

## İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme

### An Essay on the Rules for All Rights and Freedoms in the Universal Declaration of Human Rights

Fazıl SAĞLAM\* 

#### Öz

Yargısal uygulaması olmayan Bildirge, daha çok bir metin yorumu olarak anlaşılmaya elverişlidir. İçinde bulunduğumuz koşullardan geriye bakarak Bildirge'yi objektif yorum anlayışı ile okumak, Bildirge'nin benimsediği insanlık idealini kapsayıcı ve ileriye ışık tutucu sonuçlara ulaştırabilir. Bu çerçevede Bildirge, böyle bir ideali yansıtırken, diğer ulusal ve uluslararası belgeler, bunun yalnızca belli aşamalarla ulaşılabilmüş bir kesitini verebilmektedir. Klasik hak ve özgürlüklerle sosyal hakların bir sentezini oluşturan, dolayısıyla insan haklarının bütünlüğünü yansıtan Bildirge, 28. maddesiyle tüm hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesini, kişinin özgürleştirilmesini amaçlamakta, bunun için toplumsal ve uluslararası bir düzenin kurulmasını öngörmekte ve bu düzenin sağlanmasını kişilerin subjektif bir hakkı olarak formüle etmektedir. Buna bağlı olarak anayasalarda daha çok devlet ödevi olarak formüle edilmiş olan sosyal hakların “ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla” gerçekleşmesini de subjektif bir hak olarak düzenlenmiştir. Böylece devletlere aktif bir yükümlülük getirirken, gelişmiş ülkelere de önemli bir sorumluluk yüklemiştir. Bu çerçevede yapılacak somutlaşmanın “her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı” olması ise, bu kaynakların sosyal öncelikli alanlara yönlendirilmesi anlamına gelmektedir. Bildirge'de yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında belirleyici amaç, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi” ile demokratik bir toplumun standartlarına uygunluğun sağlanmasıdır. Ayrıca, sayılan nedenler “haklı gerek” ölçütüne bağlı kılınmış, “genel refahın haklı gereklerinin karşılanması” gibi sosyal ağırlıklı bir amaçla da dengelenmiştir. Bu çerçevede sınırlama amaç ve nedenleri, ancak sınırlamaya elverişli hak ve özgürlükler açısından geçerli olabilir. Evrensel Bildirge'nin 30. maddesi, “mücadeleci demokrasi” kavramının bir ifadesi olup, ancak zorunlu durumlarda son çare olarak başvurulacak önlemlere cevaz vermektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Bildirge'nin yorumlanma, özgürleştirme, hakların sınırlanması, hakların bütünlüğü, mücadeleci demokrasi

\* Prof. Dr., Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: fazil.saglam@gedik.edu.tr

## Abstract

The Declaration, that is not a convenient document to be applied in judicial practice, has been understood in a manner of textual interpretation. Reading the Declaration with an understanding of objective interpretation while looking backwards in time, enables us to come to a conclusion where we understand the Declaration encapsulates the ideals of humanity and sheds light towards future. In this context, while the Declaration reflects such an ideal, the other national and international instruments have been presenting only a partial representation of such an ideal with differing levels. The Declaration reflects the human rights as a whole and represents a synthesis of classical rights and freedoms and social rights. In this respect, in its Article 28, it aims at materializing all human rights and freedoms fully, envisions the establishment of an international social order and formulates that establishment of such an order is a subjective right of persons. In this regard, it regulates the social rights as a subjective right that can be achieved through “national effort and international cooperation”, although social rights are in majority regarded as a duty of state in various constitutions. Thus, the Declaration envisions an active duty on states and in particular, puts a significant responsibility on developed countries. The requirement that materialization of such duties is to be “proportional to the organization and resources of each state” means resources should be directed towards the needs, which presents social priority. The decisive purpose in limiting the rights and freedoms in the Declaration is “duly recognizing and respecting the rights and freedoms of others” and providing compliance to the standards of a democratic society. Furthermore, the aforementioned reasons are bounded to the criterion of the “reasonable necessity” and balanced against a socially-weighted purpose such as “meeting of the reasonable necessities of general well-being”. In this context, the purpose and the reasons for limitation can only be applied to the rights and freedoms that can be restricted. Article 30 of the Universal Declaration is an expression of the concept of “combative democracy” which permits applicable measures that can only be resorted in necessary situations as last resorts.

**Keywords:** The Universal Declaration of Human Rights, the interpretation of the Declaration, liberalization, the limitation of rights, the integrity of rights, the combative democracy.

## I. GİRİŞ: İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ'YLE İLGİLİ GENEL GÖZLEMLER

### A. ÇALIŞMANIN BAŞLANGICI

Bu yazının ilk taslağı, İbrahim Kaboğlu'nun başkanlığında Anayasa-Der üyelerinden oluşturulan bir çalışma grubunun hazırlamaya başladığı “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Şerhi*” için yazılmıştı. Aslında Bildirge'nin her maddesini hazırlama sorumluluğu, bir ya da iki gönüllü arkadaş tarafından üstlenilmişti. İbrahim Kaboğlu ve ben, somut bir maddenin sorumluluğunu almadan tüm çalışmalara katkıda bulunma eğilimindeydik. Yöntem üzerinde yaptığımız tartışmalarda değişik perspektifler ortaya çıktı. Bu farklılıklarda nasıl uyum sağlanacağı üzerinde düşünüldü. Biraz önce sözünü ettiğim ilk metni, savunduğum yöntem anlayışına en uygun düşen maddeler üzerinde somutlaştırmak ve bunu bir model olarak çalışma arkadaşlarıma göstermek istedim. Bildirge'nin tüm hak ve özgürlüklere ilişkin temel ilkeleri içeren 28, 29 ve 30. maddeleri, bu amaca uygun düşüyordu. Gerçi Bildirge'nin Başlangıç Bölümü ile 1. maddesi de tüm hak ve özgürlükleri kapsayan genel yaklaşımın bir ifadesiydi<sup>1</sup>. Ama bunlar daha çok Bildirge'nin genel felsefesini ve

1 Bu konuda yakında yayımlanacak olan Şerh'de Bülent YÜCEL ve İlker Gökhan ŞEN tarafından hazırlanan açıklamalara bakılabilir.

ideolojik temelini yansıtmaktaydı. Bu nedenle ağırlığı 28, 29 ve 30. maddelere vermek istedim. Ayrıca sosyal haklara yönelik olan 22. maddenin ikinci yan cümlesi de savunduğum anlayışın bir başka boyutunu yansıtmaya elverişliydi. Bu açıdan bu yan cümlenin de belli bir ölçüde işlenmesi gerekiyordu.

Bu metni hazırlayıp çalışma arkadaşlarıma gönderdim. Bazı geri dönüşler aldım da metnin Şerh içinde nasıl kullanılacağı belirsiz kaldı. Genel eğilim, metnin giriş bölümünde işlenmesiydi.

Bu arada genç yaşta kaybettiğimiz değerli dostum ve meslektaşım Ferit Hakan BAYKAL için bir Armağan çıkarılacağı haberini aldım. Hazırladığım metni, gerek biçim ve gerekse içerik yönünden şerh formatından makale formatına dönüştürmenin, değerli dostumun anısına uygun düşecek bir katkı olacağını düşündüm. Ama bunun için Şerh'in eşgüdümünü üstlenen arkadaşlardan izin almam gerekiyordu. Bu konuda kolaylık gösterdikleri için kendilerine teşekkür ediyorum.

## **B. BİLDİRGE<sup>2</sup> İLE İLGİLİ GENEL GÖZLEMLER**

1. Bildirge'nin en önemli özelliği, "**klasik hak ve özgürlüklerle sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin bir sentezi**"ni gerçekleştirmiş olmasıdır. Bildirge'nin bu yönüyle insan haklarına ilişkin evrensel belgeler arasında belki de tek örnek oluşturduğu ve **insan haklarının bütünlüğünü** yansıttığı söylenebilir.
2. Evrensel Bildirge, hukuksal açıdan **bağlayıcı nitelik taşımayan bir belgedir**. Hukuki bir yaptırıma sahip kılınmamıştır. Dolayısıyla hak ve özgürlükleri koruma düzeni ile ilgili bir modele sahip değildir. Etkisini evrensel düzeyde yarattığı benimsenme yoğunluğu ile sağlamaktadır. Bununla birlikte Bildirge'yi "**uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri**" olarak görmek, hukuksal açıdan dolaylı bir bağlayıcı etki yaratabiliyor. Kuşkusuz bunda Bildirge'nin manevi (moral) değeri ve siyasal etkisinin de önemli bir payı var.
3. Bütün bunlar Bildirge için hazırlanacak bir şerh açısından pek de elverişli olmayan özellikler olarak kendini gösteriyor. Hukukta şerhler, daha çok uygulaması olan hukuk dalları için geliştirilmiş bir yazın kaynağıdır. Bu nedenle Bildirge için yapılacak bir şerh, ister istemez **uygulamadan kopuk, metnin yorumu ile sınırlı** bir özellik taşıyacaktır. Ama bu da küçümsenecek bir özellik değildir. Metnin yorumunda Bildirge'nin ilân edildiği zaman kuşkusuz önemlidir. Çünkü belli bir dönemin insanlık idealini yansıtmaktadır. Ama **asıl yorum süreci, içinde bulunduğumuz yer ve zamanın koşullarınca** belirlenir. Başka bir deyişle bugünden geriye bakış özelliği taşır.

2 Yaygın kullanımı dolayısıyla "Bildirge" terimini tercih ettik. Oysa Bildirge'nin, metinde esas aldığımız çevirisinde "Bildiri" terimi kullanılmaktadır. Bu çeviri Münci KAPANI'nın hazırladığı özel çeviridir. KAPANI bu çeviriyi "*İngilizce ve Fransızca asıllarını karşılaştırarak –ve eldeki eski metinlerden de yararlanarak – günümüz Türkçesiyle*" hazırladığını belirtmektedir. Bkz. Münci KAPANI, İnsan Haklarının Evrensel Boyutları, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1991, s. 141 vd. Aynı çeviri Rona AYBAY'ın TBB İnsan Hakları Merkezi için hazırladığı kitapçıkta da esas alınmış, ama AYBAY, çeviri ile tutarlı olarak "Bildiri" terimini tercih etmiştir, bkz. Rona AYBAY, **Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, TBB Yayını, Ankara 2006.

### **C. BİLDİRGE'NİN SOMUT BELGELERE YANSIMASI**

Böyle bir bakış açısı, sonraki gelişme aşamalarına göre uluslararası ve ulusal düzeyde gerçekleştirilmiş olan somut anayasal belgelerden ve insan hakları alanında uluslararası hukukta evrensel ve bölgesel düzeyde sağlanmış olan somut gelişmelerden de beslenebilir. Örneklemek gerekirse:

#### **1. Uluslararası Düzeyde**

Bildirge'nin hakların bütünlüğüne ilişkin idealine, 10 Aralık 2008'de bir adım daha yaklaşıldığını görebiliyoruz. Bu tarihte BM Genel Kurulu'nun kabul ettiği seçimlik protokole göre, protokolü onaylayacak olan devletler, vatandaşlarına BM İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Komisyonu önünde kendi devletine karşı başvuruda bulunma hakkı tanımaktadır. Böylece bu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle, **klasik haklarla sosyal haklar arasında** uluslararası düzeyde bir **denge** sağlanmış olacaktır. Ama henüz bu aşamaya gelinmiş değildir. Bildirge açısından baktığımızda, bunun belki de gecikmiş bir adım olduğunu görebiliyoruz. Çünkü İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, **haklar arasında bir hiyerarşi öngörmemiş**, tam aksine sosyal hakları klasik haklarla eşdeğerde benimsemiştir. **Bu bütünlüğü gözden kaçırmadan**, bir yandan Bildirge'yi evrensel düzeyde somutlaştıran **"İkiz Sözleşmeler"**lerle<sup>3</sup> ilgili uygulamaları, diğer yandan Bildirge'yi bölgesel düzeyde somutlaştıran AİHS ile AİHM uygulamasını gözönünde tutmak da gerekli olacaktır.

#### **2. Ulusal Düzeyde**

Öte yandan Bildirge'nin 1961 ve 1982 Anayasaları'ndaki yansımaları da gözönünde tutulmalıdır. Bildirge'de yer alan klasik hakların büyük bir çoğunluğu 1961 ve 1982 Anayasaları'nda da yer almıştır. Ancak özellikle 1982 Anayasası açısından bu alanın Bildirge'ye göre dar tutulduğu ve/veya sınırlama olanaklarının artırıldığı söylenebilir.

Ayrıca, **ulusal anayasalarda bulunmayan bazı haklara Bildirge'de yer verildiği görülmektedir**. Örneğin **serbestçe dolaşım ve yerleşme hakkı** (m.13/1) ile **sığınma hakkı** (m. 14) bu niteliktedir. Bugün AB'ye kabul sürecimiz tamamlanmış olsa bile, bu üyeliğin serbest dolaşım hakkını sağlamayacak biçimde düzenleneceğinin önceden belirlenmiş olduğu<sup>4</sup> göz önünde tutulursa, Avrupa düzeyinde, Bildirge'nin ne kadar gerisinde kalındığını görmek mümkün olur.

Bildirge'nin **ülkemizdeki** asıl etkisini **sosyal haklar** alanında gösterdiğini görebiliyoruz.<sup>5</sup>

3 Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.

4 Yakın zamanlarda Avrupa ülkeleriyle ilişkilerde gündeme gelen "serbest dolaşım olanağı", Suriye'den Avrupaya yönelik göç zorlamasını önleme amacıyla TC Vatandaşları için vaadedilmiş, ama gerçekleşmesi adeta olanaksız koşullara bağlanmış bir "ödün" izlenimini uyandırmaktadır. Bu ödünün vaadedilen hakkın kullanılmasından çok kısıtlanması yönünde olacağına kuşku yoktur.

5 Bu bölümdeki açıklamalarda, 06. 11. 2008 tarihinde Maltepe Üniversitesinde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, – AİHS'den farklı olarak – sosyal haklara da yer vermiştir. Bildirge'nin 22. ve 28. maddeleri arasında: **sosyal güvenlik hakkı, çalışma ve işsizlikten korunma hakkı, sendika özgürlüğü, ücretli tatil, dinlenme ve eğlenme hakkı, sağlık hakkı, öğrenim ve eğitim görme hakkı** da yer almaktadır. **Bugünden geriye** baktığımızda, bunlar, **oldukça ileri** bir düzeyi yansıtmaktadır. Özellikle bu hakların **devlet ödevi olarak değil de, birer subjektif hak** olarak formüle edilmiş olmaları son derece ilginçtir. Bilindiği üzere, yürürlükteki **Anayasamızda** ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, **daha çok devlet ödevi** olarak düzenlenmiştir. Bir başka ilginç nokta, **Bildirge'de yer alan sosyal hakların, Anayasamızda da subjektif kamu hakkı olarak düzenlenmiş olmasıdır.** Bu özellik, 1961 ve dolayısıyla 1982 Anayasalarımızın hazırlanmasında **İHEB'nin doğrudan etkili** olduğunu gösteriyor<sup>6</sup>.

Ancak hemen belirtelim ki bu etkide önemli bir **vurgu farkı** var. Şimdiki anayasa düzenimizde özellikle sosyal güvenlik, çalışma, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama ve eğitim ve öğrenim haklarının gerçekleşmesi, daha çok devlet ödevlerinin hakkıyla yerine getirilmesi ile mümkün olabiliyor. Anayasamız da buna uygun olarak düzenlenmiş. Dolayısıyla bu hakların **subjektif hak** niteliğinin, – kuramsal ve dogmatik önemi saklı kalmak üzere-, uygulamada **biçimsel düzeyi** aşabildiği söylemek gerçekçi olmaz.

Buna karşılık Anayasa'nın özellikle 51, 53 ve 54. maddelerinde yer alan sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları, “kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan bir işte çalıştırılmaması” (AY m. 50/1), ücretli izin hakkı (AY m. 50/3) ve “kimsenin eğitim ve öğrenim haklarından yoksun bırakılmaması” (AY m. 42/1) gibi haklar **devletin olumlu bir edimi olmadan da** kullanılması mümkün olan haklardandır.<sup>7</sup> Bu haklar, devlet ödevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili kurala (yani 65. maddeye) tâbi olmadığı gibi, bunların KHK'lerle düzenlenmesi de mümkün değildir.<sup>8</sup> Yürürlükteki anayasal düzende KHK'lerin yerini alan “cumhurbaşkanlığı kararnameleleri” için de aynı şey geçerlidir.<sup>9</sup>

Bildirge'deki haklardan “**işsizlikten korunma hakkı**” ise, ancak 2001 AY Değişikliği ile birlikte “**işsizleri korumak**” formülü ile bir **devlet ödevi olarak** Anayasamıza girebilmiştir (AY m. 49/2).

Anayasamızdaki iktisadi, sosyal ve kültürel haklar, **nicelik** (sayısal) olarak Bildirge'ye göre daha geniştir. Ancak **nitelik olarak aynı genişliği sağladığı kuşkuludur.** Tabii bunda ulusal düzeyde

60. Yıldönümü dolayısıyla düzenlenmiş bulunan “HEPİMİZ İÇİN ONUR VE ADALET” ana başlıklı sempozyuma, tarafımdan sunulmuş olan “**İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin BM'de Kabulününün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar**” başlıklı tebliğden geniş ölçüde yararlanılmıştır. Adı geçen tebliğin metni Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi'nce yayımlanmış olup, künyesi şöyledir: “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60 Yılında İnsan Hakarı*”, Maltepe Üniversitesi Yayını No: 42, 2011/1, s.113 – 119.

6 Eğitim ve öğrenim hakkı (AY m. 42/1), çalışma hakkı (AY m. 49/1), dinlenme ve ücretli izin hakkı (AY m. 50/3 ve 4) sendika hakkı (AY m. 51/1), “dengeli bir çevre ve yaşam hakkı ile bağlantılı olarak” sağlık hakkı ( 56/1) sosyal güvenlik hakkı (Ay m. 60) bu etkinin yansımalarıdır.

7 Bunun gibi parasız ilköğrenim hakkı (AY m. 42/ 5) da devlet edimini zorunlu kılması bakımından bu kapsamda sayılabilir.

8 Fazıl SAĞLAM, “**Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları – Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğacak Sorunlar**”: **Anayasa Yargısı** 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 4, Ankara 1984, s. 268 vd.

9 Ayrıntılar için bkz. Fazıl SAĞLAM, “**Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü**” (Baskı için Anayasa Hukuku Dergisi 2018/2'ye sunuldu).

1982 Anayasası'nın **sendikal hakların kapsamını geriletmesi, lokavtı** bir anayasal hak olarak tanınması ve buna paralel olarak **uluslararası düzeyde küreselleşme ideolojisiyle birlikte gelen** ve Anayasa Mahkemesi'ni de etkileyen "**sosyal duyarsızlaşma**" da önemli bir rol oynamıştır<sup>10</sup>.

**3. Ara sonuç** olarak şunu söyleyebiliriz. Bildirge, anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerini ve insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşma ve sözleşmeleri derinden etkilemiştir. Ama bunlardan hiçbiri Evrensel Bildirge'nin amaçladığı boyuta ulaşamamıştır. Bu nedenle denilebilir ki Bildirge, bir insanlık idealini yansıtırken, diğer ulusal ve uluslararası belgeler, bunun yalnızca belli aşamalarla ulaşılabilmiş bir kesitini verebilmektedir.<sup>11</sup>

## II. GENEL İLKELERİ İÇEREN MADDELERİN İNCELENMESİ

### A. 28. MADDE İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR

**Madde 28:** *Herkesin, bu Bildiride yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak toplumsal ve uluslararası bir düzene hakkı vardır.*

**28. madde**, bir çeşit "**özgürleştirme**" çağrısıdır. Bildirge'de yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak toplumsal ve uluslararası bir düzenin kurulmasını amaçlamaktadır. Bildirge'nin temel özelliğine koşut olarak bu madde de sübjektif hak olarak formüle edilmiştir. Bu hakkı daha iyi kavrayabilmek için 28. madde metnini, sözel ve sistematik yorum kurallarına uygun olarak 22. maddenin 2. yan cümlesi ve 29. maddenin ilk fıkrası ile bir arada ele almak gerekir.

22. maddeye göre "*Herkesin toplumun bir üyesi olarak ... onuru ve kişiliğinin, serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesine de hakkı vardır.*"

Anayasamızdaki ekonomik, sosyal ve kültürel hakların önemli bir bölümü devletin olumlu bir edimi olmaksızın hak sahibi tarafından hukuksal yönden ve/veya fiilen kullanılması mümkün olmayan haklardan oluşmaktadır. Bu **ödevlerin yerine getirilmesi ile ilgili temel kural ise, Anayasa'nın 65. maddesinde** düzenlenmiştir. Bu madde, ülkemiz uygulamasında daha çok **sınırlayıcı bir anlamda** kullanılmıştır. Oysa yakından incelendiğinde, bu maddenin **aynı zamanda düzenleyici işleve de sahip olduğunu** kabul etmek gerekir.<sup>12</sup> İşte bugünden geriye baktığımızda düzenleyici işlevin, İHEB'nin 22. maddesinde ön plana çıkarıldığını görebiliyoruz. Bu maddenin 2. yan cümlesine göre:

10 Bu konuda bkz. Fazıl SAĞLAM, "**Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma**": Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.752 – 771 (SAĞLAM 2008).

11 İnsan hakları kavramı açısından karşı. Fazıl SAĞLAM, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Lefkoşa 2013 (SAĞLAM 2013), s. 273 vd, Mümtaz SOYSAL, **Anayasa'nın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Ankara 1997, s. 55.

12 SAĞLAM 2013, s. 336 vd; SAĞLAM 2008, s. 758 – 761.

- Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar “herkesin, onur ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gereklidir.
- Bu hakların **ulusal çaba** ve **uluslararası işbirliği yoluyla** ve **her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesi** herkesin hakkıdır.

Görülüyor ki Bildirge’de, Anayasamızın 65. maddesine karşılık gelen kural bile sübjektif bir kamu hakkı olarak düzenlenmiş ve gerçekleşmesi için **ulusal çabaya** ve **uluslararası işbirliğine vurgu** yapılmıştır. Burada “**ulusal çaba**” sınırlamadan çok, **aktif bir davranış** simgelemektedir. “**Uluslararası işbirliği**” ise, gelişmiş devletlere **etik bir yükümlülük** getiren uluslararası davranış biçimi olarak anlaşılmalıdır. Burada “**ulusal çaba**” sınırlamadan çok, **aktif bir davranış** simgelemektedir. “**Uluslararası işbirliği**” ise, gelişmiş devletlere **etik bir yükümlülük** getiren uluslararası davranış biçimi olarak anlaşılmalıdır.

28. maddenin yorumunda 29/1 maddenin rolüne gelince: Bu maddeye göre “*Herkesin, kişiliğinin özgürce tam gelişmesine olanak sağlayan topluma karşı ödevleri vardır*”. Tüm temel hak ve özgürlüklerin ana hedefi olan “**kişiliğin özgürce ve tam gelişmesi**”, bu maddeye göre ancak bir topluluk içinde mümkün olabilir. Topluluk içinde yaşamak ise kişinin topluluğa karşı ödevlerini de birlikte getirir. Buradaki “ödev” sözcüğü, hak ve özgürlüklerin bir “Robinson özgürlüğü” olarak düşünülmediğini, Bildirge’de sıralanan insan haklarının, kaynağını insan kişiliği ve onurunda arayan tüm felsefi ve ideolojik boyutu yanında, aynı zamanda toplum içinde yaşamının gereklerine bağlı **somut ve gerçekçi** bir özgürlük anlayışını yansıttığı anlaşılmaktadır.<sup>13</sup>

Bu anlayışın ilk unsuru, kişilerin kendi hak ve özgürlükleri yanında 29. madde uyarınca başkalarının hak ve özgürlüklerini de tanıması ve bunlara saygı göstermesidir.

İkinci unsur, “**Bildiride yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesi**” arzusudur. Bu amacın somutlaştırılması, **hakların bütünlüğü** ilkesi esas alınarak, 22. maddenin ikinci yan cümlesinde belirttiği şekilde “**ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla**” sağlanacaktır. Somutlaşmanın “**her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı**” olması ise, bir geciktirme bahanesi olarak anlaşılmamalı, kaynakların sosyal öncelikli alanlara tahsisi ile yaşama geçirilmelidir.

## **B. 29. MADDE İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR**

### **Madde 29**

1. *Herkesin, kişiliğinin özgürce tam gelişmesine olanak sağlayan topluma karşı ödevleri vardır.*
2. *Herkes, haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması, demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı gereklerinin karşılanması amacıyla yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir.*

<sup>13</sup> Bu özelliğin iç hukukumuzda yansımaları açısından karşı. SAĞLAM 2013, s. 240, s. 275 vd.

3. *Bu hak ve özgürlükler hiçbir zaman Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.*

a) Bu maddenin ilk fıkrasının anlam ve işlevine yukarıda işaret edilmiştir.

b) Maddenin 2. fıkrasında, haklara belli nedenlere dayanılarak yasa ile sınırlama getirilebileceğine işaret edilmektedir. Anayasa hukuku öğretisindeki terimle “genel sınırlama” ilkesini çağrıştıran bu formülün, Bildirge'nin bağlayıcı olmayan hukuki niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bildirge, ideal bir ilkeler ve haklar listesi öngörmekte, ancak normatif bir nitelik veya normatif olma iddiası taşımamaktadır. Bildirge'deki hak ve özgürlükler, daha çok “*bütün halklar ve milletler için ulaşılabilecek ortak ideal*” olarak düşünülmüştür (Başlangıç son cümle). Bu nedenle uygulamaya yönelik olarak sınırlama **nedenlerinde farklılaşma düşünülmemiştir**. Farklılaşmış ve kademeli bir sınırlama düzeni, *Aarupa İnsan Hakları Sözleşmesi* ve BM bünyesinde hazırlanan “*Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*” gibi daha sonraki uluslararası belgelerde gündeme gelmiştir. Ama bu bağlamda asıl vurgulanması gereken nokta, sınırlama olanağının olabildiğince dar tutulmuş olmasıdır.

aa) Bir kere sınırlama, sınırlı sayımda amaç ve nedenlere bağlı kılınmıştır: Buna göre:

- Bildirge'deki haklar “**ancak**” “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması amacıyla*” sınırlanabilir. Bu amaç, kendisini izleyen sınırlama neden ve amaçları için de öncelikli ve bu anlamda belirleyicidir.
- Bildirge'deki haklar, “**ancak**” “*demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı gereklerinin karşılanması amacıyla*” sınırlanabilir. Buradaki “haklı gerek” kavramı ölçülülük ilkesine bağlılık anlamında yorumlanmalıdır. Bir başka özellik, sınırlamanın “*genel refahın haklı gereklerinin karşılanması*” gibi sosyal ağırlıklı bir amaca bağlı kılınmış olmasıdır. Benzer bir amaç, 1961 Anayasamızın orijinal metninde “*sosyal adalet*” olarak yer almıştır.<sup>14</sup> Böylece sınırlama uygulanırken, nedenler ve amaçlar arasında uyumlu bir dengenin kurulması gerekecektir. Başka bir deyişle “genel ahlak ve kamu düzeni gibi nedenler sınırlamada tek başına belirleyici olmamalı ve bu tür nedenler “genel refahın haklı gereği” ile de dengelenmelidir.
- Nihayet sınırlamanın boyutu, demokratik bir toplumun standartlarına uygun olmak zorundadır. “*Demokratik bir toplumda*” ifadesiyle kastedilen ölçü, daha sonra yapılan uluslararası sözleşmelerde, örneğin AİHS'nin değişik maddelerinde her bir madde için öngörülen sınırlama nedenlerini bağlayıcı bir anlamda bu nedenlerin önüne konulmuş olup, yargısal denetimin önemli aşamalarından biri olarak “*demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler*” nitelemesiyle uygulanmaktadır.

bb) İkinci olarak sınırlamanın meşru olması, ancak bir **yasa ile** (kanunla) belirlenmiş olmasına bağlıdır.

14 Ayrıca bkz. KKTC AY m. 11: “Temel hak ve özgürlükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, **sosyal adalet**, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilir”.



cc) Bu açıdan bakıldığında Bildirge'nin AİHS ile önemli bir farklılık göstermesini doğal karşılamak gerekir. Bilindiği gibi AİHS, her bir hakla ilgili maddesinde o hak açısından söz konusu olabilecek sınırlama nedenlerini belirlemiş bulunuyor. Kimi hak ve özgürlükler açısından sınırlama öngörülmemiştir (Örneğin "forum internum" niteliği taşıyan haklar. m.9/1). AİHS'nin 18. maddesi de bu yaklaşıma uygun olarak hak ve özgürlüklere getirilecek **sınırlamaların ancak öngörülen amaçlar için uygulanabileceğini** belirtilmek suretiyle sınırlamalara genel bir sınır (amaç saptırma yasağı) çizmektedir.

Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çizgisini benimseyerek genel bir sınırlama hükmü yerine ilke olarak her bir hak ve özgürlüğün niteliğine uygun sınırlama imkânlarını, o hak ve/veya özgürlüğün ilgili maddesinde belirtmektedir.

dd) Öte yandan 29. maddede öngörülen sınırlama amaç ve nedenlerinin Bildirge'de yer alan tüm hak ve özgürlüklerde geçerli olabileceğini düşünmek Bildirge'nin sözel ve sistematik yorumuyla bağdaşmaz. Sınırlama olanağı, ancak sınırlamaya elverişli hak ve özgürlükler açısından geçerlidir. Başka bir deyişle Bildirge'deki kimi hak ve özgürlüklerin 29. maddeye dayanarak orada belirlenen neden ve amaçlarla sınırlanması mümkün değildir.

- Bunların başında yasak alan olarak formüle edilmiş hak ve özgürlükler gelir. Kölelik yasağı (m.4), işkence ve zalimce, insanlık dışı, onur kırıcı ceza ve davranış yasağı (m. 5), suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ve onun özel bir biçimi olarak suçun işlendiği sırada uygulanmakta olan cezadan daha ağır bir ceza verme yasağı (m. 11/2), derneğe girmeye zorlama yasağı (m. 20/2) bu niteliktedir. Bu yasakların koruma kapsamı içinde kalan bir hak ve özgürlük, 29. maddedeki ilke, amaç ve nedenlerle haklı kılınmış da olsa, sınırlanamaz; başka bir deyişle yasak alanla getirilen güvencenin 29. maddede belirtilen amaç ve nedenlerle yumuşatılması söz konusu olamaz.
- Yasak alan olarak formüle edilmiş olmakla birlikte yasak alanın bir unsuru yoruma açık bırakılmışsa bu unsur sınırlamaya kapı aralayabilir. Örneğin kişinin özel yaşamına, ailesine, konutuna **keyfi** olarak karışma, onur ve ününe saldırma yasağı (m.12), **keyfi** tutuklama, alıkonulma ve sürgün edilme yasağı (m. 9), hiç kimsenin **keyfi olarak** uyrukluğundan veya uyrukluğunu değiştirme hakkından yoksun bırakılmaması (m. 15/2), hiç kimsenin **keyfi** olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılmaması (m. 17/2) bu niteliktedir. Bu yasaklarda yer alan "keyfilik" koşulu, yoruma açık bir kapı bırakmaktadır. Hemen belirtelim ki bu tür haklarda yasa koyucunun yapması gereken şey "**keyfi müdahale**"yi özamacına uygun olarak somutlaştırmaktan ibaret kalmalıdır. Dolayısıyla bu bağlamda sınırlamadan çok somutlaştırmaktan söz etmek daha doğru olur.
- Yasak alan olarak formüle edilmiş olmasa bile, niteliği ve doğası gereği sınırlamaya elverişli olmayan, başka bir deyişle sınırlama ile özünü kaybetmesi kaçınılmaz olan hak ve özgürlük alanları da sınırlama konusu yapılamaz. Masumluk karinesine ilişkin 11/1. madde, forum internum kapsamı içinde kaldığı oranda 18. ve 19. maddeler<sup>15</sup>, eğitim ve öğretimin ilk ve

15 Madde 18: "**Herkesin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğünü, dinini ya da inancını tek başına veya topluca, açık veya özel olarak, öğretme, uygulama, ibadet ve**

temel aşamasında parasız ve zorunlu olması ile ilgili 26. maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesi bu niteliktedir.

c) Maddenin üçüncü fıkrası, bir sonraki maddeye geçişi sağlayan bir içerik ve yapıdadır. Burada öngörülen genel kullanım yasağı, Bildirge'nin yer aldığı bütüne özgü bir anlam ve nitelik taşımaktadır: *“Bu hak ve özgürlükler hiçbir zaman Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz”*. Burada Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerinin belirleyiciliği ön plana çıkarılmıştır. Bunun karşıt kavramından, Bildirge'de öngörülen hak ve özgürlüklerin, Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerinin bir unsuru olarak algılandığı sonucu çıkarılabilir.

Bunu izleyen 30. madde ise, hak ve özgürlüklerin, kişi-toplum ve devlet arasındaki ilişkileri kapsayan boyutunun somutlaştırılmış bir ifadesidir.

### **C. 30. MADDE İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR:**

#### **I. Genel Olarak**

Bildirgenin en dikkate değer hükümlerinden biri özgürlüğü yok etme özgürlüğünün tanınmamış olmasıdır. Bildirge'nin 30. maddesine göre:

*“Bu Bildirinin hiçbir hükmü, herhangi bir devlet, topluluk ya da kişiye, Bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir davranışa girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir anlamında yorumlanamaz.”*

Bu kural, **mücadeleci demokrasi** anlayışının uluslararası düzeyde ve **ilk ifadesi** olup<sup>16</sup>, daha sonraki insan hakları sözleşmelerinde de aynı içerikte yer alacaktır. Tarih sırasıyla gidersek:

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 17: *“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri bir devlete, topluluğa veya ferde işbu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini yahut bu sözleşmede öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını amaçlayan herhangi bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya yönelik bir hak sağladığı şeklinde yorumlanamaz.”*

törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir.” Madde 19: *“Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve görüşleri her yoldan aramak, almak ve yaymak özgürlüğünü kapsar.”* Bu maddelerde kalın harflerle vurgulanmış bölümler forum internum kapsamı içindedir.

16 Aksi görüş: Mustafa ERDOĞAN, *“Demokrasinin Özü Yok”*: Radikal, 16.Ocak 2002; ERDOĞAN bu yazısında hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasıyla ilgili olarak uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan hükümlerin mücadeleci demokrasi kavramıyla bir ilgisini göremediğini belirtiyor. Oysa FROWEIN-PEUKERT şerhinde, AİHS'nin 17. maddesinin, faşist sistemlerdeki kötüye kullanımlar gözönünde tutularak formüle edildiği ve anılan maddenin temelinde yatan düşüncenin Alman Anayasası'nın 18 ve 21. maddelerindeki düşünceyle aynı olduğu, aradaki farkın biçimsel bir prosedür eksikliğinden ibaret olduğu açıkça belirtiliyor, bkz. FROWEIN-PEUKERT, *EMRK – Kommentar*, 2. Auflage, Strassburg: Engel 1996, s. 490, Kenar No: 1.

- Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 5/1: “*Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, bir devlete, gruba veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin tahribini amaçlayan bir faaliyete katılma veya tasarrufta bulunma hakkını tanıdığı veya hak ve özgürlüklerin bu Sözleşmede belirtildiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına imkan verdiği şekilde yorumlanamaz.*”
- Nihayet Lizbon Antlaşması’nda yapılan bir atıfla Birliğe dahil ülkeler için hukuki olarak bağlayıcı hale getirilmiş olan Avrupa Birliği Temel Hak Şartı’nın 54. maddesi de mücadeleci demokrasi anlayışının bir yansımasıdır: “*Bu bildirgede yer alan hiçbir şey, işbu Bildirge’de tanınan haklar ve özgürlüklerden herhangi birinin ortadan kaldırılmasını veya bunun, burada öngörülenden daha fazla kısıtlanmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma veya herhangi bir fiili gerçekleştirme hakkını verdiği şekilde yorumlanamaz.*”

Yukarıda aktarılan metinlerden ilk ikisinde kalın punto ile vurgulanmış olan “**devlet**”, – Evrensel Bildirge’ye koşut olarak – hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının muhatabı olarak zikredilmiştir. Buna karşılık Avrupa Birliği Temel Hak Şartı’nda yasağın muhatabı olarak devlete yer verilmemiş olması, bu açıdan Bildirge’nin gerisinde kaldığı izlenimini uyandırmaktadır.<sup>17</sup> Bildirge’nin 30 maddesinde öngörülen yasağın devleti de kapsamasının ne denli önemli olduğu konusu, “*Maddenin Açıklamasıyla İlgili Temel Unsurlar*” başlıklı bölümde işlenecektir.

Öte yandan son zamanların tartışma konusu olan değişmez Anayasa kurallarının varlığı da mücadeleci demokrasi anlayışının bir uzantısıdır.

## 2. Tarihsel Gelişme

Mücadeleci demokrasi anlayışının kökeni Avrupa’dır. **Bu anlayış, İkinci Dünya Savaşından önce İtalya ve Almanya’da faşist ve nasyonal sosyalist rejimlerin az-çok demokratik seçimlerle iktidara geldikleri** deneyimine dayanmaktadır.

- a) Nitekim **mücadeleci demokrasi kavramını kurumsallaştıran ülkenin Almanya** olması, bir tesadüf değildir. Federal Almanya Anayasası’nın 18. maddesi, ifade, basın, eğitim, toplantı, birleşme, haberleşmenin gizliliği, mülkiyet ve sığınma hak ve özgürlükleri özgürlükçü demokratik düzene karşı savaşmak amacıyla kötüye kullananların bu temel haklarını kaybedeceği, **temel hak kaybı ile kaybın derecesinin** Federal Anayasa Mahkemesi’nce karara bağlanacağını öngörmektedir. Temel hakların bireysel düzeyde kötüye kullanılmasına ilişkin bu madde, Anayasa Mahkemesi önüne yalnızca iki kez gelmiş, her ikisinde de dava reddedilmiştir.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Bu yazının ilk metnini baştan sona okuyarak katkılarını esirgemeyen meslektaşım Ece GÖZTEPE, Avrupa Birliği Temel Hak Şartı’nda süjenin belirtilmemiş olmasının korumayı zayıflatmadığı görüşündedir. GÖZTEPE’ye göre, maddedeki muhatap, klasik anlamda devlet değil, kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan ulus-üstü yetkilerle donanmış AB kurumları ile taraf devletlerdir. Bu nedenle süjenin açıkça belirtilmemesi, hem kamu gücü kullanan organları, hem de bireyleri kapsadığı için korumada bir eksiklik doğurmamaktadır.

<sup>18</sup> BVerfGE 11, 282 f; BVerfGE 38, 24 f.

Ayrıca yine aynı Anayasa'nın 21.maddenin 2. fıkrasında: “**Amaçları ve mensuplarının davranışlarıyla özgürlükçü demokratik temel düzeni ihlal etmeye veya ortadan kaldırmaya veya Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik partiler anayasaya aykırıdır. Anayasaya aykırılık konusunda Federal Anayasa Mahkemesi karar verir.**” kuralı yer almaktadır.

1952'de **Sosyalist Devlet Partisi** ve 1956 tarihinde de **Alman Komünist Partisi** bu hükme dayanılarak **kapatılmıştır**.

b) Gerçi aynı deneyimi yaşamış olan **İtalya**'da Alman modeli benimsenmemiştir. Ancak İtalya Anayasa'nın geçici XII. maddesi de, kapatılmış bulunan Faşist Parti'nin herhangi bir biçim altında yeniden açılmasını yasaklamaktadır. Bu yasağı somutlaştırmak üzere ayrıca bir de uygulama yasası çıkarılmıştır.<sup>19</sup>

### **3. Maddenin Açıklamasıyla İlgili Temel Unsurlar**

#### **a. Yasağın Devleti de Kapsaması**

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının devleti de kapsamı, “mücadeleci demokrasi ile mücadeleci devlet ikilemi”<sup>20</sup> açısından son derece önemlidir. Çünkü ulusal anayasalarda Bildirge'nin 30. maddesine karşılık olan düzenlemeler, zaman zaman devleti güçlendirmenin bir aracı olarak kullanılmaktadır. İşte anılan yasağın öncelikli muhatabı olarak devletin zikredilmesi, kuralın amaçladığı korumanın soyut anlamda bir devlete değil, somut anlamıyla **demokratik devlete yönelik** bir koruma olduğunu göstermektedir.

Bu nedenle Bildirge'nin 30. maddesi, mücadeleci demokrasi kavramı açısından ulusal anayasalar için de doğru bir çizgiyi yakalamanın temel ölçütüdür. 30. maddenin Anayasamızdaki karşılığı olan 14. maddenin, 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra kazandığı anlam ve içerik de bu ölçütün bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

2001 yılında yapılan değişiklikle 14. maddede düzenlenmiş olan kötüye kullanma yasağının konusunu oluşturan eylemin öznesi, Devleti de kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Yani, maddenin eski şeklinden farklı olarak, **korunan obje artık “devlet” değil**, gerek devlete gerekse bireye karşı olmak üzere, **“özgürlük rejimi”**dir. 14. maddenin yeni metniyle **“mücadeleci demokrasi”** kavramını daha doğru bir biçimde yansıttığını söylemek mümkündür.<sup>21</sup>

19 20.06.1952 tarih ve 645 sayılı bu yasada: “...siyasal mücadelenin bir aracı olarak güç kullanmayı yüceltmek, güç kullanma tehdidinde bulunmak veya güç kullanmak, Anayasa'da güvence altına alınan özgürlükleri bastırmak, demokrasiyi ve kurumlarını, mukavemet hareketinin değerlerini karalamak, ırkçı politikalar geliştirmek veya adı geçen partiye özgü olan ilke, olay ve yöntemleri yüceltmeye yönelik bir etkinlik yürütmek veya faşist görünüşte gösteriler yapmak suretiyle faşist partiye özgü antidemokratik amaçların izlenmesi” yasaklanmaktadır.

20 Bkz. Fazıl SAĞLAM, “**Mücadeleci Demokrasi – Avrupa Mekanı ve Türkiye**”: “İnsan Hakları ve Güvenlik – Human Rights and Security – Droits de l’homme et securite”, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını 1, Ankara 2002, s. 61-74.

21 SAĞLAM 2013, s.297.

**b. Yasağın Kapsadığı Unsurlardan Birinin “Faaliyete Girişme ya da Eylemde Bulunma” Olarak Belirlenmiş Olması**

Bildirgedeki yasak, bu açıdan da iç hukuktaki düzenlemeler için önemli bir ölçüdür. Bu unsuru daha iyi açıklayabilmek için yine Anayasamızın 14. maddesinin geçirdiği evrime bakmak yararlı olur. Anayasa'nın 14. maddesinin eski ve yeni metinleri karşılaştırıldığında, **hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması olarak nitelenebilecek alanların olabildiğince daraltıldığını** söylemek mümkündür. Örneğin eski metinde yer alan “*Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamaz*” gibi belirsizlik içeren ifadeler madde metninden çıkarılmıştır. Böylece Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin, çok geniş bir alana yayılmış bir biçimde belli amaçlarla kullanılmasını yasaklayan eski düzenlemenin etki alanı önemli ölçüde daraltılmıştır. Yeni düzenlemede, hak ve özgürlüklerin, yalnızca “*ülke ve ulus bütünlüğünü bozmayı*” ve “*insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet'i ortadan kaldırmayı*” amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılması yasaklanmıştır. Bu değişiklik ile ilgili öneride “faaliyet” sözcüğü yerine “eylem” sözcüğü kullanılmıştı. Eylem yerine faaliyet sözcüğünün tercih edilmesi, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağını genişletici bir etki yaratabilir. Anayasa koyucunun beklentisi de bu yönde olmalıdır. Ancak 14. maddede öngörülen yasağı, salt “faaliyet” sözcüğü nedeniyle genişletici bir yönde yorumlamak zorunlu bir seçenek değildir. Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarını ölçü alırsa, anayasa koyucunun bu yöndeki beklentisini aşabilir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yorumu belirleyici olacaktır.<sup>22</sup>

**c. AİHS Esas Alınarak AİHM Tarafından Getirilen Açıklamalar**

Bildirgenin 30. maddesi ile AİHS'nin 17. maddesi aynı kuralı içerdiğinden, yorumlamada Avrupa denetim organlarının uygulamasından da yararlanmak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşmenin 17. maddesini, Alman Komünist Partisi (KPD)'nin kapatılması kararına karşı yapılan başvurunun ret gerekçesi olarak kullanmıştır. Komisyona göre, KPD, kendi ifadesiyle **proleter devrimi ve proletarya diktatörlüğünü** amaçlamaktadır. Parti, anayasaya uygun araçlarla iktidara gelmeyi planlamış olsa bile, sonraki amacı ile Sözleşmenin öngördüğü **hak ve özgürlükleri, diktatörlük yoluyla ortadan kaldırmayı** hedeflemektedir. Bu nedenle şikâyet gerekçesi olarak Sözleşmenin 9, 10 ve 11. maddelerine dayanamaz.<sup>23</sup>

Bu yorumun Bildirge'de ve AİHS'de “faaliyete girişme ve eylemde bulunma” olarak belirlenen unsuru genişlettiği kuşkusuzdur. Zira yorumun odak noktası, faaliyet girişimi ya da eylem değil, kapatılan parti tarafından “güdülen nihai amaç”tır.

22 SAĞLAM, 2013, s.296.

23 FROWEIN-PEUKERT, EMRK – Kommentar 1996, s. 492, Kenar No: 3.

Nitekim Komisyonun bu gerekçesi, 17. maddeye dayanılarak Sözleşmenin öngördüğü tüm hak ve özgürlüklerin dışlanabileceği izlenimi yaratması nedeniyle eleştirilmiştir. Daha sonra Komisyon ve Divan, **Lawless** kararında bu belirsizliği, Devlet organlarına genel yükümlülük getiren usuli güvenceler bakımından yaptığı ayırımla açıklığa kavuşturmuştur. Bu ayırma göre, bir kimsenin 17. maddeye göre haklarını kötüye kullandığı tespit edilse bile, o kimsenin, kişi özgürlüğü ve usul güvencelerine ilişkin 5. ve 6. maddelerden yararlanma hakkı engellenemeyecektir.<sup>24</sup> Aynı koruma işkence ve kötü muamele yasağı için de geçerlidir.<sup>25</sup>

AİHS Denetim organları, daha çok ırk ayrımcılığı şiddet ve teröre kışkırtmaya yönelik düşünce açıklamaları ile ilgili olaylar dolayısıyla 17. maddeyle bağlantılı kararlar vermişlerdir.<sup>26</sup> AİHM'nin sonraki kararlarında da aynı çizgi devam etmiştir.<sup>27</sup>

AİHS denetim organlarının içtihadına göre 17. maddenin ancak hak ve özgürlükleri yok etmeye elverişli etkinliklere imkân tanıyacak maddelerden yararlanmayı önleyebileceği tespiti doğru olmakla birlikte, “etkinlik girişimi ve eylem” kavramlarıyla getirilen “nesnel sınırlara” yeterli bir açıklık getirdiği söylenemez. Bu durum özellikle düşünce açıklamasının nerede kendi koruma kapsamından çıkıp 17. maddenin etkisiyle kullanılamaz bir nitelik kazanacağı sorusu açısından sorunlu bir alan olarak görünmektedir.

#### ***d. Federal Almanya Uygulamasında Mücadeleci Demokrasinin Sınırları***

Yukarıdaki incelemeye göre, Evrensel Bildirge'nin 30. maddesi ile Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin ona muadil maddelerine **ancak zorunlu durumlarda son çare olarak başvurulduğunu söylemek mümkündür.**

Gerek Alman hukuk öğretisi ve gerekse Federal Anayasa Mahkemesi içtihatları, mücadeleci demokrasi anlayışı ile özgürlük, özellikle siyasal düşünce özgürlüğü arasındaki riskli ilişkiyi oldukça kritik bir gözle değerlendirmeye ve hassas bir denge içinde tutmaya çalışmışlardır. Bu konuda HESSE'yi örnek göstermek yerinde olur.

HESSE de ilke olarak mücadeleci demokrasi anlayışını benimsemekte, ancak bu anlayışın getirebileceği bazı risklere de dikkati çekmektedir. HESSE'ye göre parti yasağı, anayasanın öngördüğü özgürlükçü demokratik düzene dışarıdan bir koruma getirirse bile, böyle bir koruma, düzenin meşruluğunu sağlamaz ve düzeni güçlendirmez. Özgürlükçü demokrasinin dış güvencesi, bu korumayı ancak özgürlüğün kısaltılması pahasına sağlayabilmekte, ayrıca partiler sisteminin de daraltılması tehlikesini içermektedir. Parti sistemi tüm siyasal akımların barınağı olmaktan çikınca, demokratik düzenle bütünleşmiş partilerle marjinal

24 FROWEIN-PEUKERT, **EMRK – Kommentar** 1996, s. 491, Kenar No: 2 ve 3. Ayrıca bkz. GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s. 414, Kenar No. 752

25 FROWEIN-PEUKERT, **EMRK – Kommentar**, 3. Auflage, Strassburg: Engel 2008, s. 431 vd, Kenar No: 2 (dipnot 9).

26 Örnekler için bkz. GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age, s. 413 vd, No: 751. FROWEIN-PEUKERT, **EMRK – Kommentar** 1996, s. 492, Kenar No: 4.

27 MEYER – LADEWIG / Martin NETTESHEIM, **EMRK, Nomos Kommentar**, 4. Auflage 2017, s. 501, Kenar No: 3.

partilerin sistem içinde karşı karşıya gelme şansları ortadan kalkmakta ve bu da demokratik düzeni benimsemiş partilerin siyasal yaşamda gerilemesine, **“impuls, enerji ve dinamizm” kaybetmesine** yol açabilmektedir. HESSE, bu nedenle **parti yasağı ile ilgili maddenin dar yorumlanması** gerektiğine işaret etmektedir.<sup>28</sup>

Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu maddeye ilişkin kararlarının HESSE'nin beklediği ölçüde olmasa da<sup>29</sup> “dar yorum” sınırında kaldığını belirtmek yanlış olmaz. Mahkemenin, siyasal parti yasağı ile siyasal düşünce özgürlüğü arasındaki gerilimi, hiyerarşik farklılığı bulunmayan bu iki anayasal değer arasında, **düşünce özgürlüğünün** demokrasinin oluşumundaki **kurucu** niteliğini gözönünde tutarak hassas bir dengede tutmaya çalıştığı söylenebilir.<sup>30</sup>

d) Görülüyor ki mücadeleci demokrasi kavramı, İHEB'nin 30. maddesinin getirdiği kötüye kullanma yasağı ile belirlendiği oranda, otoriter bir kuram değil, “hak eksenli” bir kuramdır. Her şeyden önce bu kuralın insan haklarına ilişkin tüm belgelerde ilke olarak benimsenmiş olması, bunun delili sayılmalıdır. Çünkü mücadeleci demokrasinin temel amacı, insan haklarına dayalı bir demokratik sistemin düşmanlarına, bu hak ve özgürlüklerden yararlanarak kendi otoriter ya da totaliter düzenlerini kurma yollarını kapatacak önlemlerin alınmasıdır. Demokrasinin kendini koruma refleksi, uygulamada zaman zaman ölçülülük, zorunluluk ve oranlılık ilkelerini aşarak otoriter uygulamalara kayabilir. Bu uygulamalar yaygınlaştıkça “militan demokrasi ve militan devlet ikilemi” ortaya çıkar.<sup>31</sup> Ama bu durum, kuramın niteliğinden ya da doğasından kaynaklanan bir özellik olmayıp, kuramdan sapmayı ifade eder. Unutmamak gerekir ki burada kullanılan militan sözcüğü, soyut anlamda bir devletin değil, özgürlükçü demokratik devletin, yani insan haklarına dayanan devletin bir sıfatıdır. Demokrasinin temel felsefesi açısından önemli olan, **“özgürlüğün temel bir değer olarak korunması ve yasağın bu temel değere hizmet ettiği ölçüde var olması ve uygulanması”**dır. Bir ülke, bu hassas dengeyi koruyabildiği ölçüde demokratiktir.

28 **Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, C.F.Müller Verlag, 20. Auflage Heidelberg 1995 (HESSE, **Grundzüge**), s. 298, s. 288 vd; ayrıca aynı yönde bkz., **Hans Peter SCHNEIDER, “Die Institution der politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland”**: TSATSOS/ SCHEFOLD – SCHNEIDER (Hrg), Parteienrecht im Europaeischen Vergleich, Nomos Verlag 1990, s.207 vd.

29 HESSE, Federal Anayasa Mahkemesi'nin „mücadeleci demokrasi“ kavramını bir yorum ilkesi olarak kullanmasını eleştirmekte (Grundzüge, s. 298 dn.4); öte yandan Federal Mahkeme'nin aksine, bir partinin kapatılması için „politik çizgisinin sürekli olarak özgürlükçü demokratik temel düzenle savaşılmaya yönelik „olmasını ve „eylemlerinde, bu savaşın, planlı olarak izlenen bir yol olarak seçildiğinin belli olmasını“ (BVerfGE 5, 142) yeterli bulmamakta, özgürlükçü demokratik temel düzenin „ihlali“ ya da „ortadan kaldırılması“ yönünde somut bir tehlikenin varlığını gerekli görmektedir (**Grundzüge**, s. 299, Rz. 717). Ne var ki Hesse'nin somut tehlike ölçütü, mücadeleci demokrasinin muhatabı olarak görülen parti iktidara gelmişse, demokrasiyi koruma yönündeki etkisini kaybetmektedir. Bu açıdan Federal AYM'nin ölçütleri daha isabetlidir.

30 **LEIBHOLZ-RINCK-HESSELBERGER, Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, Dr. Otto Schmidt KG Verlag, 7. Aufl. 1993, Art. 21, Rz. 292 vd.

31 Fazıl SAĞLAM, **“Mücadeleci Demokrasi – Avrupa Mekanı ve Türkiye”**: “İnsan Hakları ve Güvenlik – Human Rights and Security – Droits de l'homme et securite”, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını 1, Ankara 2002, s. 61-74.

## SONUÇ

Bu makalede ulaştığımız sonuçları aşağıdaki tezlerle özetleyebiliriz.

- 1) Yargısal uygulaması olmayan Bildirge, daha çok bir metin yorumu olarak anlaşılmaya elverişlidir. İçinde bulunduğumuz koşullardan geriye bakarak objektif yorum anlayışı ile yapılacak bir yorum, Bildirge'nin benimsediği insanlık idealini kapsayıcı ve ileriye ışık tutucu sonuçlara ulaştırabilir.
- 2) Bildirge'nin somutlaşmış metinleri olarak ortaya çıkan anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin kuralları ile insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşma ve sözleşmelerden hiçbiri Evrensel Bildirge'nin amaçladığı ideale ulaşamamıştır. Bildirge, böyle bir ideali yansıtırken, diğer ulusal ve uluslararası belgeler, bunun yalnızca belli aşamalarla ulaşılabilmiş bir kesitini verebilmektedir.
- 3) Bildirge “klasik hak ve özgürlüklerle sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin bir sentezi”ni gerçekleştirmiş olup bu özelliği ile **insan haklarının bütünlüğünü** yansıtmaktadır. Bu bütünlüğe henüz erişilmiş değildir.
- 4) Bildirge'de yalnızca hakların kapsayıcı bir listesini sunmamakta, aynı zamanda **28. maddesiyle** bunların tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak toplumsal ve uluslararası bir düzenin kurulmasına yönelik bir “**özgürleştirme**” çağrısı içermekte ve bunu sübjektif bir hak olarak formüle etmektedir.
- 5) Buna bağlı olarak anayasalarda daha çok devlet ödevi olarak formüle edilmiş olan sosyal hakların gerçekleşmesi, Bildirge'de yine sübjektif bir hak olarak düzenlenmiş ve devletin olanaklarıyla sınırlayıcı bir ifade yerine “**ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla**” **aktif bir yükümlülük olarak vurgulanmıştır**. Bu çerçevede yapılacak somutlaşmanın “**her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı**” olması ise, bir geciktirme bahanesi olarak anlaşılmalı, kaynakların sosyal öncelikli alanlara tahsisi ile yaşama geçirilmelidir.
- 6) Bildirge'de yer alan hak ve özgürlüklerisınırlama olanağı son derece dar tutulmuştur. Belirleyici amaç, “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması*”dır. Ayrıca sınırlamanın boyutu, demokratik bir toplumun standartlarına uygun olmak zorundadır. Ayrıca, sayılan nedenler “haklı gerek” ölçütüne bağlı kılınmış, “**genel refahın haklı gereklerinin karşılanması**” gibi sosyal ağırlıklı bir amaçla da dengelenmiştir. Bu çerçevede 29. maddede dar bir kapsamda öngörülen sınırlama amaç ve nedenleri, ancak sınırlamaya elverişli hak ve özgürlükler açısından geçerlidir.
- 7) Evrensel Bildirge'nin 30. maddesi, “mücadeleci demokrasi” kavramının bir ifadesi olup, **ancak zorunlu durumlarda son çare olarak başvurulacak önlemlere cevaz vermektedir**.



## KAYNAKÇA

- Münci KAPANİ, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1991.
- Fazıl SAĞLAM, “*Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları – Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğacak Sorunlar*”: Anayasa Yargısı 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 4, Ankara 1984, s. 268 vd.
- Mustafa ERDOĞAN, “*Demokrasinin Özü Yok*”: Radikal, 16.Ocak 2002.
- FRWEIN-PEUKERT, *EMRK – Kommentar*, 2. Auflage, Strassburg: Engel 1996.
- FRWEIN-PEUKERT, *EMRK – Kommentar*, 3. Auflage, Strassburg: Engel 2008,
- GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2002.
- LEIBHOLZ-RINCK-HESELBERGER, *Grundgesetz*, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.
- Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller Verlag, 20. Auflage Heidelberg 19954, s. 298, s. 288 vd; ayrıca aynı yönde bkz., Hans Peter SCHNEIDER, “*Die Institution der politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*”: TSATSOS/ SCHEFOLD, s.207.
- MEYER – LADEWIG / Martin NETTESHEIM, *EMRK, Nomos Kommentar*, 4. Auflage 2017,
- Fazıl SAĞLAM, “*Mücadeleci Demokrasi – Avrupa Mekanı ve Türkiye*”: “İnsan Hakları ve Güvenlik – Human Rights and Security – Droits de l’homme et securite”, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını 1, Ankara 2002, s. 61-74.
- Fazıl SAĞLAM, “*Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma*”: Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.752 – 771.
- Fazıl SAĞLAM, “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin BM’de Kabulünün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar*”: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60 Yılında İnsan Hakları”, Maltepe Üniversitesi Yayını No: 42 (2011/1), s.113 – 119.
- Fazıl SAĞLAM, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşe 2013.
- Fazıl SAĞLAM, “*Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü*” (Baskı için Anayasa Hukuku Dergisi 2018/2’de sunuldu).
- Hans Peter SCHNEIDER, “*Die Institution der politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*”: TSATSOS/ SCHEFOLD – SCHNEIDER (Hrg), *Parteienrecht im Europaischen Vergleich*, Nomos Verlag 1990, s. 151 – 218.
- Mümtaz SOYSAL, *Anayasa’nın Anlamı* Gerçek Yayınevi, Ankara 1997.