968, sf. 1-13; Mümtaz Soysal, **Anayasaya Giriş**, Ankara, 1968, sf. 186-187. İlhan Arsel'in **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları** kitabında (Ankara, 1962, sf. 465), sınırlılık tezini savunan görüşün özeti verilmektedir.
- (10) Burada, «düşünce suçu»yla «kamu düzenini yıkma» suçu arasındaki sınırdan, daha doğrusu bir düşüncenin hangi durumda **somut olarak** «yıkıcı eyleme dâvet» sayılabileceğinden söz edilecek değildir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadarki kararlarıyla örneğin Amerika Birleşik Devletleri Yüce Mahkemesinin geliştirmiş olduğu kavramlara benzer, anlamlı kıstaslar geliştirememiş olduğunu belirtmek gerekir. Türkiye bakımından da elverişli olabilecek bu kıstaslar için şu eserlere bakılabilir: Walter Gellhorn, **American Rights: The Constitution in Action**. New York, The Macmillan Company, 1960, sf. 41-95; Glendon A. Schubert, **Constitutional Politics**. New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1964, sf. 521-551; Harold J. Berman, (edit.) **Talks on American Law** adlı kitapta, Roger Fisher «The Constitutional Right of Freedom of Speech», New York, Vintage Books, 1961, sf. 85-98; Robert B. McKay, **An American Constitutional Law Reader**, Docket Series Volume 12, New York City, Oceana Publications, 1958, sf. 172-201; Edwin S. Newman, **The Freedom Reader**. Docket Series Volume 2, New York City, Oceana Publications, 1963 (revised second edition), sf. 35-86.

kir. Bu tez kabul edilir edilmez ortaya çıkan sorun, kayıtlamanın sınırları sorunudur. Genellikle kabul edilen görüş, bu sınırları Anayasayla kurulmuş olan özgürlükler ve haklar bütününden geçirmek oluyor. Bir düşünce bu bütünün dışına çıkmaktaysa, örneğin lâiklik, mülkiyet veya çalışma özgürlüğü konusunda Anayasadakinden farklı bir anlayış getiriyorsa, «Anayasanın dışında» sayılmakta, dolayısıyla Anayasanın bu düşünceye «kapalı» olduğu söylenmektedir. Oysa, 1961 Anayasası gibi, «kişi»nin hakları ve ödevleri ile «ekonomik» hakları ve ödevleri bir araya getiren bir anayasada, kişi haklarının başında sayılması gereken düşünce özgürlüğünün belli bir ekonomik ve sosyal haklar sistemiyle yanyana bulunuşu, bu özgürlük bakımından önemli birtakım sonuçlara varılmasını zorunlu kılar. Ekonomik ve sosyal haklar sistemi, «kazanılmış» ve Anayasayla «tescil edilmiş» bir bütün olarak, ekonomik ve sosyal konularda, dolayısıyla ideolojilerde, düşünce özgürlüğünün sınırını veya, daha anlaşılır bir terimle, «tavanını» teşkil edemez. Bu ekonomik ve sosyal haklar sistemi, olsa olsa, kendinden öteye doğru düşünce özgürlüğünün *kullanılmağa başlanacağı* bir «taban» olabilir. Bu tabanın «altında», yani Anayasanın kurmuş olduğu ekonomik ve sosyal haklar bütünü «içinde düşünmek» bir «özgürlükten faydalanmak» demek değildir. Düşünce, bu sistemin dışına çıkmağa başladığı andan itibaren bir «özgürlüğün koruyuşu»na muhtaç olmaktadır. Sistemin berisi zaten Anayasayla güvence altına alınmıştır ve güvence altında bulunan bir alanda düşünce «özgürlüğü»nden söz etmek anlamsızlaşmaktadır. Demek ki, Anayasanın kendisi, olsa olsa, bir alt-sınırı, düşünce özgürlüğünün başlangıç noktalarını çizmektedir. Açıklık, Anayasanın çerçevesinde «bitmiyor», Anayasanın çerçevesinden itibaren «başlıyor». Bu açıdan bakıldığı zaman, Anayasanın falanca düşünceye «kapalı» olduğunu söylemek kadar saçma birşey olamaz.

Eyleme Kapalılık

«Anayasanın kapalılığı» kavramının en çok kullanıldığı durum, parti programları ve faaliyetleri söz konusu olduğu zaman ortaya çıkmaktadır. Buradaki kapalılık sorunu, «Anayasanın belli bir doktrin veya sistemi uygulamaya elverişli olmadığı» kastedildiği zaman ortaya çıkan sorundan farklı. Daha doğrusu, bu, o durumun hemen arkasından gelen bir sorun olmaktadır: Anayasa, kendi çerçevesinde uygulanması imkânsız bir ideolojiyi savunan, onu gerçekleştirmek amacıyla çalışmak isteyen bir partinin faaliyetlerini önler mi, önlemeli midir? İşte, birinci soruya, yâni Anayasanın bir doktrin veya sistemi uygulamaya elverişli olup olmadığı sorusuna olumsuz

cevap verenlerin, bir parti faaliyetiyle ilgili olarak «Anayasa kapalıdır» sonucuna sıçradıkları nokta bu olmaktadır. Konu, aslında, bu çeşit karıştırmalara tahammül edemeyecek kadar önemlidir ve yalnız Siyasî Partiler Kanunu gibi yasaların geçerliği değil, Türkiye'deki politik hayatın «ikiyüzlülüğten kurtarılması» da bunun çözümlenmesine bağlıdır.

Anayasanın ideolojisine, Anayasanın ortaya koymuş olduğu haklar ve özgürlükler sistemine uymayan parti programları ve faaliyetleri bakımından hemen akla gelen madde, «Siyasî Haklar ve Ödevler» bölümündeki 57. maddedir. Bu maddenin 1. fıkrası, siyasî partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri bakımından şu «uygunluk» zorunluluklarını getirmektedir :

- a) insan hak ve hürriyetleri
- b) demokratik cumhuriyet ilkesi
- c) lâik cumhuriyet ilkesi
- d) devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği.

Herşeyden, önce, burada, Anayasanın kendi sistemi içindeki çok ender çelişmelerden birini incelemek gerekir. Anayasa, bir yandan 155. ve 9. maddelerin ortaya koyduğu kurallar sistemi yoluyla «devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm» dışında bütün hükümlerinin «değişebilirliği»ni kabul etmektedir, hem de 57. maddede, parti tüzükleri, programları ve faaliyetleri bakımından bu hükmün dışına taşan başka kısıtlamalar getirmektedir. Böyle olunca, ya 155. ve 9. maddelerle ortaya konan «değişebilirlik» ilkesinin aslında çok daha başka sınırlamalara tâbi olduğunu kabul etmek gerekir, ya da parti tüzüklerinde, programlarında ve faaliyetlerinde belli bir noktaya kadar bir «ikiyüzlülüğün» sürüp gitmesine katlanmak zorunluluğu vardır. Şöyle ki, 155. maddedeki çoğunluk koşullarına erişinceye kadar bu sınırlamalara uyan veya uyar gözüken bir parti, bu çoğunluklara kavuşur kavuşmaz 57. maddedeki yasaklamaların da ötesine geçen Anayasa değişikliklerini yapabilecektir.

Bu çelişmeyi, bir ölçüye kadar, Anayasa sisteminin «kendi kendini koruma içgüdüsi»yle izah etmek ve başka anayasalardan örnekler verip özellikle sık sık yapıldığı gibi Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasasındaki 21. maddeden söz etmek mümkündür. Kaldı ki, «insan hak ve hürriyetleri, demokratik ve lâik cumhuriyet ilkesi ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği» gibi kavramlar sınırları pek kesinlikle belli olmayan ve çok geniş bir şekilde de yorumlanabilecek olan kavramlar. Örneğin, «insan hak ve hürriyet-

leri» kavramını, bunları tam anlamıyla gerçekleştirmeyi amaç edinmiş türlü doktriner tutumları da kapsayacak bir genişlikte almak ve Anayasayla konmuş «haklar ve ödevler» sistemini «insan hak ve hürriyetleri»nin salt karşılığı olarak düşünmemek pekâlâ mümkündür. 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen «İnsan Hakları Evrensel Bildirisi»nin ideolojileri ve dünya görüşleri tamamiyle değişik devletler tarafından imzalanmış olması, klâsik demokrasi savunucularıyla birlikte marksist özgürlük anlayışına bağlı olanların da bunu desteklemiş bulunmaları böyle bir yorumlayışın doğruluğu yönünde en sağlam delil sayılabilir. Bunun gibi, «demokrasi» «lâiklik» ve «bölünmezlik» kavramları da, aynı ölçüde olmasa bile, yine hayli geniş yorumlara elverişli kavramlar. Anayasa Mahkemesinin zaman zaman bu konularda yapacağı yorumların ve varacağı içtihatların bile, tarihsel sürecin diyalektiği içinde türlü değişmeler geçirebileceğini kabul etmek gerekir. Bu bakımdan, yetkili yargı organının sağlam olarak ortaya koyduğu (o da ancak tarihsel sürecin belli bir ânu için geçerli olan) yorumlamalar ve tanımlamalar olmadan şu veya bu yönde bir kapalılıktan söz etmek, Anayasa içindeki bir çelişmeyi daha da abartmak, Anayasayı tutarsız hâle getirmek olur.

Bu konuda asıl büyük tehlike, 13 Temmuz 1965 tarihli ve 648 sayılı *Siyasî Partiler Kanunu* dolayısıyla ortaya çıkıyor. Bu yasa, görünürde Anayasanın 57. maddesindeki yasaklamalara bir açıklık getirmek amacını güderken, aslında 25 maddelik (83 ilâ 107. maddeler) uzun bir liste hâlinde yeni yasaklar da koymaktadır. Bu yasakların neler olduğunu gözden geçirmek ve herbiri üzerinde ayrı ayrı durmak yazı konusunun dışına çıkmak olur. Ancak, genel olarak, yasaklamalardaki temel tutumun ne olduğunu şöyle özetlemek mümkündür: Siyasî Partiler Kanunu, yasaklamalar bakımından, 57. maddede sayılmış olan temel ilkelerle «ilişkili» gözükken başka anayasa ilkelerini alıp sıralamaktadır. İlk bakışta, ulusal egemenliğin kullanılışıyla ve sultanlık ünvanlarıyla ilgili yasaklamaları «cumhuriyet» ilkesinin korunmasına bağlamak, Anayasanın 153. ve 154. maddelerine aykırı tutumların yasaklanmasını «lâiklik» ilkesinin savunulmasıyla bağlantılı saymak —hayli zorlamayla da olsa— mümkün görülebilir ama, 27 Mayıs «yapılması gerekli olmayan veya haksız veya gayrimeşru bir hareket olarak göstermek amacını gütmek» gibi bazı yasaklamaların ortaya yeni bir «sınırlama tutumu» çıkardıkları muhakkaktır. O tutum da şu: 57. madde dışında da olsa «Anayasanın temeli ve sistemi bakımından önemli görülen» bazı ilkeleri almak ve bunları siyasî partilerin tüzükleri, program-

ları ve faaliyetleri bakımından konacak yasaklamaların başlangıcı olarak kabul etmek. Böyle bir tutum, Siyasî Partiler Kanunundaki uzun yasaklamalar listesinde açıkça kendini gösteriyor.

Öyle anlaşıyor ki Siyasî Partiler Kanununu yapanlar ve şimdiye kadarki yorumlayışları dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, «anayasa aykırılık»la «anayasa çerçevesi dışına çıkmak» kavramlarını birbirine karıştırmaktadırlar. Bir görüş, bir ideoloji, bir tutum, bir temel karar, bir tercih «Anayasaya aykırı» olabilir ve eğer bir «yasa konusu» hâline gelmişse Anayasa Mahkemesince «iptal» edilir. Fakat aynı görüş, ideoloji, temel karar veya tercih bir düşünce ve hattâ bir parti programı hâline geldiği zaman, ortada, iptal kararına dayanak olabilecek bir «aykırılık» değil, bir «anayasa çerçevesi dışına çıkış» var demektir. «Kapalılık»tan sözedebilmek için bu «çıkışın önlenmesi» mümkün olmalıdır. Oysa, bu çıkışı önlemek bakımından ancak 57. maddeyle konmuş bazı sınırlamalar vardır ve bunlar da, aslında, birer sınırlama sayılamıyacak kadar geniş kavramlardır veya, Anayasanın «değişebilirlik» ilkesine tutarlılık vermek için öyle yorumlanmaları gerekir.

Somut bir örnek üzerinde durmak konuya biraz daha açıklık getirebilir. «Çiftçinin topraklandırılması, ormanların devletleştirilmesi ve iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlarıyla kamulaştırılan» toprak bedellerinin ödenmesini onbir yıllık bir takside bağlayan herhangi bir yasa, «Anayasaya aykırılık» durumu yaratmaktadır ve iptal edilecektir; çünkü, Anayasadaki 38. maddenin 2. fıkrası «ödeme süresinin on yılı aşamıyacağını» belirtiyor. Fakat, bu çeşit ödemelerin «yüz yıllık bir süre»ye bağlanmasını isteyen, hattâ bu gibi durumlarda hiç ödeme yapılmamasını savunan bir parti, olsa olsa, Anayasanın hükümleri dışına çıkıyor ve yeterli çoğunlukla iş başına geldiği zaman Anayasa hükümlerini değiştireceğini ileri sürüyor, demektir. Bu gibi bir durumda 57. maddedeki yasaklamaların kapsamına düşülüp düşülmediği, mülkiyet hakkıyla ilgili durumun ne olduğu, hattâ «öz» tartışmasına girilip girilemeyeceği, Anayasanın kendi içindeki «haklar ve ödevler» sistemine göre çözümlenemeyecektir; çünkü 57. madde, «Anayasadaki» haklar ve özgürlüklerden değil, «insan» haklarından ve özgürlüklerinden söz etmiş, konunun, kendi sistemi dışında, evrensel bir düzeyde, bütün teorilerin ve ideolojilerin ışığında değerlendirilmesini mümkün kılmak istemiştir. Bir adım daha öteye giderek denebilir ki, bu noktalardaki «evrensel» veya «uluslararası» bildiriler veya belgeler bile Anayasa Mahkemesi bakımından sınırlayıcı sayılamaz; Anayasa Mahkemesi, «insan hak ve

özgürlükleri» kavramı konusunda yapacağı yorum bakımından, Anayasanın, ve evrensel veya uluslararası belgelerin de ötesinde tam bir «açıklık»la karşı karşıyadır.

Görüldüğü gibi, burada «kapalılık» kavramı yalnız siyasî partiler bakımından değil, genellikle «Anayasaya göre» yorumda bulunması gereken Anayasa Mahkemesi bakımından da anlamsızlaşmaktadır. Onun içindir ki, bu derece elverişsizleşen ve anlamsızlaşan bir kavramı hukuk dilinden tamamiyle çıkarıp «Anayasa falanca ideolojiye kapalılık» gibi sözlere son vermek gerekir. Bunun yerine daha kesin terimlerle konuşmak ve her durumda ne kastedildiğini açıkça belirtmek yoluna gidilmelidir. Bunu yapmamakta direnmek, sorunların açık çözümlere kavuşmasından kaçınmak olur.