

DEĞİŞEN EGEMENLİK ANLAYIŞININ HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINA ETKİLERİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

Prof. Dr. Mehmet TURHAN^()*

“Hukukun amacı özgürlükleri kaldırmak veya kısıtlamak değil, onu korumak ve genişletmektir.”

John Locke, *Two Treaties of Government*

Egemenlik Kavramı ve Sınırları

Hukukçular ve siyasal bilimcilerce uzun bir süredir bir toplumda en üstün ve son sözü söyleyecek bir otoritenin olması gerektiği ve buna da çağımızda devletin sahip olduğu iddia edilmiştir. Egemenlik devletle birlikte ele alınan ve incelenen bir kavramdır; çünkü devlet ve egemenlik kavramları birlikte ortaya çıkmıştır. Egemenlik devletin temel bir özelliği olarak düşünülmüş ve devletin üstün ve sınırsız bir otoriteye sahip olduğu varsayılmıştır. Çağımızda dünyada egemen devletlerden söz etmekteyiz. Ancak dünyadaki bütün devletler de egemen değildir. Örneğin, federal devleti oluşturan üye devletler (eyaletler) egemen değildirler. Devlet egemenliği geçmişte uluslararası toplumun temel bir özelliği değildi ve gelecekte de belki egemenlik uluslararası ilişkilerde önemli bir faktör olma özelliğine sahip olmayacaktır. Ancak üç yüz veya dört yüz yıldır egemenlik siyasette temel bir faktör olmuştur ve olmaya da devam etmektedir.

Türk Anayasa Hukuku ders kitaplarında öğrencilerin kolayca kavramalarını sağlamak için “egemenlik kavramı” kısaca bir ülkedeki en üstün buyurma gücü olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu tanımlama kanımca hem yeterli değildir hem de tam doğru da sayılamaz. Ancak bugüne dek egemenlik teriminin tam bir açıklığa kavuştuğu ve herkesin üzerinde anlaştığı bir tanımının yapıldığı da söylenemez. Her egemenlik tanımı, egemenliğin soyut bir kavram olması ve başka nitelikleri gereği, tartışmaya açıktır ve olumlu olumsuz eleştiriye mahkumdur.

^(*)Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Geleneksel Egemenlik Anlayışı

Geleneksel egemenlik anlayışında egemenliğin devletin temel niteliğini veya ayırt edici ölçütünü oluşturup oluşturmadığı uzun uzun tartışılmıştır. Muvaffak Akbay bu konuyu şöyle ortaya koymaktadır: “Egemenliğin bir kudretin, bir taraftan, diğer hiçbir iktidara tabi olmaması, yani bağımsız olması, diğer taraftan da kendi çevresinde son sözü söyleyebilmek, nihai karar sahibi bulunmak vasfı olduğunu gördük. Acaba, modern devlet kudretinde bu vasıf var mıdır? Yani devlet adıyla anılan siyasi toplulukların sahip oldukları kudret egemen midir? Başka bir söyleyiş şekliyle egemenlik vasfı, devletin bir kıstası olarak kabul edilebilir mi?”¹ Geleneksel anlayışta bu sorunun yanıtı evettir çünkü egemenlik devletin ayırt edici kriterini oluşturur.

Egemenlik kavramı ortaçağın sonları ve yeniçağın başları arasında ortaya çıkmıştır. Bu dönemde Avrupa’da Fransa krallığı başta olmak üzere monarşiler, Feodalite, Papalık ve Roma-Cermen İmparatorluğu arasındaki üstünlük mücadelesi vardı. Bu mücadeleden sonunda Fransa kralları galip çıkmışlar ve içeride feodal güçlere karşı üstünlüklerini kabul ettirmişler ve dışa karşı da Papalık ve İmparatorluk karşısında bağımsızlıklarını sağlamışlardır. Bu mücadele sırasında Fransa kralları egemenlik kavramını ülke içinde kendi iktidarlarına rakip olabilecek bir iktidar tanımadıkları ve ülke dışında da kendilerinden üstün olabilecek bir güç kabul etmediklerini ifade eden bir hukuksal kavram olarak kullanmışlardır.²

Egemenlik kavramını ilk ele alıp inceleyen düşünür Jean Bodin’dir. Bodin devletin varolması için gereken egemen gücün içte kişiler üzerinde sınırsız ve üstün ve dışta da bağımsız bir iktidar olduğunu belirtmiş ve bu gücün bu niteliklerini ifade etmek için egemenlik sözcüğünü kullanmıştır.³ Bodin’e göre egemenlik sınırsız, mutlak, tek, bölünmez ve devredilmezdir. On yedinci yüzyılda Thomas Hobbes, yasaların hukuksal açıdan bir sınıra tabi olmayan siyasal egemenin emirleri olduğunu belirtmiş ve ilahi veya doğal hukukun egemen bakımından hiçbir öneme sahip olmadığını iddia etmiştir. On sekizinci yüzyılda Rousseau da egemenliğin hiçbir biçimde sınırlandırılmayan bir güç olduğunu iddia etmiştir.

¹ Muvaffak Akbay, *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, Birinci Cilt, Dördüncü Bası (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1961), s. 475.

² Bakınız: Munci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Dördüncü Basım (Ankara: Bilgi Yayınevi, 1988), s. 55-56.

³ Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976), s. 527 ve devamı.

Rousseau'ya göre egemenlik "genel irade"ye aittir. Genel irade ise sadece kişilerin iradelerinin birleşmesinden ibaret değildir; onlardan ayrı ve onların üstünde kendine özgü bir varlığı olan kolektif bir iradedir.⁴

John Austin'in öncülüğünü yaptığı pozitivist hukuk anlayışına göre herhangi bir bağımsız siyasal toplulukta açıkça veya üstü kapalı bir biçimde olsun emirleri hukuk olan ve kendisi hukukun üstünde yer alan bir egemen bulunur. Bir başka deyişle, her devlette hukuksal açıdan sınırsız bir otoriteye sahip bir kişi veya kişiler, bir organ veya organlar bulunur. Bu kuramın çağdaş anayasal devletlere uygulanmasında anayasayı yapan veya değiştiren egemen güç ile anayasanın sınırları içinde üstün sayılabilecek hükümet arasında bir ayırım yapılmaktadır. Pozitivist hukuk anlayışında hükümet değil devlet egemenliğe sahiptir.⁵

Klasik egemenlik anlayışında egemenlik genellikle iç ve dış egemenlik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dış egemenlik devletin dışarıda hiçbir devlete bağlı olmaması anlamına gelir. Dış egemenlik genellikle bağımsızlık olarak adlandırılır. Bu kavram günümüzde devletlerarası ilişkilerin hukuki eşitlik statüsüne dayanması demektir. Bu anlaşılış biçimi üzerinde hemen hemen hiçbir tartışma yapılmamaktadır.

İç egemenlik anlayışı bu denli açık seçik değildir. Egemenlik dendiğinde çoğunlukla devlet gücünün en üstün, sınırsız, mutlak, bölünmez ve devredilmez nitelikleri kastedilmektedir. Belli bir ülke üzerinde ancak tek bir egemen güç olabilir ve bu üstün ve sınırsız güç bölünemez ve devredilemez. Klasik egemenlik anlayışında egemenlik devlet kudretinin içeriği olan otoritelerden belli başlılarının diğer hiçbir otoriteyle sınırlandırılmaması veya diğer hiçbir otoriteye bağımlı olmaması niteliğidir. Demek ki egemenlik devlet kudretinin bir yandan hiçbir iktidara bağımlı olmaması, yani bağımsız olması, diğer taraftan kendi ülkesi içinde son sözü söyleyebilmesi olmaktadır.

Egemenlik üç anlamda ele alınmaktadır. İlk anlamda egemenlik bağımsız olan devletin iktidarının üstünlük niteliğini ifade etmektedir. Yani egemenlik iktidarın kendisini değil, bu gücün niteliklerini

⁴ Francis W. Coker, "Sovereignty", *Encyclopaedia of the Social Sciences* derleyenler: Edwin R.A. Seligman ve Alvin Johnson (New York: The Macmillan Company, 1934), s. 267.

⁵ Coker, a.g.m., s.267.

göstermektedir. İkinci anlamında egemenlik devlet kudretinin içerdiği iktidarların hepsine birden verilen bir addır. Bu anlayışta egemenlik devlet iktidarının doğrudan kendisini, onun içeriğini veya kapsamını ifade eden bir sözcük olarak kullanılmaktadır. Üçüncü anlamında ise bu sözcük devlet kudretini elinde bulunduran kimsenin işgal ettiği mevkii olarak anlaşılmıştır. Bu anlamında devletin egemen kudreti ile o egemen kudreti elinde tutan organ birbirine karıştırılmış olmaktadır.⁶ Bu kavram incelenirken bu tür karışıklıkların sürekli yapıldığı da gözden kaçırılmamalıdır.

Klasik egemenlik anlayışı doktrinde iki temel sorun ortaya çıkarmaktadır: Bunlardan ilki ve üzerinde çok tartışılmış bulunan egemenliğin devletin ve devlet iktidarının vazgeçilmez bir unsurunu oluşturup oluşturmadığı olmaktadır. İkinci olarak ise, egemenliğin devlet içinde kime ait olduğu veya olması gerektiği sorunu olmaktadır. Bu siyasal iktidarın dayanağı sorunuyla çok yakından ilgilidir. Bu konu da genellikle milli egemenlik veya halk egemenliği sorunu olarak üzerinde çok durulmuş bir konudur.

Demokrasilerde hükümetin halka karşı sorumlu olması ve halkın istekleri doğrultusunda hareket etmesi bazı yazarların devletin egemenliğini reddetmelerine ve gerçek egemenin ulus olduğu düşüncesini savunmalarına neden olmuştur. On dokuzuncu yüzyıl anayasa hukukçularından A. V. Dicey egemenliği hukuksal ve siyasal egemenlik olmak üzere ikiye ayırmıştır. Dicey İngiltere’de hukuksal bakımdan parlamentonun egemen olduğunu; ancak siyasal bakımdan ise seçmenlerin egemen olduklarını belirtmiştir.⁷

Egemenliğin bu hukuksal ve siyasal yönleri bakımından yapılan bu ayırım bize egemenliğin ulusa veya halka ait olduğu yolundaki görüşe götürmektedir. Temsili rejime sahip ülkeler incelendiklerinde bu ülkelerin kısa dönemde değilse de uzun dönemde halkın iradesi ve istemleri doğrultusunda hareket ettikleri görülmektedir.⁸ Bu gerçekten hareket edenler esasında egemenliğin halka ait olduğunu söylemişlerdir. Ülkemizde 1921 Anayasasıyla birlikte 1876 Kanun-u Esasiden tümüyle farklı olarak egemenliğin kayıtsız şartsız ulusa ait olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Egemenliğin ulusa veya halka ait olduğu

⁶ Akbay, a.g.e., s. 466.

⁷ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Tenth Edition (London: Macmillan & Co Ltd, 1962), s. 71- 85.

⁸ Dorothy M. Pickles, *Introduction to Politics* (London: University Paperbacks, 1964), s. 43.

kabul edildiğinde bu sistemin özünde demokrasiyi gerektirdiği veya en azından bir demokrasi özlemini ifade ettiğini kabul etmek gerekir.

Egemenlik Kavramının Açıklanışı

Egemenlik anlayışının sakıncalarından kurtulmak için Dicey'nin belirttiği yolda gitmek gerekir. Yani hukuksal açıdan egemenliği siyasal açıdan egemenlikten ayırmak doğru olacaktır. Hukuksal egemenlik hukuk yaratma süreci yani hukuku yaratan organ anlamına gelir. Örneğin İngiltere'de parlamento egemendir dersek, bu ülkede hukuk kurallarının parlamento tarafından yapıldığını kast etmiş oluyoruz. Siyasal egemenlik ise hukukun arkasında yatan etkilerin toplamı demektir. Bu ise belirsiz bir kavramdır. Örneğin modern demokrasilerde milletin veya halkın egemen olduğu iddiasında olduğu gibi.

Baron S. A. Korff bu ayrımı iyice aklımızda tutarsak, hukuksal açıdan ele alınan egemenliğin sınırsız bir iktidar olamayacağını, böyle bir egemenlik anlayışının hukuksal sınırlamalara tabi olduğunun son derece açık olduğunu belirtmektedir. Bir başka deyişle, yazara göre egemenlik düşüncesini devlet kavramı içinde tutup bu kavrama sadece hukuksal bir karakter atfettiğimizde korkulacak bir yanı da kalmamış olur. Korff'a göre egemenlik kavramı böyle anlaşıldığında devlet olmanın zorunlu bir unsuru olarak da kabul edilebilir. Yazar egemenliğin sınırları olduğunu belirtmektedir. Egemenlik kavramının sınırları sosyal amaçlarına göre üç grupta toplanabilir: Birinci gruptaki sınırlamalar kişilerin devlet karşısında sahip oldukları hak ve özgürlüklerdir. Bu genellikle anayasalarla güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerden oluşur. İkinci grup sınırlamalar federal devletlerle ilgilidir. Federal devlet iç yapısının karmaşıklığı nedeniyle sınırlamalar içermektedir. Bu karmaşıklık bu tür devletlerde egemenliğin bölündüğü anlamına gelmez. Federal devlet nasıl üye devletler karşısında egemen ise, federal devleti oluşturan üye devletlerde vatandaşları karşısında egemen olan devletlerdir. Üçüncü grup sınırlamalar ise devletler hukukunun devletlere getirdiği sınırlamalardır.⁹

Egemenlik üstünlük anlamına gelmektedir ama bu üstünlük hukuksal anlamda bir üstünlüktür çünkü; egemenlik hukuksal bir kavramdır. O halde egemenliği bir ülkedeki en üstün hukuksal otorite olarak tanımlamak gerekir. Devletin egemen olduğunu söylemek o

⁹ Baron S. A. Korff, "The Problem of Sovereignty" *The American Political Science Review* (August, 1923), s.412-414.

devletin yasalarının, kurallarının ve diğer hukuksal düzenlemelerinin hukuksal olarak son söze sahip olması anlamına gelir. Devlet egemenliğinin sadece hukuksal egemenlik olarak anlaşılması gerekir.¹⁰

Devlet soyut ve tümüyle hukuksal bir kavram olduğundan egemenlik de tümüyle soyut ve hukuksal bir kavramdır. Devletin onu oluşturan bireylerden ve yöneticilerinden ayrı bir kişiliği vardır; ancak bu kişilik gerçek bir kişilik olmayıp hukuksal bir kişiliktir. Yani devlet bir tüzelkişidir. Devlete kişilik verilmesi onun sürekliliğini sağlar. Böylece devlet belli dönemde varolan yöneticiler veya insan topluluğundan farklı olup onlarla sınırlı olmayan bir varlık olmuş olur. Daha da önemlisi devlete kişilik tanınması nedeniyle devlet de aynı gerçek kişiler gibi borçlu olabilir, sözleşmeler yapabilir ve mahkemelerde davacı veya davalı olabilir.¹¹

Bir tüzelkişi olan devlette kendi yetki alanı içinde, yani belirli bir ülkede ortaya çıkacak hukuksal sorunları kesin hukuksal çözümlere ulaştırma gücü olması gerekir. Aksi takdirde hukuksal açıdan bir birlik ortaya çıkamaz. İşte hukuksal açıdan son sözü söyleyecek yer veya son sözü söyleme otoritesine egemenlik diyebiliriz. Bir bakıma egemenlik sınırlandırılmaz çünkü devlet dediğimiz tüzel kişilikte bu kişiliği ilgilendiren hukuksal sorunlarda eğer bu sorunlar en üste kadar gidebilirse son sözü söyleyecek ve bu anlamda sınırsız kabul edilebilecek bir egemenin olduğunu kabul etmek gerekir. Yalnız şunu belirtmek gerekir ki, egemenlik tüzel kişiliğin çerçevesi içinde söz konusu olup, sadece hukuksal düzenle ilgili sorunlarla ilgili kararlar verebilir. Yani egemenlik hukuksal sorunları hukuksal usullerle inceleyip hukuksal çözümlere kavuşturmak demektir. Egemenlik bu nedenle keyfi kararlar almak olmayıp, tam tersine hukuksal sorunları hukuksal usullerle hukuksal çözümlere kavuşturmadır.¹²

Münci Kapani bu konuda şunları belirtmiştir: “Egemenlik zamanımızda geleneksel niteliklerinden sıyrılmış olarak sadece “hukuki bakımdan en üstün iktidar” anlamında anlaşılacak olursa, bu deyim devlet kudreti veya siyasal iktidar karşılığında kullanılması yanlıştır. Çünkü, yazılı bir anayasaya ve hukuk normları

¹⁰ D.D. Raphael, *Problems of Political Philosophy Revised Edition* (London: The Macmillan Press Ltd., 1977), s. 54-55.

¹¹ Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş, Yedinci Bası* (Ankara: İmaj Yayıncılık, 2001), s.21.

¹² Ernest Barker, *Principles of Social and Political Theory* (London: Oxford University Press, 1961), s. 59-60.

hiyerarşisi yönünden “anayasanın üstünlüğü” ilkesine dayanan rejimlerde siyasal iktidar en üstün otorite değildir. Böyle bir devlet düzeninde siyasal iktidar, karar alma, emir verme ve bu karar ve emirlerini gerektiğinde kuvvete (zorlama gücüne) başvurarak yerine getirme imkanlarına sahip olsa da netice itibariyle “sınırlı” bir iktidardır. Ve bu iktidarın sınırları da anayasada gösterilmiştir. Şu halde gerçek “üstün” iktidar, anayasayı yapan iktidar olmak gerekir.”¹³

Yukarda Munci Kapani’den yaptığımız alıntı da yazar gerçek üstün iktidarın anayasayı yapan iktidar olduğunu ve egemenlik kavramının bu iktidara tanınabileceğini belirtmektedir. Ancak kanımca gerçek egemenlik anayasa koyucuda değil anayasadadır; çünkü anayasayı yapan iktidar çok kısa bir süre egemendir ama; her gün esas egemen olan hukuksal açıdan son sözü söyleyecek olan anayasa olmaktadır. Kurucu iktidar devletin temel hukuk düzenini kuran, siyasal iktidarın hangi organlar tarafından, nasıl ve hangi sınırlar içinde kullanılacağını belirleyen ve herkes için üstün hukuksal normlar koyan iktidardır. Eğer bu iktidar asli kurucu iktidarsa bu temel hukuk düzenini kurarken, hukuksal açıdan olaya bakıldığında, hiçbir pozitif hukuk kuralıyla da bağlı değildir. Eğer tali, ikincil veya değiştirici kurucu iktidar ise, yürürlükteki anayasada değişiklik yapacak olan iktidardır ve bu değişikliği o anayasanın koyduğu yöntemle yaparak gerçekleştirmek zorundadır. Hangisi olursa olsun bu iktidarlar sürekli değildir, sürekli olarak egemenliği kullanmamaktadırlar; üstün hukuk kurallarını yani anayasayı veya anayasa değişikliğini yaptıktan sonra yok olmaktadır. Sürekli olarak varolan, sürekli olarak denetim yapan ve üstün olan anayasadır. O halde anayasa egemendir denmelidir. Ancak bu anayasanın da gerçek anlamda bir anayasa olabilmesi için sınırlı devleti, yani devlet karşısında bireylerin hak ve özgürlüklerini sağlayan bir anayasa olması gerekir.¹⁴

Anayasadan ne anlaşılması gerekir? Tüzel kişilerin temel özelliği bunların ancak bir “statut”a sahip olmaları ile hukuksal kişiliklerinin varolabilmesidir. Hukuksal faaliyette bulunabilmek için tüzel kişinin bazı organları olmalıdır. Bu organlar da ancak böyle bir “statut” olursa varolabilirler. O halde “statut”usu olmayan bir tüzel kişilik olamaz. Yukarda belirtildiği gibi devlet de bir tüzel kişidir ve devletin “statut”usu ise anayasadır. Anayasa dendiğinde her şeyden önce bir devletin kuruluşunu, örgütlenişini, iktidarın el değiştirmesini

¹³ Kapani, a.g.e., s. 62.

¹⁴ Barker, a.g.e. s. 61.

ve kişilerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen kurallar anlaşılmalıdır.¹⁵

Anayasa Mahkemesi bir kararında şunları belirtmiştir: “‘Egemenlik’ başlıklı bu maddenin üçüncü fıkrasında, hiçbir kimsenin ya da organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı öngörülmektedir. Anayasa, kendisi düzenlemedikçe, açıkça olur vermedikçe ya da bir yasa ile düzenlenebileceğini belirterek bu yolla kullanılacağını bildirmediği, bir organ ya da kişi bir devlet yetkisini kullanamaz. Anayasa’ya dayanmayan, Anayasa’dan kaynaklanmayan Devlete ilişkin yetki söz konusu olamayacağından, böyle bir yetkinin kullanılması da düşünülemez. Anayasal dayanak, geçerlik koşuludur.”¹⁶ Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi bu kararıyla devlette esas egemenliğin anayasada olduğunu kabul etmiştir.

1982 Anayasasının “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir” ilkesi egemenliğin kayıtsız şartsız olduğunu değil; bu egemenliğin ulusa ait olmasının kayıtsız ve şartsız olduğunu hükme bağlamaktadır. Yani egemenliğin ulus dışında bir sahibi yoktur. Bu Türkiye’nin rejiminin demokrasi olması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak yine aynı maddeye göre “Türk milleti egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır.” Görüldüğü gibi burada egemenliğin kullanılması Anayasadan kaynaklanan bir yetkiyle olmalıdır. Yine kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin olamayacağı da hükme bağlanmıştır. Bunun yanında Anayasasının 11. maddesi aynen şu hükmü getirmektedir: “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Yinelemek gerekirse, demek ki devletin egemenliğine dayanan faaliyetlerinin tümü Anayasayla sınırlı birer yetkidir.¹⁷ Devletin egemenliğine dayanan faaliyetleri de yasama,yürütme ve yargılama faaliyetleridir.

Değişen Egemenlik Anlayışını Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına Etkileri

Harold Laski devlet kavramıyla ilgili şunları belirtmiştir: “Günlük yaşamdaki karşılaşmalarda insan doğasını inceleyen herkes Devletin, kaçınılmaz bir örgütlenme olarak ortaya çıkmak zorunda

¹⁵ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku Yedinci Bası* (İstanbul: Beta, 2001), s. 136.

¹⁶ E. 1990/2, K. 1990/10, k.t. 30.5.1990, *AMKD*, Sayı: 26. s. 206.

¹⁷ Teziç, *a.g.e.*, s.122-123.

olduğunu anlayacaktır. Ama Devletin bir zorunluluk olduğunu kabul etmek, onun herhangi bir biçimde ahlaksal olarak bir üstünlüğe sahip olduğunu da kabul etmek anlamına gelmez. Çünkü her şeyden önce Devletin kendisi bir amaç değildir; sadece insanların yaşamlarını zenginleştirmeyi gerçekleştirme gibi belirli bir amaç için kullanılan bir araçtır. Bizler Devletin amaçları için değil kendi amaçlarımız için Devletin uyruklarıyız. Gerçekleştirilebilir iyilik mutlaka kişilerin yaşamları bakımından kazanılmış veya elde edilmiş bazı mutluluklar demektir. Yoksa iyilik hiçbir anlam taşımaz. Bu nedenle Devlet iktidarı böyle bir mutluluğun mümkün olduğu ölçüde çoğalıp yaygınlaşması için kullanılmalıdır. Devletin gayretleriyle insan kişiliğinin gelişimini kısıtlayıcı engellerin ortadan kaldırıldığını görmediğimizde Devletten kuşku duymakta haklıyız demektir. Devlet kudreti insanın gelişiminin önündeki engelleri kaldırmada kullanılmadığında Devleti kınamakta haklıyız. En sonunda, en azından insanların zihinleri kendileri için ne iyi ise onu gerçekleştirmekten başka bir amaç için kullanılamaz. Daha az bir ideale insanlar bağlanamaz. İnsanlar dirayetli bir biçimde, iktidarın kötüye kullanılmasından ortaya çıkan kulluktan, bu kulluk ister maddi ister manevi kulluk olsun, kurtulmaya çalıştıklarında tam anlamıyla vatandaşlık görevlerini yerini getirmiş olurlar.”¹⁸

Devletin en önemli kriteri olarak kabul edilen egemenlik kavramı çağımızda tartışmalara konu olmuş ve çeşitli yönlerden eleştirilmiştir. Devlete atfedilen mutlaklık, üstünlük, sınırsızlık, bölünmezlik ve devredilmezlik gibi nitelikler günümüzdeki hukuk devleti anlayışı karşısında artık savunulamaz bir duruma gelmiştir; çünkü mutlak bir egemenlik anlayışı bizi mutlak bir rejime götürür. Mutlak ve sınırsız bir iktidar ise çağımızda “hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devleti veya anayasal devlet hukukla bağlı ve sınırlı devlet anlayışına dayanır. Bu anlayış içinde sınırsız güç anlayışına yer yoktur. Hukuk devletinin olduğu toplumlarda olsa olsa hukukun üstünlüğü söz konusu olabilir.”¹⁹

Anayasa Mahkemesi hukuk devleti tanımını şöyle yapmaktadır: “Hukuk devletinin temel unsuru, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan bir devlet olmak gerekir. Hukuk devletinde Yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, Devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, Yasa

¹⁸ Laski, a.g.e., s. 88.

¹⁹ Kapani, a.g.e., s. 59.

Koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir. Çünkü yasanın da üstünde Yasa Koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa vardır. Hukukun ana ilkelerine dayanmayan, Devletin amacı ve varlığı nedeniyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda ortaya çıkan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan yasalar kamu vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir yasayı hukuk devletinin tasarrufu niteliğinde saymak olanaksızdır.”²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin bu anlayışı içinde klasik egemenlik anlayışının devlete atfettiği mutlaklık veya üstünlük gibi niteliklerin yeri olamaz. Yine Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında “hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir”²¹ demiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında hukukun bilen ve tüm uygar ülkelerde benimsenmiş olan ilkelerine yeteri denli özen gösterdiği söylenemez.

Klasik egemenlik kavramı tek, bölünmez ve en üstün olma bakımlarından federal devleti açıklamada güçlüklerle karşılaşmaktadır. Federal devlette bir merkezi devlet ve ona bağımlı olan üye devletler vardır. Devletin mutlaka egemen olması gerektiği söylendiğinde üye devletlere devlet niteliğini tanıyabilmek için onlara klasik anlamda egemenlik tanımak gerekecektir. Ancak bu takdirde merkezi devlet ortadan kalkmış olacaktır. Oysa merkezi devletin devletlerarası tüzel kişiliği tartışmasızdır. Yine eğer üye devletler egemen olarak kabul edilecek olursa, federasyonla konfederasyon arasında bir fark kalmayacaktır. Buna karşılık merkezi devleti egemen olarak kabul edecek olursak bu kez de üye devletleri tek yapılı devletlerdeki mülki bir bölünme gibi ele almak gerekecektir. Bu ise bizi federal devlet gerçeğini inkara götürecektir.²²

Klasik egemenlik anlayışı kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de bağdaşmaz. Bilindiği gibi, geleneksel egemenlik anlayışında iktidarlar egemenliğin unsurlarıdır. Bu unsurların bir araya gelmeleri egemenliği ortaya çıkarır. İktidar egemenliğin bir organa verilmiş bulunan bir parçasıdır. Egemenlik bölünmez olduğuna göre bu iktidarların her biri egemendir ve egemenlik tek olduğuna göre de birden çok egemen iktidar olsa da hiçbir zaman birden çok egemenlik yoktur. Montesquieu'ya göre yasama, yürütme ve yargı iktidarlari

²⁰ E. 1976/1, K. 1976/28, k.t. 25.5.1976 *AMKD*, Sayı: 14. s. 189.

²¹ E. 1963/166, K. 1964/76, k.t. 22.12.1964, *AMKD*, Sayı 2, s. 291; E. 1985/31, K. 1986/11, k.t. 27.3.1986, *AMKD*, Sayı 22, s. 119-120.

²² Akbay, a.g.e., s. 484.

ayrı ayrı ellerde toplanmadıkça o ülkede anayasal devlet ortaya çıkamaz. Montesquieu kuvvetler ayrılığını özgürlüklerin güvencesi olarak görmüştür. Montesquieu'nun görüşüne uygun olarak düzenlenen anayasalarda devlet gücü yasama, yürütme ve yargılama iktidarı olarak düzenlenmiştir. Yani egemenliğin kullanılışı birbirinden rejimin özelliğine bağlı olarak az veya çok bağımsız olan organlar arasında bölüştürülmüştür. Bu açıklamalar açıkça tutarsızdır; çünkü eğer egemenlik tek ve bölünmez bir güçse böyle çeşitli unsurlara bölünmesi her parçasının ayrı bir organa verilmesi ve her bir organın kendi iktidar alanı içinde egemen olması açıklanamaz.²³ Kuşkusuz bu bölüştürme klasik egemenlik anlayışında yer alan egemenliğin bölünmezliği ilkesine açıkça aykırıdır.²⁴

Klasik egemenlik anlayışının çağımızdaki insan hakları anlayışıyla da bağdaşmadığı ortadadır. Yirminci Yüzyılda insan hakları alanında en önemli gelişmenin, bireyin uluslararası hukuk öznesi durumuna gelmesi oluşturmaktadır. İkinci Dünya Savaşı öncesinde Almanya'da Nazizmin ve İtalya'da Faşizmin kurulması ve her iki ülkede devletin ve egemenliğinin yüceltilmesi ve yine dünya savaşının doğurduğu acı sonuç insanın insan olarak değerini reddeden ve insanlar arasında eşitliği kabul etmeyen görüşlerin yeniden ortaya çıkmaması için insan haklarına saygılı bir düzenin kurulmasını zorunlu bir duruma getirmiştir. 10 Aralık 1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ve 4 Aralık 1950'de Avrupa İnsan Haklarının kabulüyle birlikte bu alanda çok büyük adımlar atılmıştır. İnsan hakları egemenliğin geleneksel anlayışının inkarı anlamına gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin en önemli özelliğini bireysel başvuru hakkı oluşturmaktadır. Türkiye Bireysel başvuru hakkını 28.1.1987 tarihinde tanımıştır. 1998 yılında yürürlüğe giren 11. Protokolle birlikte kişinin devlete karşı etkin bir biçimde korunması yolunu açan başvuru hakkı devlet başvurusu gibi zorunlu bir yetki haline getirilmiştir.²⁵ Egemenlik ilkesi devletlerin birbirlerinin iç işlerine karışmamalarını gerektirir. Oysa insan hakları konusundaki uluslararası gelişmeler karşısında bu ilkenin gözden geçirilmesi gerekmektedir.²⁶ Bu gelişmeler bize artık geleneksel egemenlik

²³ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku Yedinci Baskı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), 169-170.

²⁴ Kapani, a.g.e., s.61.

²⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi konusunda bakınız: Feyyaz Gölcüklü ve Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Üçüncü Bası* (Ankara: Turhan Kitapevi, 2002).

²⁶ John Schwarzmantel, *The State in Contemporary Society* (New York: Harvester, 1994), s. 197.

düşüncesinin insan haklarının çağımızdaki gelişimi karşısında çağdışı bir anlayış olduğunu göstermektedir.

Çağdaş insan hakları doktrini özünde kişiyi kendi devletine karşı korumak amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu kuram eğer insan hakları korunacaksa potansiyel olarak bütün kötülüklerin kaynağı olan devletin denetlenmesi gerektiği görüşünden hareket etmektedir. İnsan hakları kuramı kişiyi korurken aynı zamanda devletin etkin bir biçimde işlemlerini güçleştirebilir; çünkü bu insan haklarının gerçekleşmesi şeffaflık, demokrasi, düşünceyi açıklama özgürlüğü ve devletin sorumluluğunu gerektirdiğinden devletin zayıflıkları ortaya çıkabilecektir.²⁷

İnsan hakları açısından Türkiye'nin önemli sorunları bulunmaktadır. Bu sorunlar ülkemizin Avrupa Birliği'ne girişini güçleştirmektedir. Avrupa Birliği'ne girebilmede karşımıza çıkan en önemli engel, "üyeliğin aday ülkenin demokrasiyi garanti altına alan kurumlarının istikrara kavuşmasını, hukuk devletinin gerçekleşmesini, insan hakları ve azınlıklara saygı ve korumayı gerekli" gören Kopenhag kriterleri oluşturmaktadır. Türkiye'nin bu kriterleri karşılamada sorunları olduğu ortadadır.²⁸

Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamıştır; ama bu Sözleşmeyi hayata geçirmede çok başarılı olduğu söylenemez. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu Sözleşmeye taraf olan devletleri ortak bir demokrasi standardına zorlayan bir "Avrupa Anayasası" konumuna gelmiştir. Demokrasinin korunması düşüncesi temel alınarak hazırlanan ve Türkiye'nin iç hukukunun bir parçası haline gelmiş bulunan bu Sözleşmenin hükümlerinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda anlaşılabilir Anayasa Mahkemesi'nce ve diğer mahkemelerce uygulanması ve ölçü norm olarak kullanılması gerekmektedir. Oysa, Anayasa Mahkemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ölçü norm olarak değil, kararının gerekçesini güçlendirmek, Avrupa'da sanki bu Sözleşmenin hükümleri uygulanıyormuş izlenimini yaratmak amacıyla destek norm olarak uygulamıştır. Açıkça kararlara yazılmamış olsa da bu yolun seçilmesinde anayasa yargıçlarının klasik egemenlik anlayışına bağlı olmalarının da rolü olmuştur. Anayasa Mahkemesi ulusal anayasa ve yasa hükümlerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve içtihatlarına uygun yorumlamayacak yerde, Sözleşme hükümlerini iç hukuk

²⁷ Aslan Gündüz, "Human Rights and Turkey's Future in Europe" *Orbis* (Winter 2001), s. 16

²⁸ Gündüz, *a.g.m.*, s.18.

hükümlerine uygun yorumlamak yolunu seçmiştir. Bunun nedeni Sözleşme hükümlerine atıf yapılarak Sözleşmeye bağlı kalındığını göstermek istemesidir.²⁹

1982 Anayasası uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul etmemiştir. 1982 Anayasasının uluslararası antlaşmaların uygun bulunmasına ve antlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin 90. madde hükmü 1961 Anayasasının bu konudaki hükmünden, “uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği” gerekçesiyle “aynen” alınmıştır. Oysa bu hüküm, antlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda şu an oldukça sorun yaratan bir hüküm durumuna gelmiştir. Anayasanın 90. maddesine göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz.” Bu nedenle, her ne kadar Anayasa’ya göre antlaşmaların Anayasa’ya aykırılıkları ileri sürülemezse de, antlaşmalara aykırı yasal düzenlemelerde bulunmak olasılığı vardır. Kuşkusuz böyle bir uygulama Türkiye Cumhuriyeti’nin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi anlamına gelir ve uluslararası hukuktan doğan sorumluluğuna yol açabilir. Ama iç hukuk bakımından buna bir engel bulunmamaktadır. Türk öğretisinde bu söylediklerimizin tümüyle benimsendiği söylenemezse de, Anayasa Mahkemesi’nin bugüne dek anlayışı yukarıdaki görüş doğrultusunda olmuştur.³⁰ Yani Yüce Mahkemeye göre Anayasamıza göre antlaşmalarla yasalar eş düzeyde olduklarından, uygulanacak kuralın “sonraki yasa-önceki yasa” ve “özel yasa-genel yasa” ilişkilerindeki ilkelere göre belirlenmesi gerekmektedir.³¹ Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi’ne göre insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmeler

²⁹ Bakanız Haşım Kılıç’ın Fazilet Partisi kapatma kararına karşı yazdığı karşıoy yazısı: E. 1999/2, K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, *Resmî Gazete* 5 Ocak 2002, Sayı: 24631 (Mükerrer), s. 587.

³⁰ Anayasa Mahkemesi zina suçunu işleyenlerin Türk Ceza Yasası’nın 441. ve 442 maddeleri uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmalarını düzenleyen maddelerini, “eşitlik ilkesine” aykırı bularak iptal ederken, kararın bir yerinde aynen şöyle demiştir: “Anayasa’ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayrımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa’nın ‘Kanun önünde eşitlik’ başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamaktadır.” Bakanız E. 1996/15, K. 1996/34, k.t. 23.9.1996, *AMKD*, Sayı: 32/2, s. 807.

³¹ Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Siyasi Partiler Yasası hükümleri arasında uyumsuzluklar olmasına rağmen, bu davalarda Siyasi Partiler Yasası’nı sonraki ve özel yasa olması nedeniyle uygulamıştır.

“Anayasa’ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası”³² belgelerdir.

Ne yazık ki, 2001 Anayasa değişikliği yapılırken Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metinde yer alan Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenmesi önerilen, “Kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır.” yolundaki hüküm kabul edilmemiştir. Oysa, değişiklik gerekçesinde de belirtildiği gibi, “bu hüküm Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli” idi. Böyle bir hüküm kabul edilseydi, Anayasa Mahkemesi yukarı aktardığımız içtihadından vazgeçmek zorunda kalacak ve örneğin, Siyasi Partiler Yasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri arasında bir çelişki olduğunda Sözleşme hükümlerini ve dolayısıyla da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadını uygulamak durumunda kalacaktı. Şunu belirtelim ki, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü birçok çağdaş anayasada kabul edilen bir ilkedir.

2001 Anayasa değişikliği sırasında 90. maddede öngörülen değişikliğin temel amacı Avrupa Birliği ile bütünleşmeyi sağlamaktır. Kanımca eğer bu değişiklik çıkabilseydi hukuksal açıdan Avrupa Birliği’yle bütünleşmenin önündeki hukuksal engeller de büyük ölçüde ortadan kalkmış olacaktı. Acaba Avrupa Birliği’ne katılabilmek için Anayasa’nın 6. maddesinde yer alan “egemenlik” ile ilgili maddede değişiklik yapılmasına gerek var mıdır?

Anayasa’nın 6. maddesi kayıtsız şartsız Millete ait olan egemenliğin Anayasa’nın koyduğu esaslara göre yetkili organlarca kullanılacağını belirtmiştir. Bu yetkili organlar arasında milletlerarası kuruluşlara yer verilmemiştir. Acaba bu durum Avrupa Birliği’ne girmek için bir engel mi oluşturmaktadır? Avrupa Birliği’ne girilmesi durumunda Türkiye’nin karşılaşacağı güçlükler egemenliğin ulusa ait olmasından kaynaklanmamaktadır. Çağdaş anlayışta egemenliğin ulusa ait olması iktidarın kaynağının ulusa ait olduğu ve ulusu oluşturan fertler arasında bir ayırım yapılamayacağını ifade eder. Yine egemenliğin bölünmezliği de devletin bir sınıf devleti olmadığını, ideolojik, etnik, dini, siyasi görüşü ve inançlarından ötürü hiçbir vatandaşın dışlanamayacağını ifade eder. Sırf hukuksal açıdan bakıldığında bu biçimde anlaşılan egemenliğin devri ile bu egemenlikten doğan yetkilerin devrini birbirine karıştırmamak gerekir. Devri yasak olan egemenliğin kendisidir. Oysa egemenlikten doğan

³² E. 1996/15, K. 1996/34, k.t. 23.9.1996, *AMKD*, Sayı 32/2, s. 807.

yetkilerin milletlerarası kuruluşlara devrederek bu yönde bir iktidar sınırlandırılması yapılabilir.³³ Yani Anayasanın 90. maddesinde yapılması istenen değişiklik gerçekleşseydi, Avrupa Birliği'yle bütünleşme önündeki önemli engeller ortadan kalkmış olurdu denebilir.

Ama hemen bunun yanında belirtilmelidir ki, Anayasa'nın 90. maddesindeki değişiklik önerisi milletlerarası antlaşmalara hukuk normları hiyerarşisinde yasalardan üstün fakat anayasanın altında bir konum vermekteydi. Avrupa Birliği'yle bütünleşme sürecinde anayasaya aykırı uluslararası kurallar sorunun ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda, uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunun bir ön denetimle Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi ve Anayasa'ya aykırılık saptanırsa ya Anayasa'nın değiştirilmesi ya da uluslararası antlaşmanın ancak anayasanın değiştirilmesinde aranan çoğunlukla uygun bulunması zorunluluğunu getirmek gerekecektir.

1982 Anayasası'nın Temel Haklar ve Özgürlükler Başlıklı ikinci kısmının genel gerekçesinde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne atıfta bulunulmuş bu bölümün bu sözleşmelerin hükümlerine uygun hazırlandığı belirtilmiştir. 2001 Anayasa değişiklik gerekçesinin genel gerekçesinde de "... Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi kriterlerin karışanmasının, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerinin yapılmasının ön şartı olarak Anayasa'da bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır." denilmiş ve "Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliğinin" hedeflendiği vurgulanmıştır. Anayasa'nın 13. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ilkeler doğrultusunda değiştirilmiş ve genel sınırlama maddesi olmaktan çıkarılmış bir "genel koruma hükmü" haline gelmiştir. Kabul edilen yeni sınırlama rejimi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ilkelerle uyumu içindedir.³⁴ Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı hükme bağlanırken milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi gerektiği hükme bağlanmıştır. O

³³ Hayati Hazır, "Avrupa Birliği Hukuku İle Türk Hukuk Sisteminin Bütünleşmesinde Egemenliğin Devri Sorunu", *Prof. Dr. Halil Cin'e 10. Hizmet Yılı Armağanı* (Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1995), s. 60-61.

³⁴ Yüksel Metin *Ölçülülük İlkesi* (Ankara: Seçkin yayınları,2002), s.210.

halde normal dönemlerde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler hiç ihlal edilmemelidir sonucuna haydi haydi varılmalıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerden temelde anlaşılması gereken Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarıyla ilgili sözleşmeler olduğu açıktır. O halde her ne kadar Anayasa'nın 90. maddesinde uluslararası sözleşmelerin yasalar düzeyinde olduğu belirtiliyorsa da, Anayasa'nın 15. maddesi özel bir durumu düzenlediğinden insan haklarıyla ilgili sözleşmeler söz konusu olduğunda 90. maddenin değil Anayasa'nın 15. maddesinin hükmü uygulanmalı ve insan haklarıyla ilgili sözleşmeler uygulanmalıdır. 15. madde kapsamına giren uluslararası antlaşmalar açıkça yasa üstü bir hukuksal statüye sahiptirler. Bu sözleşmeler anayasal kurallar niteliğindedir. Bütün bunların yanında, belki de daha önemlisi, Anayasa'nın 2. maddesi açıkça Türkiye Cumhuriyeti'nin "insan haklarına saygılı" olacağını hükme bağlamaktadır. O halde insan haklarına saygı Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerinden biridir.

Sonuç olarak, son Anayasa değişikliklerinden sonra Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi ve Anayasanın 2. maddesindeki "insan haklarına saygılı devlet" ilkesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerini ulusal yasalardan daha önce uygulaması gerektiği sonucuna varılmalıdır.³⁵ Bu insan hakları ihlallerini azaltacak ve her sorunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmesini önleyecektir. Yani kirli çamaşırlarımızı önce kendimiz yıkayacağız. Umarım ki, kısa bir süre içinde Anayasa Mahkemesi de bu sonuca varacaktır. Artık insan hakları konusunda klasik egemenlik kavramının veya anlayışının geçerliliği hiçbir biçimde savunulmaz. Türkiye de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni imzalamakla egemenlik konusunda bizim görüşümüze uygun davranmıştır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesine göre Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt etmektedirler.

En Az Tehlikeli Organ: Mahkemeler

Alexander Hamilton'a göre, yargı fonksiyonu doğası gereği anayasada yazılı hak ve özgürlükler için en az tehlikeli olan organdır. Yürütme organının elinde hem kılıç bulunmakta hem de bu organ toplum içinde insanlara ödülleri dağıtabilmektedir. Yasama organı devletin bütçesini yapabilmekte ve bunun yanında kişilerin hak ve

³⁵ Bu yorum Haşım Kılıç'ın Karşioy Yazısından yararlanılarak yapılmıştır. Bakınız: Kılıç, Fazilet Partisi kararına yazdığı Karşioy Yazısı, s. 588-589.

özgürlüklerini belirleyen kurallar koyabilmektedir. Oysa yargı organının ne devletin bütçesine ne de cebir gücüne sahiptir. Yani ne parasal olanaklara ne de güce sahiptir. Yargı sadece karar verir ve bu kararının yerine getirilmesinde de yürütme organının yardımına ihtiyacı bulunmaktadır.³⁶ Hamilton da Montesquie gibi eğer yargılama yasamadan ve yürütmeden ayrılmazsa özgürlüklerin kalmayacağını söylemektedir. Hamilton'a göre özgürlüğün yargıdan çekinmesine hiçbir gerek yoktur. Ama eğer yargı, yasama veya yürütmeyle birleşirse bu yargının ve özgürlüklerin aleyhine sonuç doğacaktır. Yani bu durumda kaybedecek olanlar yargı ve özgürlüklerdir. Demek ki, özgürlüklerin korunmasında yargının özel bir yeri ve önemi bulunmaktadır. Sınırlı devletin gerekçeleşmesi için mahkemelerin tümüyle bağımsız olması gerekir. Anayasayla getirilen sınırlamaların uygulamada korunabilmesi için de mahkemelerin Anayasaya aykırı olan yasaları geçersiz sayabilmeleri gerekir.

1787 ABD Anayasası'nda yasaların anayasaya uygunluğunun mahkemelerce denetlenebileceğine ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen, ABD Yüksek Mahkemesi 1803 tarihinde Marbury v. Madison davasında kendisini bu denetime yetkili görmüştür. Yargıç Marshall'a göre Anayasa ya alelade yasalar gibi değiştirilemeyen üstün bir yasadır; yahut yasama organının dilediği zaman değiştirebileceği, normal yasalarla aynı düzeyde bir metindir. Eğer Anayasa diğer yasalardan üstünse yasama organının Anayasa'ya aykırı işlemleri yasa değildir. Marshall'a göre yargının temel görevi hukukun ne olduğunu söylemektir. Mahkeme dava konusu olan olayda birbiriyle çatışan iki hukuk normunun olduğunu görecektir. Bunların uygulama alanlarını saptamak durumundadır. Bir yasa Anayasa'ya aykırı olursa, belli bir olay hakkında hem yasa hem de Anayasa'da uygulanacak kural varsa mahkeme davayı ya yasaya göre ya da anayasaya göre çözecektir. Buna karar vermek doğrudan doğruya yargının görevi içinde bir konudur. O halde, mahkemeler Anayasa yasadaki üstün bir metin olduğuna göre olayı anayasaya göre çözmek durumundadırlar. Aksi takdirde Anayasa yapmanın bir anlamı kalmayacaktır.³⁷ Kanımca Marshall'ın yürüttüğü mantık günümüzde de geçerlidir.

Belirli bazı temel ilkelerin üstünlüğü, özellikle insan haklarının üstünlüğü ve de önceliği, kurallar hiyerarşisinde daha üstte yer alan hukuksal ilkelerin yazılı bir biçime büründürülmesi ve yargının alelade

³⁶ No. 78 *The Federalist* (New York: The Modern Library, 1937).

³⁷ Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi* (Ankara: AÜSBF Yayını, 1951), s. 168-172.

yasalar karşısında anayasayı uygulama göreviyle donatılması biçimindeki üç ilkenin birleşmesi böylece önce ABD’de ortaya çıkmıştır. Daha sonra bu durum başka ülkelerde de hukuk devleti olmanın bir gereği olarak düşünölmüştür.³⁸ Temel hak ve özgürlöklere çağımızda devletin sınırlandırılmasının bir aracı olarak yazılı anayasalarda geniş yer verilmesinin nedeni budur. Yazılı anayasaların değıştirilmesinin diğer hukuksal düzenlemelere oranla daha ağır koşullara bağlanmış olması ve kurallar hiyerarşisinde en üstte yer alması insan haklarının güvenceye alınması bakımından önemlidir. Yani artık insan haklarının korunmasında yasama organına güvenmenin ve yasayla sınırlamanın yeterli olmayacağı anlaşılmıştır. Özellikle, II. Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalarda hak ve özgürlöklere ayrıntılı bir biçimde anayasalarda yer alması bu gerçeğe bir çözüm arayışının bir yansıması olarak görölmelidir. Hukuk devletinin gerçekleşmesi ve hak ve özgürlöklere korunması için yasaların anayasa uygunluğunun da sağlanmasını gerektirmektedir.

Zor Davalar ve Anayasa Mahkemesi

“Zor davalar” hiçbir kuralın uyuşmazlığa uymadığı ya da uygulanacak kuralların açık seçik olmadığı davalardır. Hukuki pozitivistler yargının yasama organı veya emsal kararlar tarafından yaptırıma bağlanmamış olan yeni kurallar bulduklarını söylerler; ancak hukuk sistemi genel olarak öngörülebilir bir kurallar sisteminden oluştuğu sürece zor davalar hukukun küçük bir parçasını oluştururlar.³⁹

Anayasa Mahkemeleri “zor davalar” dediğimiz davalarda kanımca özgürlöklere yana yorumlarda bulunmalıdırlar. Anayasa mahkemelerinin kuruluş nedenleri arasında anayasayı korumak olduğuna göre ve anayasalarda sınırlı iktidarı gerçekleştiren araçlar olduklarından bu mahkemelerin temel görevleri özgürlöklere korumak olmalıdır. Anayasa Mahkememizin bu görevi ne denli yerine getirdiği konusu henüz üzerinde yeteri denli durulmuş bir konu değildir. Biz Anayasa Mahkemesi’nin özgürlöklere konusundaki tutumuna örnek olması bakımından ve “zor davalar” olarak nitelendirilebilecek olmalarından ötürü üç tür davayı esas aldık. Bunlardan ilki Anayasa Mahkemesi’nin “türban”la ilgili kararları; ikincisi “Medeni Yasa” ile ilgili verdiği son kararlar ve üçüncüsü de

³⁸ Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (New York:Bobbs-Merrill, 1973), s.42.

³⁹ Norman P. Barry, *Modern Siyaset Teorisi Çev. Mustafa Erdoğan ve Yusuf Şahin* (Ankara: Liberte Yayınları, 2003), s. 52-53.

siyasi parti kapatma davalarıdır. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nin "özgürlükler" konusunda verdiği ve özgürlükler açısından da olumlu sayılabilecek kararları çok fazla olmasa da vardır. Ama bu üç tür karar incelendiğinde Anayasa Mahkemesi'nin özgürlükler konusundaki eğilimi kanımca ortaya çıkacaktır.

Anayasa Mahkemesinin "Türban", Medeni Yasa ve Siyasi Parti Kapatma Davalarındaki Değerlendirmeleri

"Başörtüsü Sorunu"

Anayasa Mahkemesi yüksek öğretim kurumlarında giyilecek kıyafetle ilgili verdiği iki kararda "devlet yönetiminin din kurallarından hiçbir biçimde etkilenmemesi" gerektiği görüşünden hareket etmiş ve laik bir devlet düzeninde yasaların dinsel inanç ve gereklere göre yapılmasının mümkün olamayacağını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "laik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılamaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.... İncelenen kural. Kamu kuruluşlarından sayılan yüksek öğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlilik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle laiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan laik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesi benimsenemez.... Devlet yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır.... Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Yasalar dinsel temele oturtulamaz."⁴⁰ Anayasa Mahkemesi Refah Partisi ve Fazilet Partisi kapatma davalarında da bu partilerin başörtüsü konusundaki tutum ve görüşlerini eleştirmiştir. Yüksek Mahkeme bu konuda şunları belirtmiştir: "Demokratik bir toplumda, başörtüsü veya türban kullanarak bir dinin gereklerini açıkça sergileyebilme özgürlüğünün, başkalarının haklarının korunabilmesi için kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla yasaklanmasında hukuka aykırılık bulunmadığı Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın konuya ilişkin kararlarıyla saptanmıştır. Ancak, davalı Partinin mensupları bu

⁴⁰ E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, s. 148-152; E. 1990/36, K. 1991/8, k.t. 9.4.1991, *AMKD*, Sayı 27/1, s. 300-301.

kararları gözardı ederek yasalara aykırı olmasına karşın türban veya başörtüsünün serbest bırakılması için demokrasinin temel değerleriyle bağdaşmayan kendilerine özgü bir lâiklik tanımı ile başta TBMM olmak üzere çeşitli yer ve toplantılarda gerçekleştirdikleri eylem ve yaptıkları konuşmalarla sürekli olarak, kamu görevlilerinin kendilerine zulüm ve zorbalık yaptıkları gerekçesiyle halkı bu kişilere karşı kin ve düşmanlığa tahrik etmişlerdir....⁴¹

İlk olarak bu kararlarla ilgili olarak belirtilmesi gereken Anayasa Mahkemesi'nin laiklik anlayışının devlet yönetiminde din kurallarında esinlenilmemesi gerektiği biçiminde laiklik anlayışının en geniş anlaşılışına bağlı kalmasıdır. Laikliğin bu anlaşılış biçimi ne yazık ki özgürlüklerin kısılmasına neden olabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Anayasa'daki laiklik ilkesine ... karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi, demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu temel ilke ele alınarak değerlendirilmesi zorunludur.... laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşı laiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır."⁴² Anayasa Mahkemesi'nin bu söylemini özgürlükçü bulmaya olanak yoktur.

Anayasa Mahkemesi'nin üniversitelerde kız öğrencilerin dinsel nedenlerle başlarını örtmelerine olanak tanıyan bu düzenlemeyi inançları nedeniyle başlarını örtmek isteyen öğrencilere tanınan bir imkan veya bir hoşgörü olarak görmemek istemesi yadırgatıcıdır. Tek karşı oy yazısı yazmış bulunan Mehmet Çınarlı'nın belirttiği gibi " Din ve vicdan hürriyetinin gereği olarak boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılmasının dinin Devlet işlerine karıştırılmasıyla bir ilgisi yoktur. Giyim-kuşam bir Devlet işi değil, bir fert işidir. Zorunluluk bulunmadıkça Devletin buna karışmaya hakkı yoktur. Başörtüsü veya türban kullanmayı serbest bırakan kanun hükmüyle Devletin temel düzeninin din kurallarına dayandırıldığı da ileri sürülemez. Başın örtülmesi veya açılması Devletin temel düzeniyle değil, kişinin zevki ve inancıyla ilgilidir. Dava konusu kanunla bu konuda kişiye serbestlik tanınmış olması Anayasa'nın lâiklik ilkesini ihlâl etmez."⁴³ Şu da belirtilmelidir ki, kız öğrenciler başlarını örtükleri gerekçesiyle

⁴¹ E. 1990/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, *AMKD* Sayı: 37/2, s. 1498-1499.

⁴² E. 1989, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, s. 143-158.

⁴³ Bakınız: Mehmet Çınarlı'nın karşıoy yazısı. E. 1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, s. 162.

üniversitelere alınmadıklarında bu kişilerin Anayasada hükme bağlanmış bulunan eğitim ve öğretim özgürlükleri zedelenmektedir. Bir başka deyişle üniversitelerdeki başörtüsü yasağı Anayasada yer alan eğitim ve öğrenim özgürlüğüne aykırıdır. Başörtüsünün dini siyasal amaçlarla kullanılması ise her olayda ayrıca değerlendirilmesi ve ispatlanması gereken bir husustur. Aksi kanıtlanmadığı sürece başörtüsü bir inanç sorunu olarak ele alınmalıdır. Kanımca ülkemizin bu konuda korkularının esiri olmaması gerekir.

Hiç kuşkusuz başörtülü kız öğrenciler kamu hizmeti veren taraf değil kamu hizmeti alan taraftır. Acaba kamu hizmeti alanların durumunu kamu hizmeti verenlerden farklı düşünmek gerekmez mi? Eğer bütün kamu hizmetlerini başlarını örtükleri gerekçesiyle bu kesime sunmayacak olursak, nelerin ortaya çıkabileceği de düşünülmelidir. Devlet hastanelerine başörtülüler sokulmadıklarını veya belediye otobüslerine bunların alınmadıklarını düşünelim. Her halde bu durumda ortaya tam bir karmaşa çıkacaktır.

“Medeni Yasa” ile İlgili Kararlar:

Türk devriminin ilki ve en önemlisi hiç kuşkusuz “Hukuk Devrimi”dir. Hukuk devrimi İsviçre Medeni Kanunu’nun kantonlarla ilgili olan veya önemli sayılamayacak bir kaç maddesi dışında tamamının Türkçe’ye çevrilmesiyle ortaya çıkan 937 maddelik metnin 743 sayılı *Türk Kanunu Medenisi* adıyla 4 Ekim 1926 günü 818 sayılı *Borçlar Kanunu* ile birlikte yürürlüğe girmesiyle gerçekleşmiştir. Yürürlükten kalmış bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi geniş ölçüde kadın-erkek eşitliğini sağlayan hükümler içeriyordu. Bunun en güzel örneği “Her şahıs medeni haklardan istifade eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavirdir” diyen 8. maddedir.

Ancak zaman içinde gelişen yaşam koşulları, toplumsal görüşler ve ortaya çıkan yeni düşünceler sonucunda eşitlikçi olarak nitelendirilebilecek bu önemli yasanın eşitliği zedeleyici nitelikte görülmesine ve bazı maddelerini Anayasa’nın benimsediği eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddialarını ortaya çıkardı. Önceki Medeni Yasa’nın bazı hükümlerinin kadın-erkek eşitliğini açıkça zedelediği hemen herkesçe kabul edilmekteydi. Örneğin, evlenme yaşı bakımından kadınların erkeklerden küçük yaşta evlenmesini sağlayan 144. madde hükmü, evlilik birliğinin gereksinimlerini karşılamak amacıyla üstlenilen borçlardan kural olarak sadece kocanın sorumlu olmasını düzenleyen 154. madde hükmü, vesayet bölgesinde

oturanlardan sadece erkeklere vasiliği kabul yükümlülüğü getiren 366. madde hükmü kadın-erkek eşitliğini zedeleyen kurallar arasındaydı.

Globalleşmenin de etkisiyle Anayasa Mahkemesi 17.2.1926 günlü, 743 sayılı Medeni Yasa'nın eşitlik ilkesine ters düşen bazı hükümlerini iptal etmiştir. Örneğin karının bir meslek veya sanatla uğraşabilmesini kocanın iznine tabi tutan 159. madde hükmünü⁴⁴; mirasçılıkta sahih nesepli çocuklar ile sahih olmayan nesepli çocuklar veya altsoyları arasında eşitsizlik yaratan 443. madde hükmünü⁴⁵ ve babalık davasında davalının evli olması durumunda babalığına hükmedilemeyeceğini öngören 310/II madde hükmünü⁴⁶ eşitlik ilkesine ters düştüğü için iptal etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik açısından bu övgüye değer kararları yanında bunun tam tersi sayılabilecek kararları da vardır.

Anayasa Mahkemesi 17.2.1926 günlü, 743 sayılı eski Medeni Yasa'nın 21. maddesinde yer alan "Kocanın ikametgahı karının ... ikametgahı addolunur" kuralını eşitlik ilkesi ve 23. maddede yer alan "yerleşme ve seyahat özgürlüğüne" aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Kocanın ikametgâhının karının ikametgâhı addolunacağına ilişkin itiraz konusu kural, aile birliğinin tek ikametgâh edinmesini temin amacına yöneliktir. Birliğin tek ikametgâhının bulunması, evlilik birliğinin devamlılığının ve düzeninin sağlanmasındaki kamu yararı amacını gerçekleştirilmesi nedeniyle Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı görülmemiştir. Bir başka anlatımla, evlilik birliğinin iyi işleminin ve düzeninin sağlanmasındaki kamu yararı itiraz konusu düzenlemeyi haklı kılmaktadır."⁴⁷ Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre, "İtiraz konusu kural ile, karının ikametgâhını seçme özgürlüğü, aile birliğinin sağlanmasındaki kamu yararı nedeniyle sınırlanmıştır. Bu sınırlama Anayasa'da yer alan aileyi korumaya ilişkin kurallara uygun olduğu gibi, demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırılık oluşturmamaktadır. Sınırlama, amaca ulaşmaya elverişli, uygun ve evlilik birliği içinde kimi koşulların gerçekleşmesi durumunda taraflara ayrı ikametgâh seçme ve oraya yerleşme özgürlüğü tanıyan kuralların da varlığı nedeniyle ölçülü

⁴⁴ E. 1990/30, K. 1990/31, k.t. 29.11.1990, *AMKD*, Sayı 27/1, s. 48-64.

⁴⁵ E. 1987/1, K. 1987/18, k.t. 11.9.1987, *AMKD*, Sayı 23, s. 297-318.

⁴⁶ E. 1980/29, K. 1981/22, k.t. 21.5.1981, *AMKD*, Sayı 19, s. 102-129. Anayasa Mahkemesi bu kararda itiraz konusu hükmü insan hakları ve Anayasa'nın genel ilkeleri yönünden de incelemiştir.

⁴⁷ E. 1993/23, K. 1993/55, k.t. 2.12.1993, *AMKD*, Sayı 35/1, s. 86.

olup, Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir."⁴⁸ Bu karar oybirliğiyle alınmış bir karardır.

Anayasa Mahkemesi 17.2.1926 günlü, 743 sayılı eski Medeni Yasa'nın 169. maddesinde yer alan ve kadının tasarruf ehliyetini kısıtlayan 169. maddedeki "Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz. Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir." hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "İtiraz konusu kuralın amacı, kapsam ve sonuçlarını bilmeden karının borç altına girmesini önleyerek onu ve aile birliğini korumaktır. Böylece karının, kocanın etkisi altında kalarak ekonomik gücünün sarsılmasının önlenerek aile birliğinin korunması sağlanmak istenmiştir. Karı yönünden sınırlama getiren itiraz konusu kural, aile birliğini koruyarak kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olup, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de çelişmediğinden Anayasa'ya aykırı değildir."⁴⁹

İşin ilginç yanı bu önemli kararın gerekçesi iki paragrafı da geçmemektedir. Neyse ki, bu karara Yalçın Acargün, Mustafa Bumin ve Fulya Kantarcıoğlu karşıoy yazısı yazmışlardır. Bu karşıoy yazısında itiraz konusu kurala benzer bir düzenlemeye çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış diğer ülkelerde rastlanmadığı belirtilmiş, bu kural "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" açısından değerlendirilmiş ve "Anayasa kurallarının yorumlanmasında, Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırma amacının gözetilmesini vurgulayan Anayasa'nın Başlangıç'ı da 10. ve 41. maddelerinin bu düzeye ulaşmayı engelleyecek biçimde yorumuna olanak"⁵⁰ vermediği vurgulanmıştır.

⁴⁸ Aynı karar, s. 86.

⁴⁹ E. 1997/27, K. 1998/43, k.t. 30.6.1998, *AMKD*, Sayı 35/1, 218.

⁵⁰ Bakınız Yalçın Acargün, Mustafa Bumin ve Fulya Kantarcıoğlu'nun Karşıoy Yazıları, aynı karar, s. 221. Bu ilk karar Resmi Gazete'de yayımlanmadan önce (15.1.2000 günü yayımlanmıştır) bir başka başvuru da yapıldığından ve bu başvuru da Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasında yer alan 10 yıllık yasağa girmediğinden Anayasa Mahkemesi Türk Kanununun Medenisi'nin 169. maddesinin ikinci fıkrası hakkında bir karar daha vermiştir. Bakınız: E. 1997/47, K. 1999/46, k.t. 28.12.1999, *AMKD*, Sayı 36/2, s.612- 619. Kanımca Anayasa Mahkemesi bu durumda ikinci kararda daha önce karar verildiği için "karar verilmesine yer olmadığına" biçiminde bir karar vermesi daha yerinde olurdu; çünkü ihtimal az da olsa iki kararın farklı olma olasılığı

Anayasa Mahkemesi 17.2.1926 günlü, 743 sayılı eski Türk Medeni Yasası'nın 310. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Müddealeyh, anaya evlenme vadettiği veya münasebeti cinsiye bir cürüm veya nüfuzu suiistimal teşkil eylediği takdirde müddeinin talebi üzerine hakim onun babalığına hükmeder" kuralının Anayasa'nın 10., 12. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemini oybirliğiyle reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "İtiraz konusu kural ile evlenme vaadi olmaksızın meydana gelen birleşmelerden doğan çocuk yönünden tüm sonuçlarıyla babalığa karar verilememesi nedeniyle kimi temel hakları, kamu yararı, kamu düzeni ve genel ahlâkın korunması amacı ile sınırlandırılmaktadır. Ancak, toplumun temeli olan aileyi korumaya yönelik bu sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan Anayasa'nın 12. ve 13. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir."⁵¹

Anayasa Mahkemesi bu kararlarda Medeni Yasa'nın herhangi bir hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmekten, bu önemli Yasanın bütünlüğü bozulacağı nedeniyle, çekinir gibi bir görüntü vermiştir. Sanki istediği yasa koyucunun yeni bir Medeni Yasa yapmasıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi'nin arzusu bu idiyse bu da gerçekleşmiştir. Ve 8 Aralık 2001 günü Resmi Gazete'de yayımlanan 4721 sayılı yeni Türk Medeni Yasası 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Medeni Yasa'daki değişikliklerin önemli bir bölümü de aile hukuku alanında ve özellikle kadın erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış ve böylece bütün çağdaş hukuk düzenlerinde benimsenmiş olan "eşitlik ilkesi" Medeni Yasa'nın gerekçesindeki ifade ile pekiştirilmiştir.⁵²

(birinin ret diğerinin iptal gibi) ortaya çıkmaktadır. Bu son kararda da karara karşı olanlar dörde çıkmıştır (Mustafa Yakupoğlu da karara karşı oy yazmıştır).

⁵¹ E. 1993/37, K. 1993/56, k.t. 7.12.1993, *AMKD*, Sayı 35/1, s. 95. Yine bu kararın da gerekçesi doyurucu olmadığı gibi son derece kısa bir karardır da. Anayasa Mahkemesi özellikle ceza hukuku alanında hiç bir biçimde özgürlükleri koruyucu bir tutum içine girmemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Ceza Sorumluluğu şahsidir", "Genel Müsadere Cezası verilemez", "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve işleme tabi tutulamaz" gibi, Anayasa'nın öngördüğü ilkelere uygun olmak koşuluyla suç ve cezaları belirleme yetkisi Yasakoyucu'nun takdirine bırakılmıştır." Bakınız: E.991/25, K.1991/18, k.t. 21.6.1991, *AMKD*, Sayı 31/1, s. 8-9.

⁵² Bakınız: "Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisi'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Ankara Milletvekili Yücel Seçkiner'in; Ankara Milletvekili Esvet Özdoğdu ve Dört

Ayrıca 3.10.2001 günlü 4709 sayılı yasayla Anayasa'nın 41. maddesi değiştirilerek "ailenin eşler arasında eşitliğe" dayandığı vurgulanmıştır. Anayasa'ya eklenen bu hükümle "evlilik birliği içinde kadın-erkek arasındaki eşitlik" bir kez daha vurgulanmakta ve yasa koyucuya ve Anayasa Mahkemesi'ne yol gösterilmektedir. Bundan böyle evlilik birliği bahanesine dayanılarak yasalarda veya yönetsel düzenlemelerde kadın-erkek arasında ayrımcılık yapılamayacaktır denebilir.

İnsanlar arasında fark gözetilmemesi, hukuk alanında insanların farklı işlemlere tabi tutulmaması, yani eşitlik ilkesi doğal hukukun en önemli ilkelerinden biridir. Günümüzde de bu ilke önemini korumaktadır. Oysa, Anayasa Mahkemesi Medeni Yasa ile ilgili olarak verdiği yukarıda aktarılan bazı kararlarda Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesini zaman zaman *bir hak* olarak ele almamış; zaman zaman da hak olarak ele almış ama bu hakkın kolayca sınırlandırılmasına izin vermiştir. Başka bir deyişle, yasalar önünde eşitlik ilkesi devlete bireyler arasında bir ayırım yapmama borcunu yüklerken, kişilere de *eşit davranılmasını isteme hakkı vermektedir*. Eşitlik ilkesi bu ilkedен yararlanıanlar açısından bir temel hak olduğundan kuşku duyulamaz. 1961 Anayasası da eşitlik ilkesine "temel haklar ve ödevler" kısmında yer vermişti. 1982 Anayasası'nın bu ilkeyi "genel esaslar" kısmında düzenlemiş olması bu durumu değiştiremez.

"Siyasi Parti Kapatma Davaları"

1982 Anayasası, 1961 Anayasası gibi, bir yandan siyasi partilerin demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez unsurları olduğunu açıklamakta, öbür yandan ise demokrasinin işleyebilmesi için siyasi partilerin yasaklanabileceğini hükme bağlamaktadır. Anayasa'nın içinde yer alan ve ilk bakışta birbirleriyle bağdaşmaz görünen bu iki ilkeye tutarlılık kazandırmak, Erdoğan Teziç'in belirttiği gibi, son derece duyarlı bir konudur.⁵³

Arkadaşının; Aynı Kanunda Değişiklik yapılması Hakkında Kanun Teklifleri Ve Adalet Komisyonu Raporu (1/611, 1/425, 2/361, 2/680) Dönem 21, Yasama Yılı 3, S. Sayısı 723, TBMM Tutanak Dergisi, s 5.

⁵³ Erdoğan Teziç, *100 Soruda Siyasî Partiler (Partilerin hukukî Rejimi ve Türkiye'de Partiler)* (İstanbul:Gerçek Yayınevi, 1976), s.131. Ayrıca bakınız: Bülent Daver, "Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasî Partiler", *Anayasa Yargısı* (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 1986).

Liberal veya klasik demokrasi anlayışı sınırsız düşüncüyü açıklama özgürlüğünü demokrasinin temel bir ilkesi olarak kabul eder. Bu anlayış içinde düşüncelerin partiler biçiminde örgütlenerek iktidar yarışına katılmalarında herhangi bir sınırlandırma düşünülemez. Klasik demokrasi bu demokrasi anlayışına karşı çıkan partilerin varlığını da hoş görür. Teziç'in sözleriyle, "Kısaca, klasik demokrasinin resmî bir ideolojisinden söz edilemez; rölativisttir ve çoğulcudur. Bütün eğilimlerin, demokratik yarışma kurallarına uygun olmak koşulu ile, iktidara adaylıklarını koymalarına engel olmaz. Böyle bir engellemeye ve kısıtlamaya gidildiği anda, liberal devlet kendi varlığını inkâr etmiş sayılıyor".⁵⁴

Şurası önemli vurgulanmalıdır ki, klasik demokrasi bütün görüş ve düşüncelerin örgütlenmesine ve siyasal iktidar yarışına katılmasına izin verirken bunların şiddet yoluna başvurulmadan yapılmasını kabul eder. Mücadele barışçı ve demokratik yollara uyularak yapılmalıdır. Klasik demokrasi anlayışının resmi bir ideolojisi yoktur, ama şiddet yoluna da başvurulmamalıdır.

Genel ve eşit oy hakkı vatandaşların devlet yönetiminde etki sahibi olmalarını sağlar; ama bu etkileme günümüzde teker teker herkesin kendi gücüyle olamaz. Bireysel iradeleri bir araya getiren, onlara yön veren ve ağırlık kazandıran kuruluşlara gereksinim vardır. Yani dağınık siyasal tercihlerin açıklık ve kesinlik kazanması ancak siyasi partilerin faaliyetleri sayesinde gerçekleşebilir. Ayrıca devlet iktidarının sınırlandırılmasında ve vatandaşlara özgürlük ve güvenlik sağlanmasında da partilerin önemli rolleri bulunmaktadır⁵⁵. Demokrasinin simgesi sayılan, olmazsa olmaz koşulu olarak nitelenen, özgürlük ve hukukun ulusal araçları durumunda bulunan siyasi partilerin, devlet yönetimindeki etkinlikleri ve ulusal iradenin gerçekleşmesindeki rolleri nedeniyle, Anayasa koyucu, siyasi partileri derneklerden farklı görerek, kurulmalarından başlayarak, çalışmalarında uyacakları esasları ve kapatılmalarında izlenecek yöntem ve kuralları özel olarak belirlemekle kalmamış, Anayasa'nın 69. maddesinin son fıkrasındaki kuralla, siyasi partilerin çalışma, denetleme ve kapatılmalarının Anayasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde çıkarılacak bir yasa ile düzenleneceğini öngörmüştür. 1982 Anayasası'nın 68. ve 69. maddelerine kaynak olan 1961 Anayasası'nın 56. maddesi, siyasi partilerin, ister iktidarda ister

⁵⁴ Teziç, a.g.e., s.131-132.

⁵⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bakınız: Ergun Özbudun, *Siyasal Partiler*, (Ankara: AÜHF Yayını, 1979). Bu yapıt siyasi partilerin siyasal bilim açısından incelenmesi konusunda en iyi Türkçe kitaptır.

muhalefette olsunlar, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduklarını açıklamış ve 57. maddesi de bu kuruluşlar için derneklerden ayrı ve özel biçimde güvence hükümleri getirmiştir. Sözü edilen maddenin gerekçesinde de aynen şunlar belirtilmiştir:

"Devlet hayatında olağanüstü bir role sahip olan siyasi partilerin demokrasi düzenini ve Cumhuriyetin ilkelerini tahrip edici bir kuvvet haline gelerek cemiyeti felâkete sürüklemesi karşısında Devletin seyirci kalamayacağı aşikârdır. Bu sebeptendir ki, tasarıda, yeni Alman Anayasası'nda olduğu gibi, Devlete veya demokratik nizama cephe alan partileri kapatma esası kabul edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması'nda da, aynı esası, hürriyeti tahribe müncer olan bir hürriyetin tanınmamış olduğu ifade edilmek suretiyle benimsenmiştir.

.....

Siyasi partiler gibi, Devlet hayatında büyük rolü ve önemi olan teşekküllerin, her hangi bir dernekle aynı hükme tâbi olması, ne ihtiyaçlara ve ne de hukuk esaslarına uygun düşer. Bu sebeple, siyasi partilerin tüzüklerini, faaliyetlerini ve işleyişlerini ilgilendiren hükümlerin, kanunla ayrıca düzenlenmesi zarureti mevcuttur. Hele demokrasi prensiplerine aykırı düşen partilerin kapatılması esası Anayasa ile konulduktan sonra, suçların kanunîliği prensibi, ne yolda hareket edildiği demokratik olmadığına da kanunda belirtilmesini gerektirir. Siyasî partilerin bir sulh mahkemesi tarafından değil, Devlet hayatında en önemli kararları vermeye yetkili en yüksek mahkeme tarafından kapatılabilmesi, onların arz ettiği önemin tabii neticesidir".⁵⁶ Devlet yaşamında büyük ve önemli yeri olan siyasi partilerin kapatılmaları hakkındaki davaların Anayasa Mahkemesi'nde görülmesinin en önemli nedeni partilere güvence sağlamak kaygısıdır. 1961 ve 1982 Anayasaları siyasi partilerle ilgili hükümler içermekle kalmamış, partilerle ilgili ayrıntılı hükümlerin bu konuda çıkarılacak yasa ile gerçekleşeceğini de hükme bağlamışlardır. 22.4.1983 gün ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası, 1961 Anayasası döneminde çıkarılmış olan 648 sayılı Yasa'nın yerini

⁵⁶ Kâzım Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Cilt II* (Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1966), s. 2179-2180. Demokrat Parti'nin (7.1.1946 günü kurulmuştur) Ankara 4. Asliye Hukuk Hakimliğinin 29.9.1960 gün ve 1960/570 Esas, 1960/784 Karar sayılı ilamı ile kapatıldığı unutulmamalıdır. Yine 1950-1960 arası dönemde Millet Partisi'nin kapatılması da hafızalardan hiç silinmemiştir. Bakınız: Haydar Tunç Kanat, *27 Mayıs 1960 devrimi* (İstanbul: Çağdaş Yayınları, 1996), s.70.

almış, 1982 Anayasası'nın 69. maddesinin son fıkrasındaki buyurucu kural uyarınca çıkarılmış ve siyasi partileri öteki tüzel kişilerden farklı görmediğinden özel düzenlemeye gerek duymayan çoğu demokratik ülkenin aksine, siyasi partilerin kuruluşlarından başlayarak çalışmaları, denetimleri ve kapatılmaları konusunda, belirli bir sistem içerisinde, son derece ayrıntılı kurallar getirmiştir. Getirilen bu sistemde siyasi partilerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca kapatılabilmeleri için Anayasa Mahkemesi'nde dava açılacağı öngörülmüştür. Şunu önemle yinelemek gerekir ki, siyasi parti kapatma davalarının Anayasa Mahkemesi'nde görülmesinin temel nedeni partilere güvence sağlamaktır.

Oysa, Anayasa Mahkemesi parti kapatma davalarında özgürlüklerden yana bir tutum sergilememiştir. Kanımca birkaç parti kapatma davası dışında Anayasa Mahkemesi partilere karşı şüpheli bir tavır takınmış ve çoğunu sadece sözleri veya düşünceleri nedeniyle kapatmıştır.

Siyasi Parti kapatma davalarında Anayasa Mahkemesi hak ve özgürlükler açısından önemli bazı ilkeleri bile özgürlükler aleyhine yorumlamıştır. Yasa koyucu, ceza hukukunun güvence ilkelerinden siyasi partiler de faydalansın diye Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasası'nın değil Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası'nın uygulanmasını öngörmüştür (2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 33. maddesi). Oysa siyasi partiler, siyasi parti kapatma davalarında bu davalar *sui generis* (nevi şahsına münhasır) davalardır gerekçesiyle ceza hukukunun güvencelerinden yoksun bırakılmıştır. Örneğin, Refah Partisi kararında Anayasa Mahkemesi'nce Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. maddesinin ikinci fıkrası iptal edilmiş ve iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlanmadan bile geriye yürütülmüştür. Oysa, devlete olan güveni sarsmamak ve kargaşaya neden olmamak için Anayasa'nın 153. maddesiyle "iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" ilkesi kabul edilmiştir. Kanımca siyasi parti kapatma davalarında ceza hukukunun sanık lehine getirdiği bütün hükümler kıyas yoluyla siyasi partilere de uygulanmalıdır. Özgürlükçü düşünce bunu gerektirir.

Haşim Kılıç bu davaya yazdığı karşı oy yazısında şunları belirtmiştir: "... Ceza Hukukunun en temel ilkesine göre, failin lehinde olan yeni düzenleme ve durumlar geçmişe yürütülebildiği halde, ALEYHİNDE olan durumlar geçmişe yürütülemez. Nitekim, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 16.12.1968 gün ve 412 sayılı kararında, "... iptal kararının bir hukuk kuralı olarak geçmişe etkisinin olmaması gerekir. 1961 Anayasası'nın 152. maddesinin 3. fıkrasında (iptal

kararı geriye yürümez) hükümleri aynı zamanda kazanılmış hakların saklı tutulacağını göstermektedir. İptal edilen Kanun ya da hükümlerinden biri ilgili şahıslar veya müesseseler aleyhine idi ise, tabii ki böyle bir iptal lehe olduğundan, şahıs veya müessese iptal kararından evvel vaki hususları Anayasa Mahkemesi kararından bahisle her zaman def'ide bulunabileceklerdir. Görülüyor ki ... (iptal kararı geriye yürümez) hükmünün genel hukuk kuralları, işin niteliği gözönünde tutulmak suretiyle mütalaası gerekir. Bu suretle İPTAL, ilgililerin ALEYHİNE olduğu takdirde geriye yürümeyeceği tabiidir” demektedir.

Anayasa'da belirtilen “Hukuk Devleti”nde hukuk güvenliğini sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Devlet organları görevlerini yerine getirirken “Hukuk Devleti” niteliğini yitirmemeli, hukukun uygar ülkelerde kabul edilen temel ilkelerini sürekli gözönünde tutmalıdır. Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasa'ya uygunluğu KARİNESİ asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir.”⁵⁷

Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarında ne yazık ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ve bu Sözleşmenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce yorumlanışını gözetmemiştir. Mustafa Erdoğan Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma kararlarından hareketle Türkiye'nin bir Anayasa Mahkemesi sorunu olduğunu ileri sürmüştür. ⁵⁸ Erdoğan Anayasa Mahkemesi'nin yeterli bir özgürlük ve demokrasi duyarlılığına sahip olmadığını ileri sürmektedir. Siyasal yaşamda son derece önemli yerleri olan siyasi partilerin kapatılmaları hakkındaki davaların Anayasa Mahkemesi'nde görülmesinin en önemli nedeni partilere güvence sağlamak kaygısıdır. Bugüne kadar siyasi parti kapatma davalarını çoğunun kapatmayla sonuçlanması nedeniyle bu güvencenin sağlandığını söyleyebilmek güçtür. Acaba Anayasa Mahkemesi siyasi partiler için bir güvence olmaktan çıkmış mıdır? Anayasa Mahkemesi niye özgürlükler lehine bir yorum yapma yoluna gitmemektedir?

Yapılması Gerekenler

Anayasa Mahkemesi bir kararında şunları belirtmekteydi: “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde

⁵⁷ 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, AMKD, Sayı 34/2, s.1077-1078.

⁵⁸ Erdoğan, a.g.m., s. 39.

sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır.”⁵⁹ Yine Anayasa Mahkemesi'ne göre, “hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir.”⁶⁰ Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu karardaki özgürlükçü söylemi verdiği kararların çok büyük bir kısmıyla uyum içinde değildir. Yani Anayasa Mahkemesi'nin kuramsal olarak söyledikleri uygulamasıyla örtüşmemektedir. Anayasa Mahkemesi genellikle özgürlüklerin sınırlandırılmasına “devletçi bir zihniyetle” yaklaşmış ve özgürlük otorite dengesini otorite lehine bozmuştur.

Ne yazık ki, bu güne dek Anayasa Mahkemesi kararlarında değişen egemenlik anlayışına uygun olarak hak ve özgürlüklerin korunmasında özgürlüklerden yana bir tutum izleyememiştir. Anayasa Mahkemesi egemenlik anlayışındaki özgürlükler açısından ortaya çıkan değişimleri göz önüne almamış ve toplumdaki genel kabul gören görüşlere veya “resmi görüş”e uygun kararlar vermiştir. Bu söylediğimizin doğruluğu, “Refah Partisi” kararı dışında Anayasa Mahkemesi'nin kapattığı partilerin hepsinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ihlal ettiği kararıyla sonuçlanmasından anlaşılabilir.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi bugüne dek “özgürlükler” konusunda ilginç sayılabilecek bir düşünce veya içtihat da geliştirememiştir. Anayasa Mahkemesi özgürlüklerin korunması bakımından anayasa ve yasa koyucunun da gerisinde kalmıştır.

⁵⁹ E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986, *AMKD*, Sayı: 22, s. 365-366.

⁶⁰ E. 1963/166, K. 1964/76, k.t. 22.12.1964, *AMKD*, Sayı 2, s. 291.

Özgürlükler konusundaki esas değişimler ve iyileştirmeler yasama organından gelmiştir. Örneğın, 4721 sayılı yeni “Türk Medeni Kanunu” günümüzün eşitlik ve özgürlük anlayışı bakımından gerisinde kalmış bulunan eski Medeni Yasa'nın tüm hükümlerini yeniden ele almış ve düzeltmiştir. Siyasi partiler açısından olumlu değişiklikler hem Anayasa'da hem de Yasa'da yapılmıştır. Ancak henüz başörtüsü sorunu konusunda yasama organı gereken düzenlemeleri yapmamış veya yapamamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin daha özgürlükçü bir tutum alabilmesi için yapılması gerekenler kanımca şunlardır.

Meşru şiddet kullanma tekeline sahip olan en büyük ve en yaygın örgütlü güç konumundaki devletlere insan hakları konusunda kuşku ile bakmak gerekmektedir. Ancak güçlü bir sivil toplum olduğu, bireyi devlet karşısında yalnız ve savunmasız bırakmayan kurumların varolduğu ve insan haklarının ayrımsız herkes için talep eden ahlak anlayışının kabul gördüğü ülkelerde insan haklarının daha iyi bir gelişim göstermesi mümkündür. Bu nedenle insan haklarını güvence altına alan sağlıklı bir yasaya çerçevenin ve hükümet dışı kurumların oluşturduğu güvenceler yanında ve belki de bunlardan daha önemlisi ve öncesi insan haklarını savunmada tutarlı bir perspektifin varlığı önemlidir.⁶¹

⁶¹ Yılmaz Ensaroğlu, “İnsan Haklarının Tartışılmasında Perspektif Sorunu”, *Birikim* (Kasım 1999), s. 52.

İnsanın insan olması nedeniyle bir değer olduğu ve insanın başka hiçbir amacın aracı olarak görülmemesi ve bir kişinin dünyayı anlama ve yaşama biçimine ilişkin tercihleri ve düşünceleri bize ne kadar yanlış ve saçma görünse de bu tercih ve düşüncelere saygı gösterilmesi gerektiği yolundaki görüşün teorik olarak kabulü zor görünmemekle birlikte, pratikte bu ilkeyi benimsemek kolay değildir. Bizim insan olarak ne kadar değerimiz varsa, dünya görüşü ve yaşam biçimi bakımından kendimize en uzak gördüğümüz insanların da aynı değere sahip olduklarını kabul etmemizi ve ona saygı duymamızı gerektiren ilke her zaman gereği gibi uygulanamamaktadır.

Ülkemizde bazı görüşlere sahip olanların dışlanması olgusuna rastlamaktayız. Özellikle bazı düşüncelerin resmi ideolojiye dönüşmesi ve yönetici elit tarafından “çağdaş, ilerici ve aydınlık” gibi nitelendirmelerle nitelenen görüş sahiplerinin benimsenmesi bunun karşısında yer alanların dışlanması doğurmaktadır. Bu dışlama zaman zaman bazı hak ihlallerinin ihlal olarak bile görülmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bunun doğal sonucu herhangi bir hakkın veya özgürlük kullanımının onu kullanan birey bakımından ne kadar önemli olabileceğini takdir edememe sonucunu doğurmaktadır. Örneğin, “Ülkemizin bunca sorunu varken başörtüsüyle uğraşmayalım” ifadesi hem yasakçılar hem de onların karşıtları tarafından söylenebilmektedir. Bu sözü söyleyen her iki kesim insan da başörtüsünün başörtüsü kullanan bir kadın için en önemli sorunun bu sorun olabileceğini takdir edememektedir. Veya “Kürtlerin neleri eksik ki, Cumhurbaşkanı bile olabiliyorlar”, “Kürt okulu olmasa ne olur yani” biçimindeki düşüncede, Kürt kimliği için kendini yakan bir Kürt genci için bunun ne denli önemli olduğunu görmemizi engellemektedir. Resmi doğrulardan farklı düşünenler devletin laiklik ve milliyetçilik anlayışlarını eleştirenler ve reddedenler “Kürtçü” veya “Şeriatçı” olarak nitelendirilmekte ve sadece bu “imajların korkunçluğu” bile o kişilerin mağduriyeti için yeterli olabilmektedir.

O halde hak ve özgürlüklerin anayasal ve yasal düzeyde tanınması ve korunmasını gerçekleştirebilmek için ilk yapılması gereken sağlıklı bir perspektifin bu alanda benimsenmesidir. Bu ise insan haklarını dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve diğer buna benzer farklılıklar gözetmeden herkese karşı savunmak demektir. İnsan haklarını ayrımsız herkes için isteyen, siyasi ve ideolojik kaygılarını insan hakları üzerinde tutmayan, siyasi rakiplerine de bu konuda çifte standart getirmeyen bir perspektif

gerçekleşmeden insan haklarını sadece anayasal ve yasal değişikliklerle gerçekleştirmek mümkün görünmemektedir.⁶²

Bu söylenen perspektifin benimsenmesinin bizi doğal hukuk görüşüne götüreceği söylenebilir. Hak ve özgünlükler doğal hukukun doğal hak anlayışından kaynaklanmıştır. Şu da unutulmamalıdır ki, istikrarlı, hukuksal ve değere ilişkin yükümlülüklerin birbirleriyle uyum içinde olduğu bir toplumda, doğal hukukun varlığı unutulabilir. Ama değerlerin sorgulandığı, kriz anları ile yeni bir hukukun ortaya çıkmakta olduğu toplumlarda doğal hukuktan vazgeçilemez.⁶³ Yani özgürlüklerin pozitif hukukça yeteri ölçüde korunamadığı az gelişmiş ülkelerde doğal hukuk anlayışının önemi yadsınamaz.

Yukarda anlatılan perspektifin gerçekleşmesi bakımından “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “yargıç güvencesi” tarafsız yargıyı ortaya çıkarabileceği için son derece önemlidir. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlık ve güvence bakımından bir eksikliği bulunmamaktadır. Ancak yargıçlara kurumsal bağımsızlık ve kişisel güvence sağlamak her zaman bağımsız düşünceyi ve tarafsız yargıcı da beraberinde getirmemektedir. Yani yargıçların yasama ve yürütme organındaki kişilerden farklı düşünebilmeleri, farklı davranabilmeleri ve farklı karar verebilmeleri her zaman kurumsal bağımsızlık ve yargıçlık güvenceleriyle mümkün olamamaktadır. Eğer Anayasa Mahkemesi üyeleri ülkemizdeki sivil ve asker bürokratlar gibi düşünüp bu düşünceye uygun bir karar vereceklerse, bu mahkemenin gerçek anlamda bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olduğu da söylenemez. Yani, yargıçların düşünsel açıdan da bağımsız olmaları gerekir. O halde, Anayasa Mahkemesi'nde önemli olan bağımsız ve insan hakları konusunda yukarda tanımlamaya çalıştığımız perspektife sahip yargıçlar bulunmalıdır. Bunun ortaya çıkması insan haklarının Anayasa Mahkemesi'nce gerçekleştirilmesinde son derece önemlidir.

⁶² Ensaroğlu, a.g.k., s. 57.

⁶³ Selahattin Keyman “Tabii Hukuk Doktrinin Epistemolojik Tahlili”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 47 (1998), s. 35.

Anayasa Mahkemesi'nin insan haklarını gerçekleştirmedeki rolünü çoğaltabilmek için ilk yapılması gereken Mahkemenin "demokratik meşruiyetini" oğaltabilmek için üyelerinin seçiminde en az yarısının TBMM tarafından seçilmesi yoluna gidilmelidir. Dünyadaki Anayasa Mahkemeleri'nin büyük bir çoğunluğunda parlamentonun Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin seçiminde bir rolü bulunmaktadır. Oysa 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesi üyelerini seçimi yetkisi tümüyle Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. 1961 Anayasamızda dahi Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa Mahkemesi'ne ye seçmekteydi. Kanımca parlamentonun Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna katkısı hem bu Mahkemenin demokratik meşruiyetini" artıracak hem de bu Mahkemenin daha zgrlk olmasına yol açacaktır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi yelerinin ve raportrlerinin seçiminde insan hakları konusunda çalışmış veya insan hakları ihlallerine uğramış ve bu konularda mücadele vermiş kişilerden seçmeye çalışmak da gerekir. Örneğin, yıllarca anayasa hukukuyla veya insan haklarıyla uğraşmış bir kişi kuşkusuz ki, bu konularda çok daha duyarlı davranacaktır.

Anayasa Mahkemesi yelerinin insan hakları konusundaki duyarlılıklarını çoğaltmak amacıyla kanımca 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun and içmeyi düzenleyen 7. maddesindeki göreve başlamadan önce yapılması gereken yemine "insan hak ve özgürlüklerini" koruyacaklarına dair bir eklemenin yapılması da uygun olacaktır.

İnsanlar bir konuyla ne denli çok uğraşırsa o konunun önemini daha iyi anlarlar düşüncesinden hareketle, ülkemizde de Almanya'da olduğu gibi, "anayasa şikayeti" yolunun benimsenmesi gerektiği söylenebilir. Türkiye'de "Anayasa Şikayeti" yolunun benimsenmesi kişilerin hak ve özgürlüklerini korunmasında çok önemli bir aşama olacaktır. Almanya'da Anayasa'nın 1-17 maddeleri arasında yer alan temel hakların ihlali halinde, vatandaşların bütün kanun yollarını tükettikten sonra şikayet hakları vardır. Buna "Anayasa Şikayeti" adı verilmektedir. Anayasa Şikayeti Temel Haklar kısmında yer alan (1-17. maddeler) bir hakkın ya da Anayasa'da belirtilen (93/1-4a) temel hak benzeri haklardan birinin kamu gücü tarafından çiğnendiği konularında olmalıdır. Anayasa Şikayeti bir yasaya karşı yapılabileceği gibi yürütme işlemlerine ve yargı kararlarına karşı da yapılabiliyor. Bir yasaya karşı yapılan anayasa şikayetinin haklı görülmesi durumunda yasa ya da yasanın ilgili kuralı iptal edilebilmektedir. Bu karar *erga omnes* niteliktedir.⁶⁴ Anayasa şikayetinin ülkemizde kabulü hem Anayasa Mahkemesi'nin hak ve özgürlük anlayışını geliştirecek hem de ülkemizde insanların hak ve özgürlüklerinin daha iyi korumasına hizmet edecektir. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi özgürlükler konusunda uzman bir mahkeme halini alacaktır.⁶⁵ Eğer bireysel haklar konusunda anayasa yargısı etkin olabilirse kişinin onuru ve özgürlüğü de güçlenecektir.⁶⁶

⁶⁴ Yavuz Sabuncu, "Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* Cilt: XXXVII No: 3-4 (Aralık 1983).

⁶⁵ "Anayasa Şikayeti"nin kabulünün uygulamada ortaya çıkarabileceği sorunlar Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir biçimde örgütlenmesiyle ve raportör sayısının çoğaltılmasıyla açılabilir.

⁶⁶ Helmut Steinberger, "Models of Constitutional Jurisdiction" , (Starsbourg: Council of Europe, 1992), s. 25.

Ancak bu konuda Şu da belirtilmelidir ki, fazla karamsar olmaya gerek yoktur; ileride de Anayasa Mahkemesi'nin otorite-özgürlük dengesinde otorite lehine kararlar vereceği söylenemez. Tersine, Anayasa Mahkemesi kanımca kısa bir süre sonra egemenlik anlayışındaki değişimler ve globalleşme sürecinin de etkisiyle ister istemez kararlarında daha özgürlükçü yorum yoluna başvurmak durumunda kalacaktır. Umutsuzluğa kapılmamak gerekir; çünkü çağımızın gidişu bu yöndedir. "Türkiye'nin koşulları" veya "Devletin gereksinimleri" veya "Tek Devlet, Tüm Ülke, Bir Ulus" (veya bir başka deyişle "tek, tüm, bir")⁶⁷ gibi özgürlüklerin kısıtlanmasında sıkça kullanılan argümanlar artık eski güçlerini yitirmiş durumdadır.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi parti kapatma davalarında sık sık "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü" ifade etmek için kullanmıştır. Örneğin Anayasa Mahkemesi ÖZDEP kararında şöyle demektedir: "Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz. Devlet 'TEK'dir, ülke 'TÜM'dür, ulus 'BİR'dir. Ulusal birlik; devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin, etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayırsız birliktelikleriyle gerçekleşir. Anayasa'da ve yasalarda yurttaşlar arasında ayrımı öngören hiçbir kural bulunmadığı gibi, kimsenin soy kökeninin yadsınması ya da kabul edilebilecek yeni bir savı da yoktur. Ulusal ve tekil devlet etnik ayrılıklarla tartışılmaz." E. 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/2, k.t. 23.11.1993, *AMKD*, Sayı 30/2.

