

1982 ANAYASASI'NIN 25 YILI: bir geçici bilanço ve perspektifler

İ.Ü. SİYASAL BİLGİLER FAKÜLTESİ

Beyazıt - İstanbul

15 KASIM 2007 Perşembe

1982 Anayasasının Temel Hak Anlayışı ve Evrimi

Doç. Dr. Osman CAN

Anayasa Mahkemesi Raportörü

Türkiye yeni bir anayasa yapımı sürecine girmiş bulunmaktadır. Süreç bir ölçüde temel haklara ilişkin temel yaklaşımları, sistematığı ve sınırlama anlayışını değiştirme olasılığı barındırdığından, bu çalışmada temel hakların teknik niteliklerinden çok, makro analizlerle yetinilmiştir. Bunun yanında, konu başlığı deskriptif bir çalışmaya işaret ediyorsa da, analitik ve eleştirel bakış açısını esas alan alternatif çözümler sunulabilir.

Ayrıca bu çalışmanın amacının yeni anayasa çalışmalarına düşünsel hazırlık olduğu da dikkate alındığında, “pozitif-hukuksal” sınırların ötesinde, siyasal ve felsefi yaklaşımlara ve değer yargılarını içermesi herhalde yadırganmamalıdır. Bu nedenle yargılarına yer verilmesi doğaldır. Kuşkusuz bu yaklaşım hukuk uygulayıcılarının “normları elden geldiğince özgürlükçü yorumlama” görevine engel oluşturmaz.

1. Bütüncül Bakış

1982 Anayasasının temel hak anlayışının ne olduğunun irdelenmesinden önce, genel anlamda temel hak söylemine ve bu söylemin içinde anlamlandığı ya da anlamlandırıldığı temel paradigmaya değinmek gerekir. Aksi takdirde bu çalışmada yer alan 1982 Anayasasına yönelik eleştiri ve önerilerin anlaşılma olanağı zayıflar.

Anayasacılık hareketlerinin bir özgürlük mücadelesi serüveni olduğunu belirtmenin özde bir sorunu yanıtızsız bıraktığını ortadadır. Devlet iktidarının toplumu kuşatma

olanağının bulunmadığı feodal ve post feodal süreçte bireyler ile devletin karşılaşma potansiyelinin düşüklüğü, güvenlik konusu tartışmalı olmakla birlikte, özgürlükler açısından bugüne göre pek de “geri” sayılamayacak bir durumu resmetmektedir. 16 ve 17. yüzyıl modern devlet düşüncesi ve ardından ulus devletleri ortaya çıkmasıyla birlikte, gittikçe güçlenen, güçlendikçe artan oranda birey ile karşı karşıya kalan,¹ sanayileşme, sömürgecilik, küresel savaşlar, son olarak da teknolojik gelişmelerle artık bireye hiçbir dokunulmaz alan bırakmayan, kuşatıcı devlet ve iktidar aşamasına geçilmiştir.

Bu süreci birebir yansıtan Anayasacılık hareketleri, aynı zamanda “ne kadar yasal düzenleme, o kadar özgürlük şansı” anlayışının ya da *söyleminin* egemen olduğu bir süreçtir. Özgürlük bireye ait bir değer ise, devlet öncesi, dolayısıyla Anayasa öncesi olduğundan, Anayasacılık süreci özgürlük açısından “verme” değil, “tanıma” ve “koruma” sürecidir/olması gerekir. Devletin bu işlevinin özellikle üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlaller bakımından tutarlı olduğu kabul edilebilir. Devlet bu “tanıma ve koruma” işlevini, siyasal iktidar olarak ortaya çıktığından beri yerine getirmekte, en azından “adalet” veya “lois fondamentales” söylemi üzerinden “yerine getirmesi gerektiği” kabul edilmektedir.² Dolayısıyla bu sonucun asli olarak anayasacılık hareketlerinin bir ürünü ve kazanımı olduğunu kabule olanak yoktur.

Buna karşın Anayasacılık hareketlerini, özgürlüklerin devlet iktidarı karşısında korunması serüveni olarak tanımlamak oldukça sorunlu gözükmektedir. Biçimsel anayasalar ve Anayasa metinleri bu tanımlamayı doğrulasa da sorunlu gözükmektedir. Anayasaları ortaya çıkaran dinamikler ve bu dinamiklerin ortaya çıkardığı çözümler, örneğin erklerin ayrışması ve bu erkler arasında

¹ Aydınlanmacı düşüncenin yerini romantizme bırakmasıyla yükselişe geçen milliyetçilik, sömürgecilik hareketlerinden geri kalmamak için ulusal birliğin bir an önce tamamlanması çabalarıyla üretilen ulus eksenli toplum tanımlamaları, organizma anlayışları, bireyin süje olarak tamamen silindiği, yalnızca içinde bulunduğu toplum ve siyasal dizge içinde anlam ifade edebileceği siyasal yapılar ve düşünceler yarattı. 19. yüzyıldan başlayarak 20. yüzyılın ortalarına kadar geçen sürede kölecilik, etnik temizlik, soykırım, nazizm ve faşizm olarak sonuç doğuran bu düşüncelerin, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren daha rafine biçime evrildiklerini söylemek gerekir. Avrupa’da 1920’lere kadar TCK 301 benzeri, devletin şahsı manevisi fiksiyonundan hareket eden yasal düzenlemeler bulunmazken, 20’li yıllarda faşizmin ve ırkçılığın yükselişiyle birlikte İtalya’dan başlayarak, Almanya (1933’ten sonra), Fransa (1944) ve diğer ceza kodlarına girmiştir. Ancak demokrasilerin zaferiyle gerçekleşen “geçmişle hesaplaşma”, “reeducation” ve “temizleme” hareketlerinde bu ve benzeri (141-142 benzeri) kuralların temizlenmesi yoluna geçilmemiş, gerektiğinde çok iyi bir silah olabileceğinden bu fiksiyonunun insaf ölçülerine çekilmesiyle yetinilmiştir.

² Bunun anlamsız olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü çağdaş Anayasaların dahi “olması gerekenin” ötesine geçemedikleri bir gerçektir.

konjonktürel yetki delegasyonları, rasyonel bir yöntemle siyasal iktidar konsolidasyonunu sağlamaktadır. Bu bağlamda İngiltere’de 1215–1649 sürecinin son döneminde ortaya çıkan erkler ayrılığı görüşü, bu ülkedeki gelişmelere hayranlık duyarak kendi ülkesindeki mutlakiyetçilikle mücadele eden Montesquieu ile 1789 devriminin taşıyıcı unsurlarından biri olmuştur. ***İlk olarak***, Kralın iktidarının sınırlanması için önce kralın kişiliği ile makamı arasında bir ayırım yapılarak (*Imperator in persona mori potest, sed ipsa dignitas, officium Imperatoris est immortale*), ki buna aydınlanmacı mutlakiyetçilik de denir,³ kralın kişiliği dışında bir egemenlik bulunduğunu, bu egemenliğin rasyonel kurallara (lois fondamentales) ve halkın çıkarlarına dayandığı, kralın makama liyakatinin bu ölçütlere göre belirlenmesi gerektiği dile getirilmiştir. Tabii ki bu yaklaşım, kralın yetkilerinin sınırlandırılmasının etkin bir yoluymuştu. ***İkinci olarak***, Yasama ve yürütme yetkilerinin ayrılması kralın iktidar alanını daha da daraltmış, halk/ulus egemenliği anlayışıyla krallıklar döneminin sonuna gelinmişti. Kralın iktidar alanının daralmasının bireysel özgürlükler lehine bir daralmaya işaret ettiği pek söylenemez. Akdeniz havzasında başlayan, ardından nehir taşımacılığı ve sonrasında sömürgecilik hareketleriyle bir iktidar odağı olarak ortaya çıkan sermaye sınıfının bu süreçte gittikçe artan oranda güç kazandığını göz önünde bulundurduğumuzda, kralın iktidarının sermaye iktidarı lehine daraldığını, özgürlük söyleminin ise bu iktidar mücadelesinin etkin bir aracı olduğunu görüyoruz.

Yürütme iktidarı karşısında halkın temsilcileri sıfatıyla yasama iktidarını öne çıkararak sermaye sınıfı, 1945 sonrasında yargı mekanizmalarına ciddi düzeyde yetki aktarımı gerçekleştirerek, yasama yetkisini dengelemeye çalıştı. Ancak Erich Hobsbawm’ın 20. yüzyılın sonu olarak nitelendirdiği 1989 tarihinden itibaren bu yetki aktarımının durağanlığa yol açtığı, gittikçe dinamikleşen sermaye hareketleri, ekonomik gelişim ve yatırım sirkülasyonu bakımından engelleyici bir niteliğe sahip olduğu anlaşılınca, yargı erkinin kısmen siyasal karar mekanizmaları, ağırlıklı olarak özerk regülasyon ve adalet mekanizmaları lehine daraltılması süreci başlamış oldu.

Gerçek şu ki, feodaliteden mutlakiyetçiliğe, oradan meşruti monarşiye, ardından ulus/halk egemenliği aşamasına geçiş, bu aşamadan itibaren de erkler arasında

³ Kavram için bkz., Reinhold Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2003, s. 174.

yetki aktarımlarıyla denge arama çabası, kâr maksimizasyonuna odaklanmış rasyonel bir ekonomik mekanizmaya olanak sağlayacak etkin siyasal yapının her defasında yeniden üretilmesine hizmet etmektedir. Her yeniden üretim, daha güçlü iktidara yönelik istemlerin hemen ardından gerçekleşmekte, iktidar somuttan soyuta evrildikçe daha karmaşık, daha kuşatıcı ve güçlü hale gelmektedir. İktidar, orta ve yeniçağdan farklı olarak, bireyin biyolojik bütünlüğüne dokunmamakta hatta gelişimine ön ayak olurken (işgücünün önemini hatırlayalım), düşünsel dünyasını anayasal, yasal ve siyasal düzenlemeleriyle, iletişimsel yönlendirmelerle ve eğitsel endoktrinasyonlarla tamamen esir edebilmektedir. *Goethe*'nin Dr. Faust eserindeki çarpıcı ifadeleri biraz farklılaştırarak aktarırsak, insan uzun ve konforlu yaşam uğruna ruhunu şeytana satmaya ikna edilmiştir. *Jellinek* bu süreci 20. yüzyılın ilk yıllarında şu ifadelerle anlatmaktadır: “Devlet tüm toplumsal iktidarlara yutan büyük bir Leviathan’a dönüşmektedir. Toplumsal iktidarların varlığını devam ettirmesine biçimsel olarak izin verse de, yine de bu görece özerk iktidarların asli sahibi olarak kendini kabul ettirebilmektedir. Bu durum, ülkesi üzerindeki tüm alt iktidarlar üzerinde yasalarla tasarrufta bulunma yetkisini kendine tanınmasından rahatlıkla anlaşılabilir”.⁴

Siyasal iktidarın üç erkenden biri olan yargının bu iktidarı özgürlükler lehine sınırlayacağı iddiası, sorunlu bir iddiadır. Modern devlet öncesi toplumsal bir faktör olarak ortaya çıkan ve siyasallık niteliği bulunmayan yargı, modern devletle birlikte, mevcut siyasal dizgeyle toplumsal adalet talebi arasında iletişim kurarak, dizgenin sürekliliğini sağlama biçiminde yaşamsal bir işlev üstlenmeye başlamıştır. *Jellinek*'in ifadeleriyle konuşursak, yargı leviathan iktidarı için esaslı bir güvence mekanizması haline gelmiştir. Dolayısıyla siyasal dizgenin üç erkenden biri olan yargının, gittikçe daha kuşatıcı ve daha da leviathanlaşan iktidar karşısında denge kurması, bu iktidarı reel anlamda bireysel özgürlükler lehine kısıtlama iddiası oldukça romantik bir yaklaşım olup, yargının doğasına aykırıdır. Sistemin parçası olan yargının, sistem dışı denge mekanizması olarak düşünülmesi anlaşılabilir bir akıl yürütme değildir.

Bu nedenle anayasacılık serüvenini, iktidarın özgürlükler lehine sınırlanması serüveni olarak nitelendirmek ciddi bir çelişkidir. Özgürlük sistem dışı, daha doğrusu sistem öncesi bir gerçeklik olduğuna göre, sistem içi mekanizmaların,

⁴ Georg *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, s. 431.

özgürlüğü sistem karşısında koruma işlevi üstlenmesi ya olanaksızdır, ya da araçsal nitelikte, yani sistemin konsolidasyonuna katkı sağladığı oranda kabul edilebilir. Özgürlük, “sisteme uyum sağlama yeteneği” olduğuna göre, uyumsuz eylem tarzlarının “yıkıcılık, ahlak dışılık, anarşizm” benzeri suçlamalarla mahkum edileceği, ancak özgürlük olarak tasnif edilemeyeceği açıktır.

Bu son saptama, ülkelerin ekonomi hukukuna ilişkin düzenlemeleri bir yana, sistem koruyucu ceza normlarından rahatlıkla okunabilmektedir. Anayasaların kaleme alınış biçimleri ve sistem tercihleri bu saptamadan bağımsız değildir.

Dolayısıyla Anayasalar neyin ya da kimin iktidar olduklarını belirleyen, onları tanrısal ya da seküler kutsallıklar üzerinden meşrulaştırma amacını taşıyan, rasyonelleşme oranında temel hak ve özgürlük güvencelerine vurgu yapan siyasal metinlerdir.

Bu açıklamalar Türkiye için de geçerlidir. Siyasal dizgenin oluşumunda kültürel, tarihsel ve ekonomik arka plan farklılığı nedeniyle farklı dinamikler önemli rol oynasa da, bu dinamik farklılığı iktidarın doğasını değiştirecek bir farklılık değildir. 1839’dan beri gittikçe artan oranda sistem belirleyici güç haline gelen ve 1980 darbesiyle doruğa ulaşan bürokratik iktidar, sermayenin belirleyici olmaya başladığı son yıllara kadar bu konumunu devam ettirmiştir.

Bürokratik iktidarın devleti kurtarma refleksi, 1839 tarihinden sonra hazırlanan tüm Anayasaları ve bu anayasaların temel hak anlayışlarını doğrudan doğruya belirlemiştir. Devletle bonapartist bir ilişki içinde olan ulusal sermayenin bu süreçte yaşamsal rol oynadığını söyleyebiliriz. 2000 sonrası Türkiye’inde ise doğrudan doğruya iktidar belirleyici ve kullanıcı bir konuma yükselen sermaye, süreç içinde bürokratik iktidarın tetiklediği toplumsal dönüşümden aldığı güçle, sistemin yasal ve kurumsal alt yapısını dönüştürme, ardından da yeni bir “Anayasa” hazırlama sürecine girmiştir.

Bu açıdan bakıldığında, temel haklarla ilgili tarihsel serüvenimiz, Avrupa’daki gelişim sürecinin çok dışında değildir. 1876 ile birlikte girilen liberal anayasacılık hareketlerinde, dünya ekonomik düzeniyle uyum sağlama çabası önemli roller üstlenirken, 27 Mayıs liberal-pragmatik çizgiden “ideolojik-milliyetçi-otarşik” bir sapma niteliğini göstermektedir. Mülkiyet ve girişim özgürlükleri ile etkin yönetim

konusundaki temel tercihlerine bakıldığında 1982 Anayasasının küresel eğilimle yeniden entegrasyon çabasına işaret ettiği anlaşılabilir. Ancak 1961 ile 1982'yi karşılaştırdığımızda, 82'nin normatif analiz bakımından bir gerilemeye tekabül ettiği tartışmasızdır.

Ekonomi-politik tercihi tamamen siyasal karar mekanizmalarının takdirine bırakan, temel hak ve özgürlükler bakımından da “doğal hak” anlayışını benimseyen 1924 Anayasasında anayasa ile anayasal gerçeklik makasının temel haklar bakımından çok açık olduğu ortadadır. 1924-1960 tarihleri arasında Anayasal güvencelerin “etkin” olmadığı gerek hukuk uygulamasında gerekse yasal düzenlemelerde açıkça görülmektedir. Benzer saptamayı 1961 Anayasası bakımından da yapabiliriz. Temel hak ve özgürlüklere anayasa koyucununun ideolojik tercihleri doğrultusunda “misyon” yüklendiği, idealize edilen bir “Anayasa” söylemi ile “bürokratik iktidar” lehine siyaseti karar alamaz duruma getiren bir organizasyon hukuku yaklaşımının egemen olduğu bir sistemde, normatifik ile gerçeklik makasının açık olacağı tartışmasızdır.

Ekonomik liberalizasyonla birlikte özgürlükçü olmayan, ancak etkin bir siyasal karar mekanizması kurgulayan, dolayısıyla “pragmatik” Anayasa kapsamında değerlendireceğimiz 1982 Anayasası döneminde bu makasın en fazla kapandığını kabul edebiliriz. Özgürlükler bakımından otoriter anayasa, zaten özgürlükçü olmayan (yasama, yürütme ve yargı eksenli) hukuk uygulamalarıyla örtüşmekteydi.

Ancak bu açıklamalardan, yukarıda belirtilen saptamaların tamamen göz ardı edildiği “ideal” bir anayasa yapımının olanaklı olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. İki nedenden: ilk olarak siyasal iktidar dinamiklerini siyasal iktidarın yol haritası olan anayasayı yaparken yadsımak gerçekçi değildir, ikinci olarak da bu saptamaların göz ardı edilebileceği bir toplumsal yapının anayasaya gereksinimi yoktur.

2. 1982 Öncesi Durum

1921 Anayasası temel haklar konusunda, tarihsel koşulları nedeniyle suskun kalmıştır. 1924 Anayasası ise doğal hukuk ve bireycilik anlayışının izlerini açıkça yansıtmaktadır. O ana kadar temel hak ve özgürlüklerin (kamu hakları) en derli toplu listesini veren bu Anayasanın en temel sorunu güvencesizlikti. Temel haklar yalnız ismen sayılmış, ancak geçerlilik alanları ile bu alanlara ilişkin güvencelere

yer verilmemişti.⁵ Herhangi bir sınırlama anlayışına yer vermediği gibi, temel hakların anayasal değerlerle sınırlılığı gibi bir tartışmaya da yer yoktu. Doğal hukuk anlayışının etkisiyle özgürlüğün doğal sınırı vardı, o da başkalarının özgürlüğüydü. Bu sınırın yasayla belirleneceğine ilişkin anayasal kural, temel hakların en büyük handikabı olarak değerlendirildi. Çünkü bu yetkiyle devlet temel haklar üzerinde istediği biçimde tasarruf olanağı elde etmekteydi.

Bu yaklaşıma temel bir itiraz getirmemiz gerekir: Yasa koyucunun yetkisi temel hakka müdahale yetkisi olmayıp, olası temel hak çatışmalarında doğal sınırı çizmekti. Başka bir ifadeyle temel haklar genel geçer anlayışın aksine *yasa kaydına* değil, özgürlüğün doğasıyla örtüşen ya da özgürlüğün doğasına gönderme yapmakla yetinen *Anayasa kaydına* tabiydi. Yasa yalnızca bu kaydı somutlaştırmak durumundaydı. Bu açıdan bakıldığında 1924 Anayasasının temel haklar bakımından çok ileri bir aşama olduğu inkâr edilemez.⁶ Ancak yasama erkinin ihlalleri karşısında anayasa yargısal bir güvence mekanizmasının öngörülmemesi, eldeki kurumların ise 1803 tarihinde Supreme Court benzeri bir cesareti gösterememesi, tek parti ve çoğunluk diktatörlüklerine olanak sağlamış, biçimsel anayasayı anayasal gerçekliğe tamamen yabancılaştırmıştı. Anayasada sosyal bir duyarlılığın bulunmaması bu tabloyu pekiştirmekteydi. Bu nedenle bu anayasanın gerçekçi olmayan bir anayasa olarak nitelendirilmesi dahi olanaklıydı.

1924 Anayasası “özgürlükleri tanıyan bir anayasadır”.

Bir tepki Anayasası olan ve tabii ki bir darbe anayasası özünden bağımsız biçimde düşünülmesi olanaksız 1961 Anayasası, Avrupa’da örneğine rastlanmayacak türden bir yargı bağımsızlığı, erkler ayrılığı ve dengelemesi ile sosyal hakların⁷ geniş biçimde tanınıp güvence altına alınması gibi önemli özellikleri nedeniyle 1945 sonrası genel eğilime paralel, çoğulculuğu esas alan bir Anayasacılık ürünüydü. Çoğulculuk ile temel hak anlayışı arasındaki doğru orantılı ilişki gözden kaçırılmamalıdır. Bu Anayasanın temel amacının bürokratik iktidarı yeniden tesis

⁵ Bülent Tanör, İki Anayasa, 2. Tıpkıbasım, İstanbul 1991, s. 129.

⁶ Kuşkusuz genel bir değerlendirmeye dayanan bu yargının yargılama güvenceleri (tutuklama ve alıkoyma) ile konut dokunulmazlığı ve özel yaşantısına müdahale (üst baş arama) bakımından geçerli olduğu ileri sürülemez.

⁷ Gereğe bakıldığında, “sosyal devlet”in ekonomik bir doktrin olmayıp her şeyden önce hümanizm ve insanlığın adalet duygusunun bir ürünü olduğu ifadeleri dikkati çekmektedir. Yine sosyal hakların, yapım sürecinde işçi kuruluşlarının temsili ve dönemin egemen entelektüel akımının “sol” olmasından kaynaklı bir yansıma olduğu ileri sürülebilir.

etmek olduğuna yönelik eleştiri⁸ bir yana temel haklar bakımından 1924 Anayasasından radikal farklılaşmalar içermektedir. Temel haklar anayasada tanımlı pozitif hukuksal güvencelere dönüştürülmüş, bu hakların doğal sınırlarının yanında, anayasal sınırlarının da bulunduğu anlayışı benimsenmiştir.⁹ Kuşkusuz bu yaklaşım yasama iktidarını sınırlama amacını gütmektedir.

Anayasada tanımlı temel hak ve özgürlüklere kademeli sınırlandırma olanağı getirilmiş, Bonn Anayasasından ödünç alınan hakkın özü kavramı ise sınırlandırmanın sınırı olarak tasarlanmıştır.

Bu anayasanın sonunu hazırlayan nedenler normatif ve Anayasa dışı etkenlere dayanmaktadır. Sıralamak gerekirse;

1. Hazırlanışında yaşanan demokratik meşruiyet zaafı yaşanmıştır.
2. Hazırlayıcılarının temel haklara yaklaşımları araçsaldır.
3. Hazırlayıcıların temel haklara yaklaşımı ideolojik-konformist niteliktedir.
4. Anayasanın öngördüğü temel haklara inancı bulunmayan siyasal ve bürokratik kadroların takdirine kalmıştır.
5. Yargı erki kuruluşundan beri, Anayasalardaki temel haklara kuşkuyla ve inançsızlıkla, çoğu zaman ideolojik olarak yaklaşmıştır.
6. Temel haklarla bu haklara içerik kazandırabilecek soysal devlet ilkesini yaşama geçirebilecek etkin bir ekonomik ve siyasal yönetim (tepkisellik nedeniyle) öngörülmemiş, siyasal iktidar bürokratik iktidarlara paylaşılmak suretiyle demokratik meşruiyet zinciri parçalanmıştır.
7. Son olarak da ideolojik korumacılık akla gelmektedir. Toplumsal sorunlarla ilgili her alanda görünür bir taraf olmaya başlayan, bu sorun alanlarını, toplumsallık ve siyasallık ilişkisinden koparıp, temel hak söyleminin dışında

⁸ “Bu aslında milleti duygu ve düşünceleriyle türdeş ve yekpare bir bütün olarak gören, çoğulculuktan çok ‘birlikçilik’e yakın, milliyetçi-dayanımcı bir siyasal toplum anlayışının ifadesidir. Toplumun bireysel, kültürel ve sınıfsal çeşitliliğini reddetmek suretiyle çoğulcu toplum anlayışından uzaklaşan ve toplumu birbirini tamamlayan meslek zümrelerinden oluşan uyumlu ve organik bir bütün olarak gören bu anlayış ‘korporatizm’in solidarist türüne oldukça yakındır”. Taha *Parla*, Türkiye’de Anayasalar, 1991, s. 31 vd.

⁹ Ancak “tanımlı” özgürlüğün, “doğal” özgürlüğe göre ciddi bir alan daralması yaşadığı yadsınamaz. Tanımlı özgürlük, tanımlama iktidarına sahip olan gücün tercihlerine paralel eylem tarzlarına onay verir. Dolayısıyla “konform” ya da “embedded” görüşler, eylemler ve örgütlerle sınırlı özgürlük anlayışının geçerli olması beklenebilir.

konumlandırılan askeri vesayet kurumsallaşmış, siyasal alan daraldığı gibi, toplumsal alan da militerleştirilmiştir.

Kabul etmek gerekir ki, 1961 Anayasasıyla demokratikleşme ve özgürleşmenin kurumsal ve prosedürel olanakları yaratılmıştı. Toplumun bu sürecin dinamizmiyle siyasal yapıyı arzulan doğru tuda hızla demokratikleştirmesi beklenmekteydi.

Yalnız Anayasanın başlangıç kısmı dikkate alındığında, milliyetçi-dayanışmacı ideolojik ve siyasal olana kuşku üzerine kurulu¹⁰ bir anlayışa oturtulmuş temel hak tasarımının izlerini okumak olasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olarak toplumsal ve siyasal dinamizm değil, doğası gereği bu dinamizmin dışında konumlanan bürokratik mekanizmalar düşünülmüştü. Bunun ipuçlarını 1961 Anayasasının Genel Gerekçesinde “hürriyetlerin teminatı” başlığı altında bulmak olasıdır.¹¹ Bu açıdan bakıldığında 1961 Anayasasının egemen siyasal düşünceye uygun bir siyasal ve toplumsal atmosfer yaratmayı amaçladığı ve temel hak ve özgürlüklere bu atmosferi gerçekleştirme misyonu yüklediği söylenebilir. Bütün coşkulu söylemlere rağmen, Anayasa Mahkemesi temel hak güvencesi olarak değil, yasamayı denetim mekanizması olarak tasarlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin kararlarının incelenmesinde denetim eksenli bir hukuk devleti ve iktidar sınırlaması teorisi yakalanabilirken, demokrasi ya da temel hak ve özgürlük teorisini çalışacak malzeme sıkıntısının yaşanmasını başka şekilde açıklamak güçtür.¹² Yine temel haklarla ilgili 63 madde (1982 ile aynı) öngörürken, bunların yaşama geçmesinin temel güvencesi olan ve 1961 Anayasasının oluşumuna kaynaklık eden Bonn Anayasasındaki “Anayasa şikâyeti” kurumunun hiç akıllara gelmemiş olmasını da göz önünde bulundurmak gerekir.

Dolayısıyla 1961 Anayasasında temel hakların anayasa kaydına bağlandığı biçimsel olarak söylene de, bunun ideolojik bir anayasa kaydı olduğu, gerek hukuk uygulaması, gerekse 1971 ile başlayan kurucu iktidar tasarruflarıyla

¹⁰ *Soysal* bu yönde şu ifadeleri kullanmaktadır: “...genel oydan çıkan yasama organının... sistem içindeki ağırlığı azaltılmıştır. Buna karşılık, doğrudan doğruya seçimden çıkmayan ve bir kısmı genel oydan çıkmış organlarca dolaylı olarak seçilen, bir kısmı ise genel oyla hiç bağlantılı olmayan birtakım organlar Meclis ile birlikte ulusal egemenliği kullanır duruma getirilmişlerdir. Mümtaz *Soysal*, *Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yay., Ankara 1986, s. 89.

¹¹ Her ne kadar Anayasa bu kurumların “sosyal yapılar içinde yer alması gerektiği”nden söz etmekteyse de bunun doğal olmadığı ve işlemeyeceği süreç içinde anlaşılmıştır.

¹² Belki saptama “temel hakların ne olduğuna değil, nasıl sınırlanabileceğine ve sınırlanması gerektiğine” ilişkin malzeme bulunabileceği şekilde düzeltilebilir.

kanıtlanmıştır. 1971-73 değişiklikleri, Anayasada tanımlı özgürlüklerin planlanmış hedefin dışında sonuçlar doğurmaya başlaması ve kendi dinamiğine göre politik bir toplum yaratmaya başlamasına yönelik tepkidir. Başka bir anlatımla özgürlüklerin toplum tarafından ciddiye alınmasından duyulan rahatsızlık göstergesidir.

Altı çizilmesi gereken bir nokta da, batı anayasalarının başlangıçlarında da hukukötesi göndermeler bulunmasına rağmen, bunların yalnızca kurucu iktidarın sübjektif tarihsel tercihini ve kanaatini yansıttığı, ancak Türk Anayasalarında bu ifadelerin, doğrudan siyasal uygulamalara egemen olduğu ve temel hak ve özgürlüklerin geçerlilik alanlarına müdahale işlevi üstlendiği gerçeğidir.

Ancak bu faktörler 1971-73 yıllarında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleriyle, biçimsel anlamda özgürlükçü bir anayasayı otoriter bir yapıya kavuşturdu. Bu şekilde 1924 ve 1961 Anayasasının özgün halinde açık olan normatiflik-gerçeklik makası kapanmaya başladı. Kapanmanın tamamlanması ve tersinden işlemeye başlaması ise 1982 Anayasasına özgü bir durumdur.

3. 1982 Anayasasının Temel Hak Anlayışı ve Değişimin İbresi

1982 Anayasası

- devletin kurtarılması
- toplumun dönüştürülmesi
- homo-economicus'un yaratılması

sürecinin, başka bir ifadeyle 100 yıllık istisna döneminin son aşamasına tekabül etmektedir.

a) Genel Anlayış

Yukarıdaki açıklamalar 1982 Anayasasının temel hak anlayışı bakımından bazı yanıtlar verir niteliktedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, sistem mantığı içinde 1982 Anayasası 1961 Anayasasına oranla bir gerilemeye tekabül ediyorsa, bu çok şeyi açıklamaktadır.

Hemen sıralamak gerekirse;

1982 Anayasası araçsal nitelikte dahi temel hak ve özgürlük gerekliliğine yönelik bir inanç taşımamaktadır. 1961 Anayasasında temel hakların yasama organını

denetimin etkin bir aracı olması, ayrıca muştulanan siyasal-ideolojik yapıyı gerçekleştirmenin aracı olması nedeniyle hiç olmazsa araçsal bir değer ifade ederken, 1982 Anayasası başlangıç kısmı ve genel gerekçesi dikkate alındığında temel hak ve özgürlükler devlet, ülke, ulusal bütünlük benzeri üst değerlere yönelik “tehlke” ve “tehdit” ile birlikte anılan bir olgu olarak değerlendirilmektedir.¹³ Bir bakıma, temel hak ve özgürlükler kötülerin daima başvurdukları etkin bir silah olarak algılanmakta, Mephisto ile Doktor Faust’un rolleri değişmektedir.

Bu nedenle 1982 Anayasası, Kutsal Türk Devletini bölüp parçalamak ve yüce Türk ulusuna zarar vermek isteyen kötü niyetlilerin elindeki en tehlikeli silah olan temel hak ve özgürlüklerin denetim altına alınması, anayasal düzenlemenin temel amacı olarak belirlemiştir.¹⁴ 1961 Anayasası temel haklara araçsal nitelikte de olsa pozitif bir anlam yüklerken, 1982 Anayasasının bakış açısı olumsuz, en azından kuşkuludur. Bu kuşkunun 1971’lerden itibaren anayasa koyucuya egemen olduğu bilinmektedir.

Milliyetçi-dayanışmacı ve ideolojik bir anlayış üzerine oturan 1961 Anayasası, temel hak ve özgürlükleri yasama iktidarını sınırlayıcı biçimde anayasaya aktarırken, 1982 Anayasasının temel hakları anayasaya aktarma amacı, bizzat temel hakları kayıtlamak ve denetim altına almaktır.

Devletin kutsal sayıldığı bir Anayasada, egemenliğin kaynağının ulus olduğu ifadesiyle laiklik söylemlerinin hiçbir anlamı olamayacağı gibi, temel hak ve özgürlüklerin devleti bağlayıcı bir unsur olarak tasarlanması da beklenemez.

Ancak Anayasa, ilginç biçimde ekonomik özgürlüklere dokunmamakta, aksine destekler bir tutum sergilemektedir.¹⁵ Mülkiyet hakkı 1961 Anayasasından farklı

¹³ Anayasa Mahkemesi ve bazı Danıştay kararlarında belirli bazı anayasal değerlerin “temel hak ve özgürlüklere kıydırılmasına anayasanın olanak tanımadığı” biçimindeki ifadelerin paralelliği gözden kaçmamaktadır.

¹⁴ Bu yöndeki ifadeler için bkz., 1982 Anayasasının Genel Gerekçesi. Ayrıca Genel Gerekçeye göre Anayasaya esas alınan zorunlu kaynaklardan MGK bildirimleri, Devlet Başkanının konuşmaları ve benzeri belgeler daha çarpıcı sonuçlara elverişlidir.

¹⁵ Aslında bu tutum ilginç değildir. 1970’li yılların sonundan başlayan üçüncü küreselleşme hareketlerine sistemin entegrasyonunu sağlamak için, liberal bir ekonomi-politiğe olanak vermeyen ve gerçekte küresel ekonomik gelişmelerden sapma niteliğinde 1961 Anayasasının ortadan kaldırılması zorunluydu. Yeni anayasanın yeni saptalara ve karşıt toplumsal direnmelere izin vermeyecek derecede “apolitik” olması ve temel hak ve özgürlükleri çok sınırlı kullanım alanına sahip kılması, bununla birlikte girişim özgürlüklerinin önünü açıp

olarak “*kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez*” sayılan haklar kategorisine aktarılmış, sözleşme özgürlüğü ise özel sınırlama nedeni öngörülmezsizin tanınmıştır. Etkin ve hızlı siyasal yapılanma tercihiyle, Anayasaya kaynaklık eden darbe bildirimleri, yasal düzenlemeler ve açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde 1982 Anayasası hakkında şu sonuca ulaşmak gerekir: Anayasanın tehdit olarak algıladığı özgürlük kategorileri, bireyin kendisiyle, sosyallik ilişkisiyle ve siyasal etkileşim içinde kendini gerçekleştirmesini, dolayısıyla özgürleşmesini ve aydınlanmasını sağlayan, bunun sonucu olarak da çoğulcu ve demokratik bir siyasal sistemi tabandan başlayacak bir hareketle olanaklı kılabilen iletişim, kolektif, siyasal ve çalışma özgürlüklerinden oluşmaktadır.

Ekonomik girişim özgürlükleri Anayasa bakımından tehdit olarak algılanmamaktadır. Dolayısıyla Anayasanın liberalizmi, yalnızca ekonomik alanla sınırlıdır.

Ancak ekonomik gelişimin de diyalektik süreç içinde politik bir toplum yaratarak diğer özgürlük istemlerini dayattığı gerçeğini günümüz Türkiye’sinde görebilmekteyiz.

b) Sınırlama Anlayışı

Az önce de belirtildiği gibi, temel haklar kutsal (yüce) devlete yönelik tehdit olarak algılandığı için, Anayasal sistematığın ve sınırlama anlayışının da buna paralel olarak oluşturulması kaçınılmazdır. Kutsal devletin büyük handikabı olan temel hak ve özgürlüklerin tehdit olmaktan çıkarılması için, özgürlüğü adeta engelli bir koşu biçiminde tasarlamak gerekmiştir.

a. **Birinci Engel:** 1961 Anayasasında olduğu gibi bir beklenti ya da yaklaşım olarak temel hakların sınırlı kullanım alanına sahip olmasını beklemek yerine, doğrudan doğruya Anayasada genel düzenlemelerle tüm hakların geçerlilik alanlarının çerçevesi çizilmiştir. Bu çerçeve Anayasanın başlangıç kısmının 7. (şimdiki 5.) paragrafıyla belirlenmiştir. Buna göre hiçbir temel hak kullanımının temelinde, Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, devletin ülkesi ve milletiyle

devleti de bu yönde etkin karar alan bir mekanizma olarak tasarlaması gerekiyordu. 1982 Anayasasının bu tercihe uymadığı söylenemez. Küresel sistemle entegrasyon ölçüsünde diğer alanlarda liberalleşme yapılması bu yaklaşıma paralel düşmektedir.

bölünmez bütünlüğü, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri ve sayılı diğer değerlere aykırı bir düşünce ya da mülahaza olamaz. Dolayısıyla bu değerlerle uyuşmayan hiçbir temel hak kullanımı koruma göremez.

b. **İkinci Engel:** Olağan sınırlama sistematigi içinde ele alınabilecek kötüye kullanım yasakları, tipik kötüye kullanım kapsamına girmeyen eylemler¹⁶ dâhil edilerek genişletilmiş ve ikinci engel olarak bireyin önüne sürülmüştür.

c. **Üçüncü Engel:** Bu genel nitelikli kapsam daralmalarının yanında özel maddelerde de kapsam daralmaları öngörülmüştür. Kolektif özgürlüklerle ilgili olarak dayanışma yasakları, grev yasakları ile Anayasanın 26. ve 28. maddelerindeki dil yasağı buna örnek olarak sayılabilir.

d. **Dördüncü Engel:** Geriye kalan özgürlük topluma, aileye, başka kişilere karşı sorumluluk duygusu içinde ve milli dayanışma ereğine göre kullanılmalıdır.

e. **Beşinci Engel:** Ancak bu özgürlük alanında da (?) yasa koyucunun özel ve genel nitelikli sınırlandırma nedenlerine dayanarak sınırlandırma yapabileceği belirtilmiştir. Üstelik bu sınırlama nedenlerin tüm temel haklar için geçerli olduğu açıkça ifade edilmiştir.

İlk üç bariyerden sonra geriye kalan alanın “özgürlük” alanı olarak tanımlanması olanaksızdır. Ancak bu alanın dahi yasa koyucunun her yönden müdahalesine açık hale getirilmesi ve ardından, yapılacak sınırlamanın “demokratik toplum düzeni gereklerine aykırı olamayacağı”nın büyük bir coşku ile ilan edilmesini yorumlamak için Savigny ve Freud’a birlikte gereksinim var.

Kuşkusuz, Anayasanın 2. maddesinde “insan haklarına saygılı” ifadesinin nasıl anlamlandırılacağı sorusu akla gelebilir. Bunun yanıtını herhalde yukarıdaki tablo içinde aramak gerekir.

Detaylı madde incelemelerine girmeksizin, bu sınırlama anlayışından en az etkilenen temel hakların ekonomik girişim özgürlüğü olduğunu söyleyebiliriz.

c) **Anlayışta ve sınırlamada evrim**

Anayasada şu ana kadar 14 değişiklik yapıldı (1987, 1995, 1999, 2001, 2001, 2002, 2004, 2005, 2007). 1961 dönemi değişiklikleri Anayasayı otoriterliğe

¹⁶ Sosyalizm mücadelesi gibi: “Devletin bir kişi ya da zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak...”. Bu kavramlar 2001 yılında metinden çıkarıldı.

yöneltirken, 1982 Anayasası değişiklikleri, otoriter anayasayı elverdikçe özgürlükçü bir yapıya dönüştürme amacını taşımaktadır.

1987 değişikliği, Geçici maddelerde öngörülen siyasi yasakların kaldırılması, seçmen yaşının indirilmesi ile Anayasa değişikliklerinin kolaylaştırılmasını öngörmekteydi.

1995 değişiklikleri Anayasanın temel hak anlayışında önemli etkiler yarattı. Öncelikle devletin “kutsallığı”, “yücelik” ile değiştirildi.¹⁷ 1982 anlayışının tehdit sınıflandırmasında başı çeken kolektif haklar ile siyasal özgürlükler konusunda önemli düzeltmeler gerçekleştirildi. Ancak grev hakkıyla ilgili herhangi bir adım atılmadığı gibi Geçici 15. madde değişikliği reddedildi. Ayrıca parti kapatma nedenleri anayasada öngörülenlerle sınırlandırılırken, bir yandan da kapatma nedenleri genişledi.

AB'ye giriş sürecinin de etkisiyle 2001 yılında klasik özgürlüklerden başlayarak, iletişimsel, kolektif ve çalışma özgürlükleri alanında kapsamlı değişiklikler gerçekleştirildi. Başlangıç kısmında ne anlama geldiğini pek de anlayamayan bir ifade değişikliğinin yanında “temel hakların kötüye kullanımı” kuralı kabul edilebilir bir düzeye çekilmiş ve “insan haklarına dayanan” ibaresiyle donatılarak, devletin de yetkilerini kötüye kullanamayacağı kapsama dâhil edilmiştir. Bir anomali niteliğinde olan “dil yasağı” kaldırılmış, siyasi partilerin kapatılması güç koşullara bağlanmış ve dereceli yaptırım sistemi kabul edilmiştir. Bununla birlikte en temel değişimi temel hakların sınırlandırılması sisteminde yaratmıştır. Yeni duruma göre artık temel haklar yalnızca kendi maddelerindeki nedenlere dayalı olarak, hakkın özüne dokunmaksızın ve ölçülü biçimde sınırlandırılabilir. Ancak tüm genel sınırlandırma nedenlerinin özel sınırlama nedeni biçiminde temel hak maddelerine özensiz biçimde serpiştirilmesinin yarattığı sorunlar ile 13. maddenin yeni biçiminin sınırsız temel hak ve özgürlükler bakımından nasıl uygulanacağını bir türlü çözülememesi değişikliklerin bugüne sarkan boyutunu oluşturmaktadır. Bu sorunu çözüme iddiasındaki bazı görüşlerin geçerliliği ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır.

¹⁷ Bu değişikliğin özde bir fark yaratmadığı savunulsa da, askeri darbe atıflarının temizlenmesi bakımından biçimsel ve anlamlı bir düzeltme sayılır.

Ancak bu değişikliklerin 1982 Anayasasının yukarıda anlattığımız niteliğini ortadan kaldıramasa da, sistemde ciddi bir çelişkiyi doğurmaya başladığını belirmemiz gerekir.

2004 değişiklikleri ise bu çelişkiyi derinleştirmiştir. Özellikle tüm toplumsal ve siyasal sisteme rengini veren erkek-egemen anlayışı sarsan pozitif ayrımcılık kabul edilmiş, ayrıca 90. madde değişikliğiyle uluslararası standartların doğrudan ulusal sisteme aktarılmasının yolu açılmıştır.

Bu değişikliklerin ardından 1982 Anayasasının aldığı yeni biçimi “paradoks-Anayasa” olarak tanımlayabiliriz. Birinci engelde herhangi bir değişiklik yaratmaksızın, yalnızca yasamanın temel hakları sınırlama yetkisi daraltılmıştır. Bir taraftan insan haklarına dayandığı iddiası, diğer taraftan eskiden olduğu gibi temel hakları devlet için tehdit gören anakronik anlayış eşzamanlı olarak hükmünü icra etmektedir. Anayasa son haliyle uzlaşmaz çelişkiler Anayasası niteliğindedir. Anayasal uygulamanın meşruiyetini ağırlıklı olarak değişiklik öncesi siyasal tercihten aldığını, güncel örneklerden anlayabiliriz.

4. Anayasal içtihatların katkısı

1982 Anayasasının temel hak anlayışı ne yazık ki yalnızca anayasa metninin incelenmesinden anlaşılabilir. 25 yıllık süreç, temel hak ve özgürlükler alanındaki iyileştirmelerin tali kurucu iktidar üzerinden gerçekleştiği bir süreçtir. Anayasa Mahkemesinin içtihadıyla temel hak anlayışının liberalleştiğine ya da özgürleştirici bir niteliğe büründüğüne yönelik öğretilerde çok güçlü sesler duymak pek olası değildir.

Temel hak ve özgürlükler konusunda yargının ikili bir etki yarattığı söylenebilir: ilk olarak hukuk devleti kavramının yerleşmesi, aynı zamanda temel hakların asgari korunmadan yararlanmasına yönelik bir hukuk kültürü yaratması inkâr edilemez. Ancak temel hak ve özgürlüklerin en yaşamsal olduğu alanlarda, temel hak ve özgürlüklerin statikleşmesini, Anayasada öngörülenden daha daraltılmasını hatta toplumsal ve siyasal sorunların kemikleşerek krize sürüklenmesini de sağlamıştır. Bu konu tamamen yargının hanesine yazılmak gerekir.

Temel hakların korunması konusunda *judicial-self-restraint* anlayışı; siyasal karar mekanizmalarına tanınmış hareket alanının, Anayasanın başlangıç ve genel ilkelerinden hareketle daraltan bir *judicial activism* ile tamamlanmaktadır.

1982 Anayasasıyla birlikte Anayasa Mahkemesinde temel hak ve özgürlükler bakımından önemli sayılabilecek ciddi bir başvuru yoğunluğu bulunmamaktadır. Ciddi bir temel hak perspektifinden yoksun yargıç kültürünün itiraz yolunu özgürlük eksenli ve temel hak maddelerini esas alan bir yorumla çalıştırması pek mümkün olmadığı gibi,¹⁸ meslekten yargıç olanların oluşturduğu Anayasa Mahkemesinin, Anayasa ve temel haklar metodolojisindeki açığını, genel ilkeler ve başlangıç metnine başvuru yoluyla gidermesi nedeniyle, bu alanın pek işlenemeyen bir alan olduğunu kabul etmek gerekir. Bu soruna katkının aynı zamanda yasama kanalından da sağlandığı görülmektedir. 1991 yılında Terörle Mücadele Yasasının birçok maddesi iptal davasına konu edilirken, düşünce özgürlüğü bakımından ülkeyi 141. ve 142. maddelerin ardından ikinci bir antidemokratiklik dalgasına sürükleyen 8. maddesi her nedense dava konusu edilmemiştir. Yine yakın zamanda 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Yasasının “yasama yetkisinin devri” dışında herhangi bir anayasal tartışmaya elverişli olmayan birçok maddesi iptal davasına konu edilebilirken, etik davranış kurallarını ihlal ettikleri “kurul” tarafından saptanan görevlilerin Resmi Gazetede teşhir edilmesine olanak sağlayan (5. Madde) hükmüyle ilgilenmemektedir.¹⁹ Son olarak 5710 sayılı Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi İle Enerji Satışın İlişkin Kanun’a karşı Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılırken, nükleer santrallerin açılmasıyla çevre, gelecek kuşaklar ya da yaşam hakkı benzeri bir çok temel hak maddesiyle herhangi bir ilgi kurulmamış, kimi maddelerde bakanlar kuruluna verilen yetkiyle “yasama yetkisinin devredildiği” biçiminde anayasallık denetiminin ikincil, hatta üçüncül boyutlarıyla sınırlı kalınmıştır.

Ceza, askeri ve kamu personeli bakımından temel hakların ya geçersizliği, ya da sınırlı geçerliliği görüşü egemendir. Bu alanlarda devletin istisnasız ve koşulsuz

¹⁸ Toplumsal sorun alanlarını ilgilendiren tartışmalı yasa maddelerinin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine gelmemesi, yargıç kültürüyle ilgili olduğu gibi, yargıçların yeterli güvenceye sahip olmadıklarının ampirik bir kanıtı olarak değerlendirilmesi de mümkündür.

¹⁹ Bu tablo, Anayasallık denetiminin yalnızca Başlangıç, 2., 5., 7. ve 10. madde denetimiyle sınırlı bir yol olduğu genel kanısını birebir yansıtmaktadır. Anayasa Mahkemesinin de bu tabloya katkısı, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergilerine (42. sayıdan itibaren) eklenen endeksten kolaylıkla anlaşılabilir.

temel haklarla bağılılığı ilkesi, temel hakların istisnasız ve koşulsuz kamusal gereklere bağılılığı ilkesi yer değıştirmiştir.

İstisnalar da yok değıldir:

1986 tarihinde PVSK ile ilgili kararında “demokratik” devletten, “klasik demokratik” devletin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.²⁰ Ancak bu ifadelerin yalnızca retorik niteliğe sahip olduğu, içtihatların makro analizinden kolaylıkla anlaşılabilir.

Mahkeme 01.02.1990 tarihli kararında KHK çıkarma yetkisini “teleolojik redüksiyon” yorumuyla “ivedilik ve zorunluluk” koşullarına özgülediğinde, esasen sosyal ve ekonomik haklar ile kamu personelinin özlük hakların güvenceye kavuşturulmasıyla herhangi bir ilişki kurmadan, yalnızca yasama yetkisinin devriyle gerekçelendirmiştir.²¹

TCK 441. maddesini iptal ettiği 23.09.1996 tarihli kararında, “*Kocanın eyleminin zina suçu sayılabilmesi için kadının zinasında aranmayan kimi koşul ve öğelerin aranması, karı karşısında kocaya yasal üstünlük tanınması anlamına gelir. Evlilik birliğı içinde kocaya bu tür üstünlük tanımak için haklı bir neden yoktur. Çünkü, karşılıklı sadakat yükümlülüğü bakımından karı ile koca arasında fark bulunmamaktadır. Bunun için kocanın basit zinasının cezalandırılmaması, ona kadına karşı çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açarak cinsiyet ayırımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozar*” ifadelerini kullanmıştır.²² İptal üzerine verilen sürede yeni bir düzenleme yapılmayınca, başka bir itiraz başvurusu üzerine kocanın zinasını suç sayan 440. madde iptal edilmiştir.²³ Ancak iptal, ancak cinsel özgürlük ilişkisi kurulmaksızın genel ilkelerden olan “eşitlik ilkesi” üzerinden sonuca ulaşılmıştır.

16.06.1992 tarihli kararında, 3005 sayılı Meşhud Suçların Muhakeme Usulu Kanununun “sanığa savunmasını hazırlamak üzere verilen sürenin üç günle

²⁰ E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1987. Gerçi sonraki bazı norm denetimi ve ağırlıklı olarak da siyasi parti kapatma davalarında “demokratik devlet” kavramına yaklaşıımı, Anayasanın normatif tercihlerinin dahi gerisine düşer nitelikte olduğu görülmektedir.

²¹ E. 1988/64, K. 1990/2, Kt. 01.02.1990. Mahkeme bu kararını Anayasanın 2., 7. 87. ve 91. maddelerine dayandırmıştır.

²² E. 1996/15, K. 1996/34, Kt. 23.09.1996.

²³ E. 1998/3, K. 1998/28, Kt. 23.06.1998.

sınırlandırılmasını” Anayasanın 36. maddesine aykırı görürken, aynı zamanda İHAS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasına da dayanmıştır.

Mahkeme 506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının yataklı tedaviyi en fazla 18 ay ile sınırlayan 34. maddesi hakkında verdiği iptal kararında, devletin sosyal ve ekonomik alandaki görevlerini mali olanakları ölçüsünde yerine getireceğine ilişkin Anayasanın 65. madde hükmünün, bireylerin yaşam hakkını ihlal düzeyinde bir kayıtsızlıkla yorumlanamayacağını kabul etmiştir.²⁴ Sosyal devlet ile klasik özgürlükler bakımından kurduğu bu ilginç bağlantı, sınırlı bir çerçeve dışında Anayasa hukukçularınca pek çalışılmış değildir.²⁵

Mahkeme 20.01.1993 tarihli kararında, 5953 sayılı Yasanın bayramlarda “Bayram Gazetesi” dışında günlük gazetelerin çıkarılmasını yasaklayan 20. ve 28. maddelerinin iptal etmiştir.²⁶ Ancak bu kuralın ifade ve basın özgürlüğü ile herhangi bir bağlantısını kurmaksızın, temel hakların durdurulması kapsamında görerek iptal etmiştir.

TMK'na eklenen Ek Madde 2'yi iptal ederken, “*dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur*” ifadeleriyle ölçüsüz düzenlemenin Anayasanın 17. maddesine aykırılığı gerekçesine dayanmıştır.²⁷

²⁴ E. 1990/27, K. 1991/2, Kt. 17.01.1991.

²⁵ Oktay Uygun, Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklar Etkisi, Anayasa Yargısı 20, s. 280; Ali Rıza Aydın, Gider Hukukunun 80. Yılı: Meşrulaştırılan Disiplinsizlik, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, 30-31 Ekim 2003 Sempozyum, AÜHF Yayınları, s. 121.

²⁶ E. 1992/36, K. 1993/4, Kt. 20.01.1993

²⁷ E. 1996/68, K. 1999/1, Kt. 06.01.1999. Ancak bu kararda “duraksamaksızın” ibaresinin de hukuka aykırılığına yönelik bir vurgu söz konusu olduğu halde, yeni düzenlemede buna yönelik bir düzeltme yapılmamış, “teslim ol” emrine itaat edilmemesi tek başına silah kullanma nedeni sayılarak, bir yandan ölçülülük ilkesinin gereği yerine getirilirken, diğer yandan silah kullanma yetkisi, silahlı direnişin söz konusu olamayabileceği “teslim ol emrine itaat edilmemesi” durumunu kapsar biçimde genişletilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, AskCK'nun 4551 sayılı yasayla değiştirilen 35. maddesinde, *rütbenin geri alınması cezasının, cezalının rütbesinin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getiri*l'eğine ilişkin hükmü "insan onuruna aykırı ceza verilemeyeceği" gerekçesiyle iptal etmiş olması çok önemli bir zihinsel dönüşüme işaret edebilir.²⁸ Aynı kanundaki bazı cezaların insan onuruna aykırı olduğuna ilişkin 1963 tarihli CHP başvurusunun reddedildiğini de anımsamakta yarar var.²⁹

Mahkeme 29.07.2006 tarihinde ceza hukuku bakımından devrim niteliğinde bir karar vermiştir. Mahkemeye göre "*Yasa koyucu, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde öngörüldüğü üzere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına almak zorunda olduğu gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla da bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratabilir. Yasa koyucu bu çerçevede suç yaratırken koruma yükümünün gerekleriyle bağlı olduğu gibi, yaratılan suçla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı durumda 13. maddedeki kayıtlarla bağlıdır.*"³⁰ Bu ifadelerle suç normu tayininde yasa koyucunun takdir yetkisinin esaslı bir daralma yaşadığı, eskiden hem suç hem de ceza politikası bakımından 2. ve 38. maddelerin kullanımıyla ürettiği "*prosedürel ceza güvencesinin*" yerini "*temel hak güvencesine*" bıraktığı bırakmış oluyor. Ancak öyle görünüyor ki, bu karar Anayasa ve ceza hukukçularını henüz ilgilendirmemektedir.

Yine 4389 sayılı Bankalar Yasası ile 5682 sayılı Pasaport Yasasının vergi borcu bulunanların yurt dışına çıkışını engelleyici kuralları iptal edilirken, Anayasanın 13. ve 23. maddeleri arasında ilk sayabileceğimiz biçimde bir temel hak sınırlama metodolojisi kullanılmıştır.³¹ Kararın okunmasının uzaması nedeniyle bu gerekçenin yerini "genel ilkelere" dayalı gerekçeler bırakması riski tabii ki vardır.

Bu ve benzer kararların değeri Anayasa Mahkemesinin, Askeri Ceza Yasasının 67. maddesinde yer alan "*herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç gün geçirenler*"in "*yabancı*

²⁸ E. 2000/34, K. 2005/91, Kt. 25.11.2005. 12 Ekim 2007 tarihli gazetelere yansıyan haberlere göre, Askeri Yargıtay 1. Dairesi, toplu asker karşısında dayak yiyen askerin üstün elini tutup "yeter artık biz buraya askerlik yapmaya mı geldik, dayak yemeğe mi geldik?" demesinin saygısızlık suçu oluşturmadığı gerekçesiyle aksi yöndeki ilk derece mahkeme kararını bozabilmiştir.

²⁹ E. 1963/132, K. 1966/29, Kt. 28.06.1966

³⁰ E. 2004/63, K. 2006/94, Kt. 27.09.2006, RG 24.5.2007, sayı 26531

³¹ E. 2007/4, K. 2007/81, Kt. 18.10.2007

memlekete firar etmiş sayılacağı” kuralını incelediği kararlardaki ifadelerle karşılaştırıldığında daha iyi anlaşılabilir.

“Asker kişilerin yurt dışına çıkışta izin rejimine tabi olmaları ve bu kurala aykırı davranarak yurt dışına çıkan ve orada üç gün geçirenlerin eylemleri itiraz konusu kuralla yaptırma bağlanmıştır. Yasa koyucu, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya ertelenebileceği gibi konularda takdir yetkisini haizdir. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmiştir.

Bu nedenle itiraz konusu kuralı ihlal eden faillerin eylemleri için ceza yaptırımı öngörülmesi Anayasa’nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa’nın 13. ve 23. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir”³²

Mahkeme bu kararlarında tipik bir seyahat özgürlüğü kullanım biçiminin, Anayasanın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğü ile bağlantısız olduğunu kabul etmektedir. Ancak anlatılmak istenen herhalde, askeri disiplin alanına giren davranışların, herhangi bir temel hak ile ilişkisinin kurulamayacağı, yalnızca cezalandırmada adil bir dengenin kurulmasının yeterli olacağıdır.

Son olarak Medeni Kanunun vakıf yönetim kurulunun görevden alınmasını “tüzükte gösterilen nedenlere” bırakan 112. maddesinin ilgili ibaresinin iptal edilmesinde Anayasanın 33. maddesiyle birlikte 13. maddesine dayanmak yerine, 33. maddenin “Dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanında gösterilir” biçimindeki 4. fıkrasına dayanılmıştır.³³ Oysa yönetim kurulunun görevden alınması, bu hakkın kullanılmasını olanaklı kılacak usul ve

³² E. 2002/166, K. 2004/3, Kt. 21.01.2004. Bu kararda madde, yalnızca cezanın adil bir denge gözetememesi nedeniyle iptal edilmişti. Yeni düzenlemenin Anayasanın 13. ve 23. maddelerine aykırılığına dayalı iptal davası ise E. 2004/100, K. 2005/16, Kt. 05.04.2005 karar ile reddedilmiştir.

³³ E. 2002/162, K. 2007/89, Kt. 27.11.2007.

esaslarla ilgili olmayıp doğrudan doğruya bir temel hak sınırlaması niteliğindedir. Anayasanın 13. maddesi çerçevesinde bir sınırlamanın Anayasal onay alabilmesi için öncelikle “yasayla sınırlama” koşulunu yerine getirmesi gerekir. Yasayla sınırlama koşuluna uyulmadığı yerde, demokratik toplum düzeni gerekleri ya da hakkın özü gibi denetim ölçütlerine başvurulmasına gerek bulunmamaktadır.

Sınırlamanın söz konusu olduğu her durumda, sınırlamayı yapacak yasanın, uygulanabilmesi için başkaca bir somutlaştırmaya gerek bırakmayacak açıklıkta ve belirlilikte olması zorunludur.

Sonuç olarak, temel hak ve özgürlükler Anayasa Mahkemesinin ağırlıklı uğraş alanını oluşturmadığından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir teori ya da sınırlama metodolojisi geliştirememiş olduğunu ileri sürmek, tamamen yanlış değildir.

5. Sonuç Yerine

1982 Anayasası Türkiye’deki Anayasacılık hareketleri bakımından ve normatif analiz açısından bir gerilemedir. Ancak Anayasacılık hareketlerinin Avrupa’daki gelişim çizgisinin mantığını esas aldığımızda, 1982 Anayasasının önce mülkiyet ve girişim özgürlüğü sağlaması, girişim özgürlüğü için etkin siyasal karar mekanizmaları yaratması ve yargının denetim alanını daraltması, tipik kapitalist gelişim çizgisini yansıtmaktadır. Süreç içinde, siyasal karar mekanizmalarının etkinliğine dokunulmaksızın, diğer özgürlüklerde alan genişlemesi yaratma biçimindeki bir seyir izlemesi de bu tabloyu pekiştirmektedir. Ancak toplumsal ve siyasal gelişimin dinamiği, bu tabloyu hızla bozmakta, batı kapitalist sistemlerin uzun süreç içinde ulaştığı aşamayı, kısa süre içinde kat etmeyi dayatmaktadır. Batıda 100 yıllık uygulamanın ardından geçerliliğini kaybeden Anayasal anlayış, Türkiye’de 10 yıl içinde anakronik bir anlayışa ve çelişkiye dönüşebilmektedir. Bugünkü anayasal tartışmaların temelinde de anakronizm yatmaktadır.

Öncülü olan 1961 Anayasasıyla 1982 Anayasası, Türk siyasal ve akademik yaşamında kendilerini referans anlayışlar olarak kabul ettirebilmiştir. Temel hak tartışmaları 1961 ile 1982 tercihleri arasında gidip gelmektedir. Hazırlanan yeni Anayasa taslakları ya 1961 Anayasası, ya da 1982 Anayasası anlayışlarını referans

almaktadır. Gerçekleşme şansı daha çok olan taslağın, 1982 geleneklerini sürdürmeye aday Anayasa taslak (AKP) olduğunu yadsıyamayız.

Bir Anayasanın başarısı, kendini vazgeçilmez kılma oranıyla açıklanabilir. Siyasal atmosfere bakıldığında, yenilikçi kanat olarak ortaya çıkan “sivil Anayasa” hazırlayıcıları ile “sivil Anayasa”nın 1982’nin temel değerlerinde sapma yaratacağı gerekçesiyle karşı çıkanların ortak paydasının “1982 Anayasası” olduğu bu kadar açıkken, 1982 Anayasasının başarısız olduğu iddiası bilimsel olmaktan uzaklaşmaktadır.

Yalnızca pozitif hukuksal metinlerin referans olmaktan çıkarılması değil, Anayasacılık geleneğimizle ciddi bir hesaplaşma zorunluluğu kendini dayatmaktadır. 47 yıllık Askeri Anayasaların bıraktığı kötü miras reddedilmeden, bürokratik ve yargısal mekanizmaların dondurduğu ve kemikleştirdiği toplumsal sorunlar çözümlenmeden demokratik bir ülke olma iddiası geçerli değildir. Türkiye 100 yıllık istisna döneminden çıkarken, militarizm ve erkek egemen anlayışça belirlenmiş siyasal pratiklerden uzaklaşmalı, bastırılmış siyasal, toplumsal ve bireysel kimliklerle barış sağlanmalıdır. Bir Anayasanın bu yeni duruma ve toplumsal taleplere yanıt verici nitelikte olmalıdır. 47 yıllık askeri vesayet tortusunu “cumhuriyetin değerleri” biçiminde özgürlük taleplerinin karşısına çıkarmak gibi anakronist tutumlardan kaçınmak gerekir.