

# DEMOKRASİNİN GARANTİSİ: İNSAN ONURU VE İNSAN HAKLARI

# **DEMOKRASİNİN GARANTİSİ: İNSAN ONURU VE İNSAN HAKLARI**

Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği  
İnönü Caddesi, Hacı Hanım Sk. No: 10/12  
34439 Gümüşsuyu – İstanbul  
+90 212 249 15 54  
www.boell-tr.org

**Birinci baskı**  
İstanbul, Ekim 2008

**Proje sorumlusu**  
Dr. Ulrike Dufner

**Editör**  
Dr. Ulrike Dufner

**Çeviri**  
Forum Çeviri

**Kapak tasarımı**  
Umut Pehlivanoğlu, Myra

**Sayfa uygulama**  
Myra

**Baskı**  
Sena Ofset  
II. Matbaacılar Sitesi, B Blok, Kat: 6, No: 9  
Topkapı – İstanbul

ISBN 978-975-00954-8-1

# İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	5
Mücadeleci Demokrasi ve Siyasal Partilerin Kapatılması <i>Oktay UYGUN</i>	7
“Direnişçi Demokrasi” Bağlamında Özgürlüğün Kısıtlanması <i>Michael SACHS</i>	27
Ölçülülük İlkesinin Özellikle Türk Hukuku Dikkate Alınarak İrdelenmesi Üzerine Bir Deneme <i>Christian RUMPF</i>	33
Türkiye’de Temel Hakların Korunmasının Güçlendirilmesi Sorunu <i>Korkut KANADOĞLU</i>	41
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Federal Almanya Cumhuriyeti’nin Hukuk Düzenine Etkileri <i>Marten BREUER</i>	53
Anayasa Taslağında Temel Hak Ve Özgürlükler Konusunda Yeterli Bir Standarda Ulaşılması Sorunu <i>İbrahim Ö. KABOĞLU</i>	62
Yüksek Yargıda İnsan Onuru İlkesi - Almanya’daki Hukuki Durum <i>Jutta LIMBACH</i>	66
Özgürlük ile Güvenlik Arasındaki Gerilim İlişkisinde İnsan Onuru <i>Christian STARCK</i>	72
İnsan Onuru Kavramı Ve İnsan Hakları <i>Ioanna KUÇURADİ</i>	77
Yazarlar Hakkında	81



# ÖNSÖZ

Goethe Enstitüsü, Heinrich Böll Vakfı ve Türk-Alman Kültür İşleri Kurulu, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 60. yıldönümü nedeniyle 30/31 Mayıs 2008 tarihlerinde İstanbul'da "Liberal ve Demokratik Hukuk Düzeninin Teminatı Olarak Türkiye'nin ve AB Ülkelerinin Anayasalarında İnsanlık Onuru ve Temel Hakların Korunması: AB, Almanya ve Türkiye" konulu bir konferans düzenlediler.

Konferansta, Türk, Alman ve Avrupa hukuk sistemlerinde "mücadeleci demokrasi", "temel haklar", "insan hakları" ve "insanlık onurunun korunması" gibi konular ele alındı.

Konferansı düzenleyen kuruluşların amacı, 1948 yılında İkinci Dünya Savaşı'nın ve Avrupa'daki, insan haklarını hiçe sayan, otoriter ve diktatör rejimlerin enkazı üzerinde doğan İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 60. yıldönümünü anmakla sınırlı değildi.

Bu konferans, bir taraftan da günümüz Türkiye'sinin anayasa ve hukuk devleti bağlamında konumunu tartışmayı hedefliyordu. Konferansın yapıldığı tarihlerde, hükümetteki Adalet ve Kalkınma Partisi'nin (AKP) kapatma davası henüz karar aşamasına gelmemişti ve ulusal ve uluslararası kamuoyunda hararetle tartışılıyordu. Avrupa'daki standartların, anayasal metinlerin ve mahkeme kararlarının ele alındığı konferansta, Türkiye örneğiyle ilgili argümanlar da dile getirildi. 1982 Anayasa'sının ve AKP'nin istediği anayasa değişikliklerinin insan hakları ve temel haklar açısından analiz edilmesi, anayasa, hukuk devleti ve güncel uygulamalar konusundaki tartışmaları özetlerken, Türkiye'de konuyla ilgili gelişmeler hakkında fikir edinebilmei de sağladı.

Konferanstaki konuşmaları kapsayan bu kitapla sizlere yeniden konuya derinleşmek imkanı vermek istedik. Bir taraftan da böylece, hukuk devleti, insanlık onuru ve insan haklarının korunması gibi konularla ilgili temel sorunların tartışılmasına katkıda bulunmuş olmayı umuyoruz.

İstanbul, Eylül 2008

Ülkü Azrak

Ulrike Dufner

Claudia Hahn-Raabe



# MÜCADELECİ DEMOKRASİ VE SİYASAL PARTİLERİN KAPATILMASI

**Oktay UYGUN**

## I - MÜCADELECİ DEMOKRASİ KAVRAMI

Demokrasi, ilk kez tarih sahnesine çıktığı M.Ö. 5. yüzyıldan bu yana değişik görünümler kazanmış, farklı sınıflarla nitelendirilmiştir. İlkçağ'da antik Yunan sitelerindeki demokrasiler için "radikal" ve "ılımlı" sıfatları kullanılırken, modern çağda "doğrudan", "temsili", "liberal", "sosyal", "müzakereci" gibi pek çok yeni sıfat üretilmiştir. "Mücadelecî demokrasi" kavramı ise, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonraki döneme aittir. Özellikle Avrupa'da iki dünya savaşı arasında kurulan otoriter ve totaliter rejimlerin deneyimlerinden hareketle, yeni bir demokrasi anlayışını belirtmek amacıyla "mücadelecî" ve "militan" sıfatlarının kullanılmaya başlandığını görüyoruz. Söz konusu dönemde, Avrupa'da bazı demokrasilerin otoriter ve totaliter rejimler tarafından yıkılması, demokrasinin bu tür rejimlere karşı yansız ve hareketsiz kalmaması, onlarla mücadele etmesi gerektiği düşüncesini doğurmuştur. Bu yeni demokrasi anlayışına, Avrupa'da, 1949 Anayasası ile kurulan Alman demokrasisinin öncülük ettiğini belirtmek gerekir.<sup>1</sup> Nitekim demokrasiyi "mücadelecî" veya "militan" sıfatları ile niteleyen ilk yazarlara ve mahkeme kararlarına Almanya'da rastlıyoruz. Almanya'daki Nazi rejiminden kaçan ve Amerika Birleşik Devletleri'ne yerleşen kamu hukukçusu Karl Löwenstein, ilk kez, 1937'de yayımlanan bir makalesi için "*Militan Demokrasi ve Temel Haklar*" başlığını kullanarak bu yeni demokrasi anlayışını dile getirmiştir.<sup>2</sup>

Karl Löwenstein'a göre, Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerinde demokratik rejimler, demokrasiyi yıkmak isteyen faşist siyasal hareketlere karşı etkili savunma mekanizmalarına sahip değildir. Bu rejimler, *demokratik köktencilik*, *hukuki körlük* ve *abartılı bir hukukun üstünlüğü anlayışına* dayandığı için, totalitarizm tehlikesine karşı korunmasızdır. Demokratik rejimi korumak için "ateşe ateşle karşılık vermek" gerekir. Bu doğrultuda, totalitarizmi amaçlayan siyasal hareketlerle mücadele edilmeli, onların ifade ve örgütlenme özgürlükleri kısıtlan-

1 Mücadelecî demokrasi uygulamalarından biri olan parti yasağı uygulamasının Avrupa'da anayasal düzeydeki ilk örneğinin İtalya'da görüldüğünü belirtmek gerekir. 1948'de İtalyan Anayasası'nda yapılan değişikliklerle, eski Faşist Parti için yeniden kurulma yasağı getirilmiştir.

2 Yazarın makalesinin tam referansı şöyledir: Karl Löwenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights", *American Political Science Review*, 31, 1937, s.417-432 (Part I); 638-658 (Part II). Militan Demokrasi kavramı hakkında bkz: Yusuf Şevki Hakyemez: *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yay., Ankara, 2000; Miguel Revenga Sánchez, "The Move Towards And the Struggle for A Militant Democracy in Spain", ECPR Conference, Marburg, 18-21, September 2003. Çevrimiçi: <http://www.essex.ac.uk/ecpr/events/generalconference/marburg/papers/10/7/Sanchez.pdf>.

malıdır. Özellikle de, bu hareketlerin partileşmesine ve para-militer örgütler kurmasına engel olunmalıdır. Bunu gerçekleştirecek olan rejim disiplinli hatta *otoriter bir demokrasi* olacaktır. Löwenstein, böyle bir rejimi nitelemek için "militan demokrasi" terimini kullanır.<sup>3</sup>

Alman siyasal sisteminin, II. Dünya Savaşı sonrasında Löwenstein'in uyarıları doğrultusunda biçimlendirildiğini söylemek mümkündür. 1949 Anayasası, totaliter akımlara karşı özgürlükçü demokratik düzenin korunması için, siyasal partilerin kapatılması dâhil önemli bazı hukuki mekanizmalar getirmiştir. Anayasa yürürlüğe girdikten kısa bir süre sonra, bu mekanizmaların sağ ve sol totalitarizme karşı etkili biçimde kullanıldığını görüyoruz. 1952'de *Nasyonal Sosyalist Reich Partisi*, 1956'da *Alman Komünist Partisi* kapatılmıştır. Totalitarizm yanlılarının ifade ve örgütlenme özgürlükleri ciddi ölçüde kısıtlanmıştır. Bu tür önlemlerle demokratik rejim, bir yandan (eski) Doğu Almanya'dan gelecek sol totalitarizme, diğer yandan geçmişin mirası olan sağ totalitarizme karşı kendini korumaya çalışmıştır.<sup>4</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi, 1949 Anayasası'nın getirdiği yeni demokrasi anlayışını nitelemek için Löwenstein'in benimsediği "militan" sözcüğünü değil, "mücadeleci" sıfatını tercih etmektedir (streitbare Demokratie).<sup>5</sup> İngilizce literatürde ise "militan demokrasi" (militant democracy) teriminin yaygınlık kazandığını belirtmek gerekir. Terim konusu ülkemiz bakımından da önem arz ediyor. Ülkemizde gerek 1961 Anayasası, gerekse yürürlükteki 1982 Anayasası, demokratik rejimin korunması bakımından Alman Anayasası'na benzer düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemeleri dikkate alan bazı yazarların, ülkemizin demokratik rejimini nitelemek bakımından her iki kavramı da kullandıkları görülüyor. "Militan" sözcüğü ile "demokrasi" sözcüğünün zihinlerde yarattığı çağrışımların çok farklı hatta çelişik olması nedeniyle, bu iki kavramın birlikte kullanılmasının kulağa pek hoş gelmeyen bir yönü var.<sup>6</sup> Bu durumda, söz konusu yeni demokrasi anlayışını ifade etmek bakımından Alman Anayasa Mahkemesi'nin de benimsediği "mücadeleci demokrasi" kavramının kullanılması daha isabetli olacaktır. Peki, bu kavram neyi ifade ediyor? Mücadeleci demokrasinin günümüzün diğer çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerinden farkı nedir? Demokratik bir rejime "mücadeleci" karakterini kazandıran özellikler nelerdir?

Mücadeleci demokrasi, kişi açısından bakıldığında, hiç kimsenin, sahip olduğu insan haklarını demokratik rejimi ortadan kaldırmak ve özgürlükleri yok etmek amacıyla kullanamayacağını ifade ediyor. Devlet açısından bakıldığında ise, bu kavram devletin, özgürlükçü demokratik rejimi korumak için, demokrasi karşıtı düşünce ve örgütlenmelerle etkili hukuki araçlarla mücadele etmesini ifade ediyor. Bu tür düzenlemelerin tipik örnekleri, ifade ve örgütlenme özgürlüklerine getirilen yasaklardır: Demokratik rejimi yıkmayı ve totaliter bir düzen kurmayı amaçlayan örgütlenmelerin yasaklanması, bu tür örgütlerin kitlesel gösterilerinin kısıtlanması, halkı ırk, din veya ulus temelli kin ve nefrete yönelten açıklamaların engellenmesi, şiddeti

3 Karl Löwenstein'in bu yöndeki görüşlerinin değerlendirmesi için bkz: Jan-Werner Müller, "On the Origins of Constitutional Patriotism", *Contemporary Political Theory*, Vol. 5, No.3 (2006), s.284-285.

4 J. Müller, a.g.m., s.285.

5 Fazıl Sağlam: *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, Beta, İstanbul, 1999, s.10; Müller, a.g.m., s.284.

6 Osman Can: *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, Seçkin, Ankara, 2005, s. 65.



savunan veya demokratik rejimi ortadan kaldırmayı amaçlayan partilerin kapatılması gibi. Mücadeleci demokrasinin bu tür hukuki araç ve önlemleri, Avrupa'da ilk kez, 1949 Alman Anayasası ile anayasal düzeyde kurumsallaştırılmıştır.

Bu yazının konusu olan mücadeleci demokrasinin parti yasaklarına ilişkin hükümleri, bazı ülkelerde anayasa, diğer bazılarında ise yasa ile düzenlenmiştir.<sup>7</sup> Genel bir gözlem olarak, yakın geçmişte otoriter veya totaliter bir rejim deneyimi olan veya bu nitelikte örgütlenmelerin rejim bakımından ciddi bir sorun oluşturduğu ülkelerde, konunun anayasal düzeyde ele alındığı söylenebilir. Almanya, Türkiye, İtalya, Portekiz örneklerinde olduğu gibi, 1990'larda komünist tek parti rejiminden çok partili demokratik hayata geçen ülkelerin anayasalarında da bu tür düzenlemeler yer almaktadır.<sup>8</sup>

## II - MÜCADELECI DEMOKRASİ UYGULAMALARI

Avrupa Konseyi'nin anayasal konulardaki danışma organı olan *Venedik Komisyonu*'nun, 10 Ocak 2000 tarihinde kamuya açıkladığı raporunun ekinde, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde siyasal partilere getirilen yasak ve kısıtlamalara ilişkin anayasal veya yasal hükümler geniş biçimde örneklendirilmiştir. Söz konusu yasak ve kısıtlamaların çeşitliliği, tüketici biçimde sınıflandırılmalarını zorlaştırıyor. Yine de, en yaygın hükümlerin dört başlık altında toplanması mümkündür.<sup>9</sup>

### 1) Demokratik Rejimin Niteliğinin Korunmasıyla İlgili Hükümler

Bu tür hükümlere şu örnekler verilebilir: Kapatılan faşist ve nasyonal sosyalist partilerin kaldırılması yasağı (Avusturya, İtalya, Almanya). Programında totaliter yöntemlere, Nazizmin, Faşizmin ve Komünizmin uygulamalarına yer veren partilerin yasaklanması (Polonya). Faşist ve ırkçı partilerin yasaklanması (Portekiz). Program, amaç ve faaliyetleri anti demokratik veya totaliter nitelikte olan; hukukun üstünlüğü, demokrasi, halk egemenliği, eşitlik ve çoğulculuk ilkelerini reddeden partilerin yasaklanması (Arnavutluk). Özgürlükçü demokratik anayasal düzeni tehdit eden partilerin kapatılması (Almanya). Otoriter ve totaliter yöntemleri kullanan partilerin yasaklanması (Moldova).

### 2) Ayrımcılık ve Nefret Yayıcılığını Yasaklayan Hükümler

İrk, milliyet ve din temelli ayrımcılık ve nefret yaymayı amaçlayan parti veya diğer siyasal örgütlerin yasaklanması (Fransa, İspanya, Beyaz Rusya, Ukrayna, Azerbaycan).

7 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: F. Sağlam, *a.g.e.*, s.55-74.

8 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures', adopted by the Venice Commission at its 41st plenary session (December 1999) (CDL-INF (2000)1), Appendix I 'Prohibition of Political Parties and Analogous Measures'. Çevrimiçi: [www.coe.fr/venice](http://www.coe.fr/venice).

9 Bkz: Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, s.14-19. Ayrıca bkz: F. Sağlam, *a.g.e.*, s.55-74;

### 3) Şiddet Yasağı ile İlgili Hükümler

Şiddet kullanan veya şiddeti teşvik eden partilerin yasaklanması (Danimarka, Portekiz). Amaçlarına şiddet veya silah kullanarak ulaşmayı hedefleyen partilerin yasaklanması (Arnavutluk). Savaş propagandası yasağı (Beyaz Rusya, Ukrayna).

### 4) Devletin Varlığı, Bağımsızlığı ve Ülke Bütünlüğü ile İlgili Hükümler

Devletin varlığını tehdit eden partilerin yasaklanması (Almanya). Devletin bağımsızlığını tehdit eden partilerin yasaklanması (Ukrayna). Ülke bütünlüğünün korunması için getirilen yasaklar (Fransa, Bosna Hersek, Bulgaristan, Rusya, Slovakya, Moldova). Devlet için tehlike oluşturan partilerin yasaklanması (İsviçre, Lihtenştayn).

Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi ülkelerinde görülen parti yasaklarının uygulamasını değerlendirdiği raporunda şu tespitlerde bulunmaktadır. İstikrarlı demokrasilerdeki yasaklama hükümleri uzun yıllardan bu yana uygulanmıyor. İsviçre’de, çok muğlak ifadelerle düzenlenen parti yasaklarının ancak savaş zamanında geçerli olacağı kabul edilmektedir. Mücadeleci demokrasi araçlarının en güçlü olduğu Almanya’da 1956’dan bu yana parti kapatma yaptırımının uygulanması söz konusu olmamıştır.<sup>10</sup> Sonuç olarak, anayasalarında veya yasalarında çeşitli kısıtlayıcı hükümler bulundurmakla birlikte, istikrarlı demokratik rejimlerde bu hükümler nadiren kullanılmaktadır.

Venedik Komisyonu’nun 2000 tarihli raporundan sonra, Almanya, İtalya ve Fransa’da yeni parti ve siyasi örgüt kapatma vakalarının gündeme geldiğini belirtmek gerekir. Almanya’da, 2003 yılında federal hükümet ve federal parlamentonun her iki kanadı (Bundesrat ve Bundestag), yasaklanan Nazi Partisinin mirasçısı olarak 1964’te kurulan *Alman Milli Demokratik Parti (NPD)*’in kapatılması için Anayasa Mahkemesi’ne başvurdu. Federal seçimlerde oy oranı %1’in altında olan ve %5’lik ulusal baraj nedeniyle federal parlamentoda temsil edilemeyen NPD, yalnızca bazı eyaletlerde parlamenter çıkarabilmiştir. NPD’nin bu eyaletlerdeki oy oranları da, hiçbir yerde % 10’a ulaşmamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi, yargılama esnasında, parti örgütünün üst kademelerinde çok sayıda istihbarat elemanının bulunduğu bilgisine ulaştıkça, yargılamaya devam etmeme kararı aldı. Mahkeme’ye göre, hükümetin kapatma gerekçelerinin geniş ölçüde parti içindeki hükümet ajanlarının söz ve eylemlerine dayanması, sunulan delillerin güvenilirliğini zedelemektedir.<sup>11</sup>

Fransa’da 1936-2003 yılları arasında 80 *siyasi örgüt* Bakanlar Kurulu kararıyla kapatılmıştır.<sup>12</sup> Bir siyasal partiler yasası bulunmayan bu ülkede, siyasal partileri siyasal amaçlı dernek

10 Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, s.19.

11 Bu davada, Anayasa Mahkemesi’nin ikinci senatosunda yapılan oylamada, yedi yarıktan üçü davanın reddi yönünde oy kullanmış; davanın görülmesi için 2/3 çoğunluk gerektiğinden davaya devam edilmemiştir. Bu sonuç, davanın reddi veya kabulü dışında yeni bir hukuki durum yarattığı için doktrinde eleştirilmektedir. Davanın seyri, yol açtığı hukuki tartışmalar ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin ikinci senatosunun 18 Mart 2003 tarihli kararının değerlendirmesi için bkz: Thilo Rensmann, “Procedural Fairness in a Militant Democracy: The ‘Uprising of the Decent’ Fails Before the Federal Constitutional Court” German Law Journal, Vol. 4, No.11 (1 November 2003), s.1117-1136.

12 M. Sanchez, *a.g.m.*, s.5.

veya platformlardan ayıran hukuki ölçütler belirgin değildir. Partilerin seçimlerdeki işlevi sınırlı olduğu gibi, tüzel kişilikleri de tartışmalıdır. Yine de, kapatılan örgütlerin bazılarının diğer Avrupa ülkelerindeki gibi "parti" niteliğinde kuruluşlar oldukları açıktır.<sup>13</sup>

Yakın tarihli diğer bir parti kapatma örneği, İspanya'nın ayrılıkçı partisi Batasuna'dır. İspanyol Yüksek Mahkemesi, 2002 yılında, İspanyol Parlamentosu'nun Batasuna'nın ayrılıkçı sosyalist terör örgütü ETA ile olan sıkı bağları nedeniyle yasadışı ilan edilmesi ve kapatılması talebini oybirliğiyle onaylamıştır.<sup>14</sup>

Burada, kapatma davası niteliğinde olmasa da, Belçika'da Flaman bölgesinin bağımsızlığını savunan radikal sağcı Flaman Bloku (Vlaams Blok) aleyhine açılan davadan söz etmek gerekir. Flaman bölgesinde halk desteği en yüksek partilerden biri olan Flaman Bloku'nun yabancı düşmanlığı ve ırkçılığı yasaklayan hükümlere aykırılıktan mahkum olması üzerine, dava Belçika Yüksek Mahkemesi'ne götürüldü. Yüksek Mahkeme, 2004 yılında partinin ırkçı unsurlardan arındırılmasına ve 40.000 Euro tazminat ödemesine hükmederek kararı onayladı. Mahkemenin kararı bir kapatma yaptırımını içermemekle birlikte, hukuki sonuçları bakımından ona yakın bir nitelik arz etmektedir. Çünkü böyle bir karardan sonra, ilgili partinin devlet yardımı ve televizyon yayınlarından yararlanması engellenecektir. Bu sonuçları dikkate alan parti yönetimi partiyi feshetmiş ve aynı kadrolarla Flaman Çıkarları (Vlaams Belang) adlı partiyi kurmuştur.<sup>15</sup>

### III – TÜRKİYE'DE SİYASAL PARTİ YASAKLARININ GENEL GÖRÜNÜMÜ

Yukarıda, Avrupa Konseyi ülkelerinin mevzuatında yer alan ve dört başlık altında sınıflandırılan parti yasaklarının neredeyse tümü, farklı ifadelerle de olsa, Türk hukukunda yer almaktadır. Siyasi Partiler Kanunu'nda ayrıntılı biçimde düzenlenen bu yasakların bir kısmı, istikrarlı demokrasilerde görülmeyen aşırı kısıtlayıcı hükümler niteliğindedir. Öyle ki, bu yasakların bazıları Anayasa'ya da aykırıdır.<sup>16</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, siyasi partileri *demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları* olarak tanımlamıştır (md.68/2). Günümüzde, siyasi partilerin serbestçe kurularak iktidar yarışına katılmadıkları bir düzen, çoğulcu-özgürlükçü demokrasi olarak nitelendirile-

13 Bkz: F. Sağlam, a.g.e., s.15-55.

14 Thomas R. Ayres, "Batasuna Banned: The Dissolution of Political Parties Under European Convention of Human Rights", 27 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 99 (2004), s.99-113.

15 Yeni partinin kuruluş töreninde, eski partiyi kapatan Yüksek Mahkeme'nin savcı ve yargıçlarını tehdit niteliğinde sözler söylenmiş ve kapatılan partinin mirasına sahip çıkılacağı vurgulanmışsa da, bu konuda fazla ısrarlı davranılmadığı görülmüyor. Yeni parti, kısa sürede tüzüğünde ve görüşlerinde değişikliğe gitmiştir. En önemli değişiklik yabancı düşmanlığı politikasındaki yumuşamayla ilgilidir. Eski parti, tüm Avrupalı olmayan göçmenlerin ülkelerine gönderilmesini savunurken, yeni parti, bu kişilerin, Belçika yasalarına ve kültürüne uyum sağlamak koşuluyla ülkede kalabileceklerini belirtmektedir. Bkz: David Art, "The Organizational Origins of the Contemporary Radical Right: The Case of Belgium", *Comparative Politics*, Vol. 40, No.4, July 2008; <http://en.wikipedia.org/wiki/Vlaams-Belang>.

16 Bu konuda bkz: F. Sağlam, a.g.e., s.109-133.

mez. Demokratik rejimin işleyişi bakımından taşıdığı büyük önem nedeniyle, siyasal partiler bazı güvencelerle donatılmıştır. Bu güvencelerin bir kısmı siyasal partilerin kapatılması ile ilgilidir. Siyasal partilerin hangi hallerde kapatılabileceği Anayasa’da belirtilmiştir. Kapatma yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir. Anayasa’nın 68. maddesinin dördüncü fıkrası, parti yasakları bakımından geniş bir liste sunar:

“Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.”

Siyasî Partiler Kanunu (SPK), Anayasa’da sayılan yasaklar listesini somutlaştıran ve çoğu kez söz konusu listeyi genişleten pek çok hüküm içermektedir. Öyle ki, SPK’nın getirdiği son derece ayrıntılı ve kısıtlayıcı hükümlerle, siyasal partilerin demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları olma özelliğinin ortadan kaldırmış olduğu söylenebilir. Bu durum, özellikle kapatma rejimi açısından son derece belirgindir. Siyasal partilerin ancak Anayasa’da belirtilen nedenlerle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılabilmesi esasını, SPK hükümleri dikkate alındığında, partiler bakımından bir güvence olarak nitelendirmek zordur. Siyasal partilerin kapatılması rejimi, bazı bakımlardan partileri derneklerden bile daha güvencesiz hâle getirmiştir. Bunun bir kanıtı, parti başkanlarının daha önce Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Temyiz Mercii olarak Yargıtay tarafından incelenmiş ve suç unsuru bulunmamış sözlerinin Anayasa Mahkemesi’nce kapatma gerekçesi yapılmış olmasıdır. Hukuk sistemimizde ceza davaları ile parti kapatma davaları iki ayrı yargısal süreçtir. Bu süreçleri tepede birleştiren ortak bir temyiz organı bulunmadığı gibi, süreçlere yön veren hükümler de farklıdır. Bu durum, ifade ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin standartların ceza davaları ile parti kapatma davalarında önemli ölçüde farklılaşmasına yol açıyor. Söz konusu farklılık nedeniyle, parti kapatma rejimini düzenleyen hükümlerin demokrasi ve insan haklarına ilişkin standartları, ceza yargısına göre daha geri düzeydedir.

Türkiye’nin siyasal partilere ilişkin mevzuat ve uygulamasının, partilerin demokrasilerdeki işlevini tersine çevirdiği görülüyor. Özellikle Siyasî Partiler Kanunu, partilerin oluşturacakları politikaların temel ilkelerini, yönünü, hatta bazen ayrıntılarını “resmi” ideoloji doğrultusunda tespit etmiş, aykırı davranışları kapatma nedeni saymıştır. Bu tür hükümlerin bazılarının demokratik rejimin korunmasıyla bir ilgisi yoktur. Korunmak istenen laik, çoğulcu-özgürlükçü demokrasi değil; otoriter bir zihniyetin biçimlendirdiği kurulu düzendir. Bu anlayış, açık bir şekilde, siyasal çoğulculuğun reddedilmesidir. Türkiye’de birden çok parti kurulabilecek, fakat tümü aynı ideolojiye göre biçimlenen politikaları savunacaktır. Siyasî Partiler Kanunu’nda partiler, adeta bir devlet kurumu gibi algılanmıştır.

Bu yaklaşımın izlerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önündeki yargılamada görmek mümkündür. Siyasal partilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğünden yararlanamayacakları Türk Hükümeti adına Strasbourg’da savunulmuştur. Hükümet, Sözleşme’nin siyasal partiler bakımından, bireylere devlet için yükümlülük yaratacak herhangi bir hak tanımadığını, partilerin temel hak ve öz-

gürlüklerden çok devletin temel örgütlenişi ile ilgili kurumlar olduğunu kanıtlama çabası içine girmiştir.<sup>17</sup>

Buna karşılık Komisyon ve Mahkeme, siyasal partilerin Sözleşme'nin 11. maddesinin koruduğu en önemli örgütlerden biri olduğunu, partilerin demokrasinin işleyişi açısından taşıdığı önem nedeniyle aksi bir görüşün savunulmasının mümkün olmayacağını belirtmiştir. Ayrıca, partiler söz konusu olduğunda, örgütlenme özgürlüğü için Sözleşme'de öngörülen sınırlamaların (m.11/2) çok daha dar anlamda yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>18</sup>

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasal partilerin durumu incelendiğinde, kapatma rejimimizin en tartışmalı yönlerinin şu noktalarda toplandığı görülebilir: Kapatma yaptırımının uygulanma sıklığı Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin çok üzerindedir. Kapatma yaptırımına demokratik rejimin korunması bakımından son çare olarak başvurulmamaktadır. Parti kapatma nedenlerinin bazıları, demokratik rejimin korunması bakımından gerekli, zorunlu hatta elverişli bile değildir.

Aşağıda, siyasal partilerin kapatılması rejimi bakımından Türk Hukuku ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, farklılıkların bulunduğu bazı noktalar yönünden karşılaştırılacaktır.

#### **IV - AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE SİYASAL PARTİ ÖZGÜRLÜĞÜ**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde siyasal partilere ilişkin özel bir madde bulunmamaktadır. Siyasal partiler, genel olarak, örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddenin kapsamı içinde değerlendiriliyor.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, siyasal partileri demokrasinin işleyişi açısından vazgeçilmez kurumlar olarak görmektedir. Partiler, ülke sorunlarının çözümü konusunda farklı görüşler üreten, farklı toplum kesimlerinin taleplerini devlete yansıtan kuruluşlardır. Bu bağlamda, kuruluş ve faaliyetleri bakımından geniş güvencelerden yararlanmalı, ciddi bir zorunluluk olmadıkça özgürlükleri kısıtlanmamalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli kararlarıyla, hangi hallerde siyasal partilerin yasaklanmasının ya da kapatılmasının Sözleşme'ye aykırılık oluşturmayacağını belirlemiştir. Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımının özlü bir anlatımı, Venedik Komisyonu'nun raporunda bulunabilir.<sup>19</sup> Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nin isteği üzerine hazırlanan *Siyasal Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzer Önlemler Hakkında Temel İlkeler* adlı söz konusu raporda usule ve esasa ilişkin yedi ilke belirlenmiştir. Bunların çoğunluğu Türk Hukukunda da geçerli olan ilkelerdir. Bununla birlikte, esasa ilişkin bazı ilkeler bakımından Türk Hukuku ile

17 AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No: 1939/92 Karar Tarihi: 30.01.1998, P ar.19; AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No: 21237/93, Karar Tarihi: 25.05.1998, Par.26 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili kararlarına şu adresten ulaşılabilir: <http://www.echr.coe.int/echr>.

18 AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye, Par. 23, 24, 25, 46; AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri / Türkiye, Par. 28, 29, 50.

19 Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures, s.4-5.

Sözleşme'nin öngördüğü sistem arasında çok büyük farklılıkların bulunduğu görülüyor. Venedik Komisyonu raporunu izleyerek bu farklılıkları şöyle özetleyebiliriz:

Siyasal Partilerin yasaklanması ya da kapatılması, ancak partilerin anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde, demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması durumunda haklılaştırılabilir. Bir partinin anayasanın barışçıl yollarla değişmesini savunması, tek başına, o partinin yasaklanması ya da kapatılması için yeterli gerekçe oluşturmaz. Partilerin yasaklanması ya da kapatılması önlemine çok istisnaî durumlarda başvurulabilir. Hükümetler ya da devletin diğer organları, yetkili yargı organından bir partinin yasaklanmasını ya da kapatılmasını istemeden önce, ülkenin durumunu dikkate alarak, söz konusu partinin özgür ve demokratik siyasal düzen için veya kişi hak ve özgürlükleri için gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığını, bu tehlikenin daha hafif önlemlerle engellenip engellenemeyeceğini değerlendirmelidir.<sup>20</sup>

Venedik Komisyonu'nun tespit ettiği ilkelere, Türk Hukuku bakımından dikkate alınması gereken şu sonuç çıkıyor. AİHS çerçevesinde siyasal partilerin kapatılması için iki koşulun varlığı gereklidir. Bunlar:

1) *Siyasal partiler yalnızca şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması durumunda kapatılabilir. Irkçılık, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük şiddet savunusunun belirli görünüşleri olarak kabul edilmektedir.*

AİHM'nin Refah Partisi kararı, Mahkeme'nin, parti kapatma nedenlerini Venedik Komisyonu'nun belirlediği kriterlerden biraz daha geniş yorumladığını gösteriyor. Mahkeme bu davada, Refah Partisi mensuplarının "cihat" çağrısına ve iktidara gelişlerinin kanlı mı, kansız mı olacağı tartışmasına vurgu yapmış olsa da, partinin kapatılmasını AİHS'ne aykırı bulmayışının esas gerekçesi şudur: Refah Partisi demokrasi ve insan hakları ile bağdaşmayan bir siyasal programa sahiptir. Partinin savunduğu, dinsel gereklere göre biçimlenen "çok hukuklu sistem" ve "şeriat düzeni" hem demokrasiye, hem de Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere aykırıdır. Özellikle Büyük Daire kararından, parti yetkilileri şiddet çağrıştıran ifadeler kullanmamış olsalardı bile, antidemokratik bir ideolojiye sahip bu partinin kapatılmasının Sözleşme'ye aykırı bulunmayacağı sonucu çıkıyor.

*Refah Partisi kararı sonrasında, AİHS çerçevesinde, siyasal partilerin yalnızca şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması durumunda değil, ayrıca belirli koşullar altında, şiddeti savunmasa bile antidemokratik ideolojisi nedeniyle kapatılabileceği sonucu çıkıyor.* Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 2002 tarihli bir kararında, AİHM'nin Refah Partisi kararı ile 11 Eylül 2001 saldırılarının gündeme taşıdığı demokrasi ve insan haklarına yönelik tehlikeleri dikkate aldığını belirterek, parti kapatma rejiminin esaslarını bu doğrultuda formüle etmiştir. Bu formülasyonda, Venedik Komisyonu'nun belirlediği *siyasal partinin şiddet kullanması ya da şiddeti savunması unsurlarının yanı sıra, iç barışı ve demokratik anayasal düzeni tehdit etmesi* esaslarına da yer verilmiştir. Söz konusu

20 Bkz: Venedik Komisyonu raporunda belirtilen 3 ve 5 numaralı ilkeler ile bu ilkeleri açıklayan aynı raporun III / 10, 11, 12, 14 ve 15 numaralı başlıkları.

kararda, bir partinin varlığının demokratik düzen için tehdit oluşturmasının, kapatılmasını haklaştıırabileceğinin iki kez vurgulanması, özellikle dikkat çekicidir.<sup>21</sup>

2) *Bir siyasal partinin kapatılması için, kapatma önlemi demokratik düzeni korumak bakımından başvurulacak son çare olmalıdır.*

Kapatılmak istenen parti demokratik düzen için gerçek bir tehlike oluşturmalı ve bu tehlikenin daha hafif önlemlerle giderilmesi mümkün olmamalıdır. Bu yaklaşım, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *clear and present danger* (açık ve yakın tehlike) kriteri ile benzerdir. Bu bağlamda, bir partinin demokratik düzene aykırı görüş ve eylemlerinin tespiti yeterli değildir. Bu aykırılığın demokratik düzen için mevcut durumda ya da çok yakın gelecekte bir tehlike arzemesi gerekecektir. Aksi halde, bir yaptırım uygulanmayacak ya da kapatma dışında kalan daha hafif önlemlerle yetinilecektir.

AİHM, Refah Partisi kararında, bu partinin son seçimlerdeki oy oranının %22 düzeyinde gerçekleşmesi ve oylarını giderek arttırma eğiliminde olmasını, yakın bir tehlike olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, bu durum, Refah Partisi'nin tek başına iktidara gelerek demokrasiyle bağdaşmayan programını uygulamasını mümkün kılacaktır. AİHM, demokrasiye aykırı programa sahip bir partinin tek başına iktidara gelmesine izin verilerek, demokratik rejimin, kendisini kuvvetler ayrılığı ilkesi, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesinin varlığı gibi ilke ve kurumlar aracılığıyla korumasını zorunlu görmemiştir. Tek başına iktidara gelen demokrasi karşıtı bir partinin bu güvenceleri işlevsiz kılacağı endişesini dikkate alarak, önceden kısıtlayıcı tedbirler alınmasını AİHS'ye aykırı bulmamıştır. Bir anlamda, parti kapatma yaptırımının uygulanabilmesi için, demokratik rejime yönelen ciddi tehlikenin mevcut olmasını değil, yakın olmasını yeterli görmüştür.

## **V - AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN TÜRKİYE'DEN YAPILAN SİYASAL PARTİLERLE İLGİLİ BAŞVURULAR HAKKINDAKİ KARARLARI**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bugüne kadar siyasal partilerin kapatılması ile ilgili Türkiye'den yapılan çeşitli başvuruları karara bağlamıştır. Türkiye'den yapılan başvurularla, Mahkeme'nin, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin esasları önemli ölçüde açıklığa kavuşturduğu söylenebilir.<sup>22</sup> Söz konusu kararlar içinde, Mahkeme içtihadını biçimlendirmesi bakımından 30 Ocak 1998 tarihli *Türkiye Birleşik Komünist Partisi*, 25 Mayıs 1998 tarihli *Sosyalist Parti* ile 31 Temmuz 2001 (Üçüncü Daire) ve 13 Şubat 2003 (Büyük Daire) tarihli Refah Partisi kararlarının özel bir önem taşıdığı görülüyor. İlk iki dava, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından *devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine* aykırılık, üçüncüsü ise *laiklik ilkesine* aykırılık esasına dayandırılmıştı. Bu davalar çerçevesinde oluşan AİHM içtihadını biraz daha yakından inceleyelim:

21 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi No 1308 (2002), concerning "Restrictions on Political Parties in the Council of Europe Member States", çevrimiçi: [http://assembly.coe.int / Documents / AdoptedText / TA02/ERES1308](http://assembly.coe.int/ Documents / AdoptedText / TA02/ERES1308).

22 Bu kararların incelenmesi için bkz: Yasemin Özdek: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, s.263-275; Oktay Uygun: Siyasal Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Anayasa Yargısı 17, Ankara, 2000, s.256-272.

## 1) Türkiye Birleşik Komünist Partisi Kararı

Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP)<sup>23</sup> kararında, AİHM, parti adında "komünist" sözcüğünün bulunmasının kapatma gerekçesi yapılmasını Sözleşmeye aykırı bir müdahale olarak görmüştür. Kararda, bir partinin adıyla ilgili seçiminin, kural olarak, yeterli düzeyde başka gerekçelerle desteklenmedikçe, onun kapatılması şeklindeki ağır bir müdahaleyi haklılaştıramayacağı belirtilir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin TBKP'nin bir sınıfın diğer sınıflar üzerinde egemenlik sağlama amacını taşımadığı tespitine ve TCK'nın 141-142. maddelerinin kaldırılmış olduğuna dikkat çekilmiştir. Mahkeme'ye göre, bu özellikler, TBKP'yi kapatılan Alman Komünist Partisi'nden farklı kılmakta ve yalnızca adındaki "komünist" sözcüğüne bakarak kapatılmasını haklılaştırmamaktadır.<sup>24</sup>

Anayasa Mahkemesi, kapatma kararına diğer bir gerekçe olarak, partinin tüzük ve programındaki "Türk ve Kürt ulusu", "Kürtlerin kendi kaderini tayin hakkı" ifadelerinden hareketle, partinin ayrılıkçı amaçlar taşıdığını, ülkede azınlıklar yaratmayı hedeflediğini ve bu yolla devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçladığını göstermişti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, tüzük ve programdaki ifadelerin, Kürtleri bir "azınlık" olarak tanımlamadığını, varlığının tanınmasının ötesinde onlara ayrıcalıklar vermeyi amaçlamadığını ve Türklerden ayrılmalarını savunmadığını belirtir. Tam tersine, programda, "TBKP, Kürt sorununun adil, demokratik ve barışçı bir çözüme kavuşturulması, Türk ve Kürt halkının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde gönüllülük ve eşit haklılık temelinde birlikte yaşamaları ve ortak çıkarlar temelinde demokratik bir şekilde yeniden yapılanması için çalışacaktır" denmektedir.<sup>25</sup>

Programda, kendi kaderini tayin hakkı ile ilgili olarak, Kürt sorununun baskı ve şiddetle çözülemeyeceği, şiddetin kendi kaderini tayin hakkının ayrılık biçiminde tek yönlü kullanılmasına yol açabileceğinin belirtilmesi dışında bir görüş ifade edilmemiştir. TBKP'ye göre, "sorunun çözümü politiktir. Kürt halkı üzerindeki baskı ve eşitsizliğin ortadan kalkması için, Türk ve Kürtlerin birliğine ihtiyaç vardır. Kürt sorunu, ancak bütün tarafların görüşlerini özgürce açıklayabildiği ve sorunun çözümünde her türlü şiddet kullanımının reddi konusunda mutabakat sağlandığı, kendi ulusal kimlikleriyle politik yaşama katılabildikleri koşullarda çözülebilir".<sup>26</sup>

Mahkeme, siyasî bir grubun, yalnızca, halkın bir kesiminin durumunun açıkça tartışılmasını istediği ve bu kesimin, ilgili herkesi tatmin edecek çözümlere demokratik usullerle ulaşmak

---

23 Türkiye Birleşik Komünist Partisi 4 Haziran 1990'da kuruldu. On gün sonra, kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava açıldı. Anayasa Mahkemesi, 16 Temmuz 1991'de TBKP'yi kapattı. 7 Ocak 1992'de, Sözleşme'nin çeşitli maddelerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruda bulunuldu. Komisyon, 6 Aralık 1994 tarihli kısmi görülebilirlik kararının ardından, 3 Eylül 1996 tarihli raporunda, oybirliğiyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlâl edildiği yönünde görüş bildirdi. Dava, 28 Ekim 1996'da, Komisyon tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne iletildi.

24 AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Par. 54.

25 AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Par. 56.

26 AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Par. 56.



amacıyla politik yaşama katılmasını savunduğu için kapatılmasını demokrasi ile bağdaşmaz bulmuştur: "*Rahatsız edici nitelikte olsalar bile, bir ülkenin sorunlarının diyalog yoluyla, şiddete başvurmaksızın çözümü için öneriler getirilmesine imkan vermesi demokrasinin temel özelliklerinden biridir*". Bu doğrultuda, şiddeti reddeden, demokratik esaslara bağlılığını belirten bir parti hakkında süresiz kapatma ve liderlerine siyaset yasağı getiren bir önlem, hedeflenen millî güvenliğin korunması amacı ile orantısız, dolayısıyla, demokratik bir toplumda zorunlu değildir. Sözleşme'nin 11. maddesi ihlâl edilmiştir.<sup>27</sup>

## 2) Sosyalist Parti Kararı

Sosyalist Parti kararında, AİHM, şiddete çağrı, ülke bütünlüğünün ve devletin dayandığı temel ilkelerin korunması gibi konuları, parti kapatma yaptırımını bakımından değerlendirme fırsatı bulmuştur.<sup>28</sup>

Kapatma kararında Türk Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde de Türk Hükümeti, Sosyalist Parti'nin görüşlerinin Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkelerine aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Sosyalist Parti üniter devlet ilkesini ve Atatürk milliyetçiliğini reddetmektedir. AİHM'ne göre, bir siyasal programın devletin temel ilkelerine ve örgütleniş biçimine aykırı olması, onun demokrasi ile bağdaşmaz olduğu anlamına gelmez: "*Demokrasinin kendisine zarar vermemek koşuluyla, bir devletin mevcut örgütlenme biçiminin doğruluğu hakkında kuşku doğuran niteliktekiler de dahil olmak üzere, farklı siyasal programların önerilmesi ve tartışılabilmesi demokrasinin özüdür*".<sup>29</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararında şiddete çağrı olarak gösterilen "karpuz değil cesaret ekin", "Kürt halkı ayağa kalkıyor" gibi ifadeleri, Kürtlerin haklarına sahip çıkmaları yönünde bir çağrı olarak değerlendirerek herhangi bir şekilde şiddeti destekler nitelikte bulmamıştır: "*Mahkeme, Bay Perinçek'in ifadelerini incelediğinde, şiddet kullanımına, ayaklanmaya veya demokratik ilkeleri ret eden başka bir eyleme çağrı olarak kabul edilebilecek herhangi bir şey bulmamıştır. Tam tersine, (Perinçek) önerilen siyasal reformun seçim sandığı ve referandum yoluyla, demokratik kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi ihtiyacını bir kaç kez vurgulamıştır. Aynı zamanda, uluslar arasında ve toplumdaki sorunların çözümü için şiddete tapınan ve güç kullanımını savunan eski kültürün aleyhinde konuşmuştur*".<sup>30</sup>

27 AİHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Par. 57, 61.

28 Sosyalist Parti 1 Şubat 1988'de kuruldu. Kurulduktan 14 gün sonra açılan kapatma davasını, Anayasa Mahkemesi 8 Aralık 1988'de reddetti. 14 Kasım 1991'de ikinci kez kapatma davası açıldı. Anayasa Mahkemesi, bu kez, 10 Temmuz 1992 tarihli kararıyla Sosyalist Parti'nin kapatılmasına karar verdi. 31 Aralık 1992'de, Sözleşme'nin ihlâl edildiği gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruda bulunuldu. Başvuru üzerine, 6 Aralık 1994'te kısmi görülebilirlik kararı verildi. Komisyon, 26 Kasım 1991'de, oybirliğiyle 11. maddenin ihlâl edildiğini açıkladı. Davayı, 27 Ocak 1997'de Mahkeme'ye iletti. Türk Anayasa Mahkemesi, Sosyalist Partinin kapatılması ile ilgili kararında, bu partinin "Türk ulusu" ve "Kürt ulusu" ayrımı yaparak azınlık yaratmayı hedeflediğini, "Kürt-Türk federasyonu" kurarak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçladığını, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkesi olan Atatürk milliyetçiliğine karşı çıktığını ve halkı ayaklanmaya çağırdığını belirtmiştir.

29 AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye, Par. 47/3.

30 AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye, Par. 46.

Parti genel merkezince yayımlanan *Serhildan Çağruları* adlı yayında "Kürt milleti, kendi kaderini tayin hakkına kayıtsız şartsız sahiptir. Eğer isterse ayrı bir devlet kurabilir... Ayrılma hakkı, gönüllü birliğin her zaman vazgeçilmez koşuludur" ifadelerine yer verilmiştir. Mahkeme, bu ifadelerin, yayının bütünü içinde değerlendirildiğinde, ayrılıkçılığın savunusu anlamına gelmediğini tespit etmiştir. Sosyalist Parti, Kürtler ve Türklerin eşit haklara sahip olarak bir federasyon kurmalarını, Kürtlerin özgür bir referandum sonucunda bu birliğe katılması gerektiğini, Kürtlerin ve Türklerin ortak çıkarının özgür iradeleriyle birleşmek olduğunu savunmuştur. Mahkeme'ye göre, bu görüşlerin ayrılıkçılığı teşvik eden bir yönü yoktur.<sup>31</sup>

Partinin genel başkanı, partisinin kapatılmasına neden olan sözleri nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yargılanmış ve beraat etmiştir. Türk Hükümeti, ceza yargısıyla anayasa yargısının tamamen farklı prosedürler olduğunu belirterek bu durumun partinin kapatılması bakımından bir önemi olmadığını savunmuştur. Mahkeme ise, ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararını, Parti genel başkanının sözlerinin etkisi konusunda Türk mahkemelerinin görüşlerinin farklı olduğuna işaret etmesi bakımından dikkate almıştır.<sup>32</sup>

AİHM, bu görüşler doğrultusunda, TBKP kararında olduğu gibi, ancak çok ciddi durumlarda uygulanabilecek radikal bir önlem olan parti kapatmayı millî güvenliğin korunması amacı bakımından orantısız bulmuş, demokratik bir toplumda söz konusu müdahalenin zorunlu olmadığına karar vermiştir. Sözleşme'nin 11. maddesi ihlâl edilmiştir.<sup>33</sup>

### 3) Refah Partisi Kararı

Refah Partisi kararında AİHM, laiklik ilkesi ile demokratik rejimin korunması arasındaki ilişkiyi açıklığa kavuşturmuştur.<sup>34</sup> AİHM Üçüncü Dairesi, Türk Anayasa Mahkemesi'nce "*laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiği*" için kapatılan Refah Partisi hakkındaki kapatma gerekçelerini üç başlık altında toplamış ve kapatma yönündeki müdahaleyi örgütlenme özgürlüğünün ihlali olarak görmemiştir. AİHM'nin, Refah Partisi'nin kapatılmasının neden Sözleşme'nin ihlali sayılamayacağına ilişkin görüşleri, kısaca şu şekilde özetlenebilir:

1) **Çok Hukuklu Sistem:** AİHM'ye göre, Refah Partisi çok hukuklu sistemi savunmaktadır. İnanç temelli oluşturulan çok hukuklu sistem insanlar arasında ayrımcılığa yol açtığı gibi, devletin hak ve özgürlüklerin garantörü olarak pozitif müdahalede bulunma yükümlüğünü yerine getirmesine de engel olur. Bu durum, Sözleşme'ye taraf devletin, Sözleşme'nin gereklerini yerine getirememesi sonucunu doğurur.

31 AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye, Par. 47.

32 AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye, Par. 49.

33 AİHM, Sosyalist Parti ve Diğerleri/Türkiye, Par. 51, 54.

34 Refah partisi, İslami çizgiyi temsil eden "millî görüş" hareketinin 12 Eylül 1980'den sonra kurduğu partidir. 1995 seçimlerinden %22 oy oranıyla birinci parti olarak çıkan Refah Partisi'nin o oranı, ertesi yıl yapılan yerel seçimlerde % 35'e ulaştı. Hakkında kapatma davası açıldığında, Refah Partisi koalisyon hükümetinin büyük ortağı, başkanı Necmettin Erbakan da başbakanı. Parti, Anayasa Mahkemesi'nce 16 Ocak 1998'de kapatıldı. Yapılan başvuru üzerine, AİHM Üçüncü Dairesi, 31 Temmuz 2001 tarihinde, 3'e karşı 4 oyla kapatma kararını Sözleşmeye aykırı görmemiştir. Daha sonra davayı ele alan Büyük Daire, 13 Şubat 2003 tarihli kararında, oybirliğiyle Üçüncü Daire'nin kararının değişmeyeceği sonucuna varmıştır.

- 2) **Şeriat Düzeni:** Refah Partisi İslam hukukunu esas alan şeriat düzenini savunmaktadır. Şeriatın temel ilkeleriyle demokrasinin ilke ve değerleri uyumsuz. Özellikle ceza hukuku ilkele-ri, kadının statüsü, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konularında, şeriat AİHS sisteminden tamamen ayrılır.
- 3) **Şiddetin Reddedilmemesi:** Refah Partisi, amacına ulaşmak bakımından cihatı gerekli görmüş, iktidara gelmelerinin kanlı veya kansız olabileceği tartışmasını başlatmıştır. AİHM'ye göre, Refah Partisi o ana kadar şiddete başvurmamış, üyelerini açıkça şiddete teşvik etmemiştir. Ancak şiddet kullanmayı dışlamayan bir söylemi benimsediği ve zor kul-lanmaktan söz eden üyelerini partiden dışlamadığı açıktır.

AİHM Üçüncü Daire'si, bu üç gerekçeyle partinin kapatılmasının Sözleşme'ye aykırı düşmedi-ği sonucuna varmıştır. Başvurucuların talebi üzerine, daha sonra davayı inceleyen Büyük Dai-re'nin kararı da aynı yönde olmuştur. Burada, Büyük Daire'nin kararında, Refah Partisi'nin ideolojisinin demokrasi ve AİHS değerleriyle bağdaşmazlığının daha güçlü bir şekilde vurgu-landığını not etmek gerekir.

## **VI - AİHM İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE TÜRK HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

AİHM'nin Türkiye'den yapılan parti kapatma davaları ile ilgi başvurularda ortaya koyduğu iç-tihadın genel bir değerlendirmesi için şu noktaların altı çizilebilir:

### **1) Ülke Bütünlüğün Korunması İlkesi ile Bölünmezlik İlkesinin Karşılaştırılması**

Türk Anayasa Mahkemesi'nin "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi"ne ay-kırı görerek kapattığı partiler bakımından, AİHM bu partilerin demokrasi ile bağdaşmayan bir görüşe sahip olmadıklarını önemle vurgulamıştır. Federalizmi, halkların kendi kaderini tay-in hakkını veya Kürtlerin dillerini ve kültürlerini geliştirmeyi savunmanın "ayrılıkçılık" ola-rak görülemeyeceğini belirtmiş; ayrılıkçılığı ülkenin bir parçasını devletin egemenlik alanı dı-şına çıkartmak yani bağımsızlık istemekle özdeşleştirmiştir. Bu durumda, Sözleşme'de geçen "*ülke bütünlüğünün korunması*" kavramı ile Türk Anayasası'nda geçen "*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin*" federalizm ve ayrılıkçılık tartışması bakımından farklı sonuçlar doğurduğu görülüyor. Federalizm savunusu, AİHS çerçevesinde ne ayrılıkçı bir görüş olarak nitelendirilmekte, ne de "ülke bütünlüğü" ilkesine aykırı görülmekte iken, Türk hukukunda hem ayrılıkçı (bölücü) bir ideoloji, hem de "bölünmezlik ilkesi"nin ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Bu noktada, AİHS standartları çerçevesinde gerçekten ayrılıkçı bir ideolojisi olan yani ülke bütünlüğüne aykırı görüşlere sahip siyasal partiler bakımından AİHM'nin tutumunun ne ola-cağı sorulabilir. Mahkeme'nin bu konuya ilişkin bir içtihatı bulunmuyor. Mahkeme'nin 13 Aralık 2007'de kabul edilebilirlik kararı verdiği bir başvuru, yakın gelecekte bu konunun açıklığa kavuşmasına vesile olabilir. Söz konusu başvuru, İspanya'nın ayrılıkçı partisi olan Batasuna tarafından yapılmıştır. İspanyol Parlamentosu, siyasi partiler yasasını 2002 yılında

değiştirilmesinden hemen sonra, değiştirilen yasa uyarınca Yüksek Mahkeme'den Batasuna'nın kapatılmasını talep etmiştir. Oy birliğiyle bu talebin kabul edilmesi üzerine, Batasuna davayı Anayasa Mahkemesi'ne götürmüştür. Anayasa Mahkemesi de oybirliğiyle kararı onamıştır. Her iki yüksek mahkeme kararında, partinin kapatılması ayrılıkçı görüşleri savunmasına değil, terör ve şiddeti içeren bir ideolojiye sahip olmasına dayandırılmıştır.<sup>35</sup> Bu nedenle, AİHM partinin ayrılıkçı ideolojisini değil, bu ideolojinin şiddet kullanılmasını benimsediğini ve partinin terör eylemleriyle irtibatlı oluşunu dikkate alarak karar verebilir. Davanın seyri bu şekilde gerçekleştiği takdirde, tamamen barışçıl yöntemleri benimseyen siyasal partilerin "ülke bütünlüğünün korunması" gerekçesiyle kapatılıp kapatılmayacağı sorusuna Mahkeme'nin cevabının ne olduğunu öğrenememiş olacağız. Türkiye'de ve AİHS'ye taraf bazı ülkelerde, barışçıl olup olmadığına bakılmaksızın ülke bütünlüğüne aykırı partilere getirilen yasaklar nedeniyle, bu konunun açıklığa kavuşturulması önem taşıyor.<sup>36</sup>

## 2) Siyasi Partiler Kanunu'ndaki Şekli Yasakların Sözleşme'ye Aykırılığı

Siyasî Partiler Kanunu'nda özgürlükçü demokratik rejimin niteliğiyle bağdaşmayan çok sayıda yasak bulunduğu yukarıda işaret edilmişti. Sözleşmeyle uyum sağlamak bakımından, SPK bu tür yasaklardan bütünüyle arındırılmalıdır.<sup>37</sup> Bu yasakların bazılarında amaç ile araç arasındaki bağ sağlıklı bir şekilde kurulmadığından *şekli yasaklar* olarak adlandırdığımız bir yasak kategorisi ortaya çıkmıştır. Örneğin, 81 ve 89. maddeler bu niteliktedir.

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü korumayı amaçlayan 81. madde, Anayasa Mahkemesi'ne, davalı partinin bu amaca aykırı amaçlar taşıyıp taşımadığını takdir ederek karar verme olanağı tanımamaktadır. Çünkü söz konusu madde, ülkede azınlıklar bulunduğu ileri sürülmesini, Türk dilinden ve kültüründen başka dil ve kültürlerin korunması, geliştirilmesi ya da yayılmasını ve parti faaliyetlerinde Türkçeden başka dil kullanılmasını bölünmezlik ilkesine aykırı bir tutum olarak nitelemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yasal varsayımları tartışma olanağı yoktur.<sup>38</sup> Siyasî Partiler Kanunu'nun 81 a, b ve c fıkralarında belirtilen bu yöndeki tutum ve davranışları benimseyen partilerin, mutlaka devletin bölünmesini de amaçladığını söylemek mümkün değildir. Bir yazarın belirttiği gibi:

"Bir siyasal parti, ülkede azınlık bulunduğunu bir sosyal olgu olarak belirleyebilir ve bu olguyu ülkede sosyal bütünlüğü sağlayacağına inandığı önlemlere ve politikalara mesnet yapabilir. Bu önlemler ya da politikalar, 81. maddede öngörülen varsayımlardan farklı olabilir. Ulus içinde yer alan farklı dil ve kültürlerin ya da başka etnik özelliklerin korunmasını ve serbestçe varolmasını ulusal bütünlüğü sağlayacak bir politika olarak görebilir. Bu görüşler, toplum içindeki başka siyasal parti ya da gruplarca yanlış bulunabilir. Ancak ülke gerçeğini yanlış değerlendirme olasılığına yasak koymak, demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde yeterli

35 Bkz: T. Ayres, *a.g.m.*, s.101-102.

36 Türk Anayasası ve Siyasî Partiler Kanunu'nun bu yönden değerlendirilmesi için bkz: Oktay Uygun: Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, 3. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2007, s.318-339.

37 Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz: Fazıl Sağlam: Siyasî Partiler Kanunu'nda Uluslararası Normlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler, Anayasa Yargısı 17, Ankara, 2000, s.233-254.

38 Bak: Oktay Uygun: *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.74-75

bir gerekçe olamaz. Siyasal düzlemde çeşitli görüşlerin yanlış da olsa kendini ifade edebilmeleri ve olabildiğince eşit koşullarla yarışabilmeleri, demokratik bir düzenin temel ilkelerinden biridir. Bu nedenle önerilen siyasal önlemlerin yasal varsayımlarla bir örnek olmaya zorlanması, totaliter bir yaklaşım olup, özgürlükçü, çoğulcu demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır".<sup>39</sup>

Siyasi Partiler Kanunu'nda yer alan diğer bir şekli yasa, 89. maddede düzenlenen Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kaldırılmasının savunulamayacağına ilişkin hükümdür. Söz konusu madde uyarınca, "*siyasal partiler... Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer almasına ilişkin Anayasanın 136. maddesi hükmüne aykırı amaç güdemezler.*" Anayasa Mahkemesi, önceleri ilgili partinin amacına bakmaksızın bu şekli yasağı uygulamış ve Diyanet İşleri Başkanlığı'nın kaldırılmasını savunan partileri kapatmıştır. Mahkeme, daha sonra, maddenin konuluş amacından hareketle, laiklik ilkesini savunan bir parti için söz konusu yasağın uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Bir partinin hem laikliği savunması, hem de devletin Diyanet İşleri Başkanlığı aracılığıyla din hizmeti vermesine karşı olması mümkündür. Böylece, SPK'daki şekli yasa, maddenin konuluş amacı ve 1995 tarihli anayasa değişikliği göz önüne alınarak aşılabilmiştir.<sup>40</sup> Bu hükmün ve benzer hükümlerin kanundan çıkartılması için SPK'nın kapsamlı bir revizyona ihtiyacı vardır.

### **3) Devletin Temel İlkelerinin Barışçıl Yöntemlerle Değiştirilmesi Sorunu**

AİHM'ne göre, barışçıl ve demokratik yöntemleri benimsemek koşuluyla, partiler her tür görüşü savunabilecek, devletin temel ilkelerini ve örgütlenme şeklini tartışabileceklerdir. Türkiye bağlamında, üniter devlet yerine federal devlet, bugünkü milliyetçilik anlayışı yerine başka bir ideoloji savunulabilecektir. Bilindiği gibi, bu esaslar Anayasamızda değiştirilemeyecek hükümler olarak düzenlenmiştir.

İlk bakışta, mevzuatımızı AİHM kararlarına ve dolayısıyla Sözleşme'ye uygun hale getirmek için, Anayasadaki değiştirilemezlik yasağının kaldırılmasının gerekli olduğu izlenimi doğabilir. Mahkeme'nin söz konusu kararları, Türkiye'ye bu yönde bir yükümlülük getirmiyor. *Yükümlülüğümüz, devletin temel ilkeleri olarak kabul ettiğimiz esaslara aykırı görüşleri, parti kapatma nedeni olmaktan çıkarmakla sınırlıdır.* Demokrasiyle ne ölçüde bağdaştığı ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, bu esaslar yine Anayasa'nın değiştirilemeyecek hükümleri olarak kalabilir. Bu durumda, örneğin, bir parti üniter devlet yerine federal devlet modelini savunabilecek, fakat Anayasa'yı değiştirecek bir halk desteğiyle iktidara gelse bile, söz konusu değişikliği yapamayacaktır.

Anayasasında değiştirilemeyecek hükümler bulunması bakımından Türkiye tek örnek değildir. 2003 yılı itibariyle, Avrupa Konseyi üyesi 14 ülkenin anayasasında benzer hükümler bulunmaktaydı. Almanya, Azerbaycan, Bosna Hersek, Ermenistan, Fransa, İtalya, Kıbrıs, Moldova, Norveç, Portekiz, Romanya, Türkiye, Ukrayna ve Yunanistan anayasalarının temel ilkelerinde

39 F. Sağlam, a.g.e., s.123

40 Bkz: Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Barış Hareketi Partisi kararı. E. 1996/3, K. 1997/3, Kt. 22.5.1997, AYMKD 36/1, s.978-1033.

veya bölümlerinde değişiklik yapılamayacağı esası benimsenmiştir. Diğer ülkeler, sıkı koşullara bağlanmış olsa da, anayasalarının her bölümü ve hükmü için değişikliğe izin vermektedir.<sup>41</sup>

Bu konuda Alman Anayasası ile Türk Anayasasını karşılaştırmak yararlı olabilir. Alman Anayasası'nda, hak ve özgürlüklere ilişkin maddeler ile federal devlet modelini kurumsallaştıran hükümlerin değiştirilemeyeceği esası kabul edilmiştir (m.79/3). Türkiye'de üniter, Almanya'da federal sistemin değişmezliği esası, doğrudan Sözleşme'de güvence altına alınan hiç bir hakkın kapsamı içinde olmadığından, bu konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yetkisi dışında kaldığı söylenebilir.

Türk Anayasası ile Alman Anayasası arasındaki benzerlik bununla sınırlı değildir. Alman Anayasası'nın 21. maddesinde "Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik partilerin" kapatılabileceği belirtilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi önüne bu yönde bir dava gelmediği için, söz konusu hüküm üzerinde yeterince durulmamıştır. Alman Anayasası'nda devletin federal niteliğini koruyan bir hükmün parti kapatma nedeni olarak öngörülmüş olması, bu yöndeki bir yasağın AİHS ile bağdaştığını kanıtlamak için yeterli gerekçe oluşturmaz. Yukarıda da belirtildiği gibi, Sözleşme çerçevesinde, siyasal partilerin kapatılması, demokratik rejimin korunması için bir çare olarak kabul edilmektedir. Alman Anayasası'ndaki bu hükmün somut bir uygulaması olmadığından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de bu konuda bir içtihatı bulunmamaktadır. Fakat söz konusu hükmün Siyasi Partiler Kanunumuzun üniter devlet yapısını koruyan 78. 80. ve diğer bazı maddeleriyle hem nitelik hem de nicelik yönünden farklı olduğu söylenebilir.

Nitelik yönünden farklılık şu şekilde açıklanabilir: Alman Anayasası'nın 21. maddesinin federal siyasal yapıyı koruyan hükmü, nasyonal sosyalist rejime bir tepkinin ifadesidir. Almanya'da 1933'te iktidara gelen Hitler'in ilk icraatlarından biri, Weimar Anayasası'nın öngördüğü federal sistemi kaldırmak olmuştur. Hitler, tüm yetkilerin tek bir merkezde, kendi şahsında toplandığı otoriter ve totaliter nitelikte bir üniter yapı kurmuştur. O nedenle, Almanya'da üniter devlet modelini benimseyen bir partinin aynı zamanda bir diktatörlük kurmayı amaçlayacağı varsayımından hareket edilmektedir. Bu varsayımın yeterli düzeyde temellendirilmesi durumunda, federal sistemi kaldırmayı amaçlayan bir partinin kapatılmasını AİHS çerçevesinde haklılaştırmak mümkündür.

Üniter yapıyı koruyan hükümlerin durumu farklıdır. Türkiye'de veya başka ülkelerde, federalizmi savunan partilerin aynı zamanda antidemokratik bir ideolojiye de sahip olacağına işaret eden tarihsel bir tecrübe yoktur. Ayrıca bu ilişkinin rasyonel biçimde kurulması da pek mümkün gözükmemektedir. Şöyle ki: Federalizm ancak demokratik bir rejim ile birlikte uygulanabilirken, üniter siyasal yapı hem diktatörlükle hem de demokrasi ile bağdaşır. Federal sistemin ayırdedici özelliği olan iktidarın bölünmesi ve ulusaltı iktidar merkezlerinin ulusal karar alma sürecine katılması ilkelerinin temel güvencesi, demokratik anayasal kurumların ve siyasal geleneklerin varlığıdır. Bu özelliği nedeniyle, Almanya'da federal yapıyı değiştirmeyi amaçladığı için hakkında kapatma davası açılacak bir partinin, aynı zamanda demokrasiyi de

---

41 Bkz: Sanchez, a.g.m., s.5.

ortadan kaldırmak amacını taşıma olasılığı yüksektir. Üniter yapıyı değiştirerek federal bir sistem kurmak isteyen bir partinin ise demokrasi karşıtlığı ile suçlanması zordur. Bir partinin hem federalizmi hem de demokrasiyi savunması mümkündür. Aslında, federalizm yalnızca demokratik bir rejim ile uygulanabilecek bir sistem olduğundan, tersini savunmak yani federalizm ile otokratik bir rejimi bir arada desteklemek mümkün değildir. AİHM, partilerin üniter ya da federal yapıyı savunup savunmadıklarına değil, demokrasi karşıtı amaçlar taşıyıp taşımadıklarına dikkat etmektedir.

Türk ve Alman hukuklarındaki yasağın nicelik yönünden de farklı olduğu görülüyor. Alman Anayasası, partilerin "Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelmesi"nden söz etmektedir. Bu ifade, federalizme karşı olan partilerin kapatılmasında, rejim için belirli ölçüde bir tehlike ve tehdit oluşturma koşulunun gerçekleşmesini şart koşuyor. Oysa Türk Hukukunda bir partinin tüzük, program ya da eyleminin üniter devlet ilkesine aykırı olması kapatılması için yeterlidir. Rejim için gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılmamaktadır.<sup>42</sup>

#### 4) Laiklik İlkesi

AİHM, Türk Anayasası'nın "bölünmezlik ilkesi" ile demokratik rejimin korunması arasında bir bağ görmezken, laiklik ilkesi söz konusu olduğunda bu bağı kurmuş ve din temelli bir ideolojinin Sözleşme ile bağdaşmayacağını güçlü bir biçimde vurgulamıştır. Bu durum, kuşkusuz, laiklik nedeniyle verilecek bütün kapatma kararlarının Sözleşmeyle uyumlu olacağına karine teşkil etmez. Bu noktada Refah Partisi ile Fazilet Partisi davalarının karşılaştırması yararlı olacaktır. Kapatılan Fazilet Partisi hakkında AİHM'ne başvurulmadığı için, bu partinin kapatılması hakkında AİHM'nin görüşü ortaya çıkmamıştır. Yine de, Mahkeme'nin Refah Partisi davasında oluşturduğu içtihadattan hareketle, Sözleşme çerçevesinde Fazilet Partisi'nin durumu hakkında bazı tespitler yapılabilir. Böyle bir inceleme, Anayasa Mahkemesi'nde 14 Mart 2008'de *Adalet ve Kalkınma Partisi* aleyhinde açılmış olan dava hakkında da bazı ipuçları verebilir.

#### Fazilet Partisi Davası

Fazilet Partisi, Refah Partisi'nin 1998'de kapatılması üzerine, aynı yıl içinde, milli görüş hareketinin yeni partisi olarak kuruldu. Ertesi yıl, hakkında kapatma davası açıldı. Anayasa Mahkemesi, 22 Haziran 2001'de partinin kapatılması yönünde karar verdi. Anayasa Mahkemesi'nin 5 Ocak 2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan kapatma kararı sekize karşı üç oyla alındı.<sup>43</sup>

Fazilet Partisi kararı, Refah Partisi kararından farklı olarak tek bir olguya; bu partinin kamu kurumlarında kadınların başörtüsü kullanabileceğini savunmak suretiyle laik cumhuriyet ilkesini ihlal ettiği tespitine dayandırıldı. Mahkeme'ye göre;

---

42 Fazıl Sağlam, Türk ve Alman hukuklarındaki söz konusu hükümlerin farklı bir değerlendirmesini yapmaktadır. Bkz: F. Sağlam, *a.g.e.*, s.161.

43 Bkz: AYM, Fazilet Partisi kararı. E.1999/2, K.2001/2, Kt. 22.06.2001, AYMKD 37/2, s.922-1552.

“Başörtüsü ya da türbanın eylemli bir durum yaratılarak TBMM’ne taşınması girişimiyle... laiklik ilkesi ağır biçimde ihlal edilmiştir... (Fazilet Partisi’nin) laiklik ilkesine karşı olanların güçlü bir siyasal sembol olarak kullandıkları türban konusunda... ısrarlı ve süreklilik gösteren faaliyetleri nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı demokratik hukuk devletini değil, din kurallarının geçerli olduğu bir toplumsal modeli gerçekleştirmeyi amaçladığı açıktır”.<sup>44</sup>

Yukarıda belirtildiği gibi, Refah Partisi kararı, başörtüsünün yanı sıra, partinin cihattan ve iktidara gelişlerinin “kanlı mı kansız mı” olacağından söz ederek şiddeti politik bir araç olarak benimsemesi, İslami uygulamalara gönderme yaparak çok hukuklu sistemi ve şeriatı savunması gibi değişik tespitlere dayandırılmıştı. Bu doğrultuda, partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiğine ilişkin epeyce olguya işaret edilmişti. AİHM de partinin din devleti kurma amacını sabit görmüş, şiddeti ilke olarak dışlamamasını ve çok hukuklu sistemi savunmasını Sözleşme ile bağdaşmaz bulmuştu. Anayasa Mahkemesi, bu kez, Fazilet Partisi’nin bir din devleti kurma amacını taşıdığına ya da şiddeti bir araç olarak kullanmak istediğine işaret eden somut hiçbir bulguya dayanmadan, yalnızca kamu kurumlarında başörtüsünü savunduğu için kapatılmasına karar verdi. Bu kararı Sözleşme çerçevesinde haklılaştırmak Refah Partisi kararı kadar kolay değil gibi gözüküyor. Çünkü AİHM, Refah Partisi kararında, partinin, çalışma saatlerinin namaz vakitlerine göre ayarlanması görüşü, başörtüsü konusundaki tutumu, Ş. Kazan’ın Ankara DGM tarafından radikal İslamcı faaliyetleri nedeniyle tutuklanan bir tutukluyu ziyaret etmesi ve N. Erbakan’ın Başbakanlık konutunda çeşitli İslami hareketlerin liderlerine yemek vermesi yönündeki görüş ve faaliyetlerinin tek başına laik devlet düzeni için ciddi bir tehlike oluşturmadığı sonucuna varmıştı. Dolayısıyla, bu tür tutum ve davranışlar ancak bir din devleti kurma amacına yönelik siyasal programın varlığını desteklemek amacıyla kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi’nin, Fazilet Partisi’nin Refah’ın devamı olduğu yönündeki Başsavcılık iddiasını reddettiği hatırlanırsa, bu partinin Refah’ın devamı olduğu için antidemokratik bir ideolojiye sahip olduğu varsayılmaz. Bu yöndeki iddianın sağlam gerekçelerle temellendirilmesi gerekir. Bu durumda, tek başına başörtüsünü savunduğu için partinin laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiğinin Sözleşme çerçevesinde güçlü biçimde savunulması pek mümkün gözükmemektedir.

Fazilet Partisi kararının çok önemli bir yönü de, Mahkeme’nin insan hakları ve demokrasi anlayışı bakımından yaptığı tespitlerdir. Mahkeme’ye göre; “*bir siyasi partinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin örgütlenme özgürlüğüyle ilgili 11. maddesinin sağladığı korumadan yararlanması, tüzüğü, programı ve eylemleriyle Anayasa ve Siyasi Partiler Yasasında belirtilen demokratik bir devlet ve toplum düzenini gerçekleştirme amacında olduğunu göstermesine bağlıdır*”.<sup>45</sup>

Mahkeme, bu sözlerle, insan haklarından yararlanmayı belirli bir şarta bağlıyor. Hak sahibi o şartı gerçekleştirmezse, haktan yararlanamayacaktır. Bu yaklaşım, insan haklarının şarta bağlı olmadığını, herkesin sırf insan olması sebebiyle bu haklara doğuştan sahip olduğunu vur-

44 AYM, Fazilet Partisi kararı, s.1493.

45 AYM, Fazilet Partisi kararı, s.1497.



gulayan evrensel insan hakları öğretisi ile uyuşmamaktadır. Elbette, hakların kullanımı kişilere bazı ödev ve sorumluluklar yükler; ama bunlar bir haktan yararlanmanın ön şartı değildir.

İkinci olarak, Mahkeme, demokratik devlet ve toplum düzenini Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Siyasal Partiler Kanunu'nda belirtilen çerçeve içinde değerlendiriyor. Bugünkü Anayasa'nın ve özellikle pek çok antidemokratik hüküm içeren Siyasal Partiler Kanunu'nun demokratik toplum düzeninin standardının belirlenmesinde ölçüt alınması bir talihsizliktir. Mahkeme aynı yaklaşımı, serbest bölgelerde grev hakkını 10 yıl süreyle yasaklayan düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulan 1986 tarihli bir kararında da sergilemişti. O tarihte, "...*demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur*"<sup>46</sup> diyen Mahkeme, sonraki kararlarında demokrasinin evrensel ölçütlerini öne çıkarmış ve "Türk tipi demokrasi" anlayışından vazgeçmişti. Şimdi bir kez daha, bize özgü demokrasiden, bize özgü insan hakları anlayışından hareket ediliyor. Ümit edelim ki, Anayasa Mahkemesi'nin Fazilet Partisi kararındaki bu ifadeler gözden kaçmış sözler olsun; 12 Eylül zihniyetine geri dönüşün habercisi olmasın.

## VII - MÜCADELECİ DEMOKRASİ / MÜCADELECİ DEVLET

Parti kapatma rejimimiz Avrupa'daki istikrarlı demokrasilerin uygulamaları ve AİHM içtihatlarıyla karşılaştırıldığında, Türkiye'nin mücadelecı demokrasinin araçlarını anayasal ve yasal düzeyde en ileri derecede kurumsallaştıran ülkelerden biri olduğu görülüyor. Siyasal Partiler Kanunu'nda düzenlenen kapatma yaptırımına ilişkin hükümler incelendiğinde, mücadelecı demokrasi anlayışının, demokrasinin kendisini antidemokratik hareketlere karşı koruma amacının çok ötesine taşıdığını tespit etmek mümkündür. Demokrasimizin farklı ideolojik kaynaklardan beslenen otoriter ve totaliter rejim arayışlarına karşı kendini hukuki araçlarla koruması doğal ve gerekli bir durum olmakla birlikte, Siyasal Partiler Kanunu'nda partiler için getirilen yasakların önemli bir kısmı bu amaca hizmet etmekten uzaktır. Söz konusu yasaklar ya demokratik rejimin korunması ile ilgili değil, ya da ilgili olmakla birlikte ölçsüz yaptırımlar içermektedir. Bu durum, siyasal çoğulculuğu, demokratik rejimin gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlamaktadır.

Siyasal Partiler Kanunu'ndaki demokratik rejimin korunmasına yönelik olmayan kısıtlama ve yasakların yoğunluğu, bu kanuna *mücadelecı demokrasi* anlayışından çok, *mücadelecı devlet* anlayışının hâkim olduğunu gösteriyor. Kısıtlama ve yasaklar, demokrasinin otoritarizm ve totalitarizm ile mücadelesinden daha fazla, devletin özgür düşünceyle, farklı fikirlerle, kültürel ve siyasal çoğulculukla mücadelesine odaklanmıştır. Siyasal Partiler Kanunu, 12 Eylül askeri rejiminin ülke için önemli ve yararlı gördüğü bazı politikaları resmi doğrular şeklinde düzenleyerek tüm siyasal partilere kabul ettirme isteğinin ürünüdür. Değiştirilmek istenmesi ağır yaptırımlara bağlanan bu resmi "doğrular"ın doğruluğu, o gün için de, bu gün için de hayli tartışmalıdır. Kaldı ki, demokratik rejimi tehdit etmediği sürece, siyasal partilerin başkalarınınca "yanlış" olarak kabul edilen görüşleri savunma hakkı olmalıdır. Siyasal Partiler Kanu-

46 AYM, E.1985/21, K.1986/23, Kt. 06.10.1986, AYMKD 22, s.224.

nu'nun bir an önce gereksiz ve ölçüsüz yasaklardan arındırılması, çoğulcu-özgürlükçü demokrasi ve çağdaş insan hakları anlayışına uygun olarak revize edilmesi gerekir. Bu acil ihtiyacın ancak iktidar partisine karşı kapatma davası açıldığında hatırlanması ise, demokrasi kültürümüz açısından övünülecek bir durum olmasa gerekir.

## “DİRENİŞÇİ DEMOKRASİ” BAĞLAMINDA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASI

**Michael SACHS**

Direnışçi demokrasi bağlamında özgürlüğün kısıtlanması, halihazırda hükümet partisine yönelik bir parti kapatma davasının bulunması nedeniyle Türkiye için elbette özel bir önem taşımaktadır; bu yüzden Almanya’da da bulunan parti kapatma sorunlarını, bugün doğal olarak konuşmamın odak noktasına yerleştireceğim.

Bu konu modern anayasa devletinin genel olarak ilkesel bir sorunuyla bağlantılıdır ve bu yüzden tek tek anayasal sistemlerin üstünde bir konudur. Hatta bu sorunsal daha da geneldir; bu sorunsal her siyasal sistemin genel olarak “sağlam” olmasıyla, yani kendi bekâsına zarar verilmemesi, yerine göre devrim ya da darbe yoluyla ortadan kaldırılmaması için önlemler aldığı gerçeğiyle ilişkilidir. Bu durum tam da ve elbette özellikle, diktatörlükler ya da totaliter sistemler için geçerlidir; bu sistemler için mevcut önderlerin ya da onların örgütlerinin iktidarlarını korumaları onların reel olarak var olan düzenlerinin kesinlikle odak noktasında yer alır.

Bu çıkış noktası, demokratik bir sistem için geçerli değildir; demokrasi yöneticilerin değişmesine açıktır, demokraside iktidar özellikle zaman içinde el değiştirmelidir, iktidardaki kişilerin yerlerini, muhalefetteki kişilerin alması sisteme içrektir ve demokrasinin doğal bir halidir. Aynı şekilde, demokraside bu konuda değişik kararlar alınması da tamamen ilkesel bir özelliktir; demokrasi her şeyden önce, çoğunluğun karar vermesi anlamına gelir, çoğunluk rayları hep yeniden döşeyebilir. Belirli kuralların ya da ilkelerin, çoğunluğun kararına açık olmayacak şekilde nihai olarak saptanması, demokratik çoğunluk ilkesine uymaz.

Demokratik çoğunluk iktidarı elbette normatif bir anayasa çerçevesinde asla mutlak bir iktidar değildir: her hâlükarda bu iktidar anayasa hukukunun, çoğunluk iradesinin oluşturulmasına ilişkin kurallarına tabidir; çoğunluk iktidarı demokrasi ilkesinin, örneğin bir muhalefetin tanınması, özgürce kamuoyu oluşturma süreci ve benzerleri gibi başka unsurlar tarafından görelileştirilir ve başka anayasa hukuksal ilkelerden kaynaklanan sınırlamaları da dışlamaz. Bu tür dışlamalar özellikle hukuk devleti taleplerinin, öncelikle de temel hakların korunmasının yararınadır. Demokrasi ilkesi bir çoğunluk mutlakçılığı oluşturmaz, çoğunluğun da her şeyi yapmadığı karma bir düzenin sadece bir unsurudur.

Bu yüzden, demokratik bir anayasa sistemini, bir çoğunluğun bu sistemden vazgeçmesinden korumak için, çoğunluk iktidarına da sınırlar koyulabilir. Bu önlem, klasik bir biçimde, anayasa değişikliklerinin koşullarının yüksek tutulmasıyla gerçekleşir: böylelikle kaliteli çoğunluk zorunluluğu yoluyla, basit çoğunlukların anayasa hukuku üzerinde tasarrufta bulunması engellenir; ebedîlik garantisi denilen garantiler yoluyla anayasanın içeriğindeki belirli unsurlar da,

ezici çoğunluklar tarafından bile yapılırsa, her türlü anayasa değişikliğinden hukuksal olarak uzak tutulabilir. Bu durum, demokrasi ilkesini kendi çekirdek düşüncesini oluşturan çoğunluk iktidarının tutarlı sonuçlarından korunması için de geçerlidir; çoğunluk kendi kendini iktidardan alamaz; çoğunluk kararıyla kendi mutlak iktidarını da kuramaz.

Buna göre demokrasinin sağlamlığı, sistemin varlığını korumaya yönelme, demokratik bir anayasa düzeninin özüne tamamen yabancı değildir. Elbette bir yanda çoğunluk iktidarının demokratiklik iddiası ile diğer yanda bu iktidara çizilen sınırlar arasında her zaman bir gerilim mevcuttur.

Bir düzenin (demokratik olanlar dahil) sağlamlığı sadece, oluşturulan çoğunluk iradesinin kendisini kabul ettiremediği durumlarda ortaya çıkmaz; işte bu gerilim özellikle bu yüzden vardır. Sistemin kendini koruması daha ziyade daha ön alanda başlar ve sistem için tehlikeli olan çoğunluk kararlarının hiç alınmamasını garantilemeye çalışır. 1949 yılında Federal Almanya anayasasının çıkartılması, uygun güvenlik önlemlerinin üzerinde düşünmek için özel bir vesile oluşturmuştur; çünkü 1919 Weimar Anayasası, 1933 yılında sadece görünüşte anayasa-ya uygun olan bir yetkilendirme yasasıyla geçersiz kılınmıştır; bu yasayı çıkartma kararını, demokratik seçimlerle oluşturulan Reichstag meclisi, anayasayı değiştirecek bir çoğunlukla almıştır.

Bu deneyim, 1949 Anayasasında hayata geçirilen, direnişçi demokrasi kavrayışına temel oluşturmuştur. Weimar Anayasası'nın yıkılışının, ne ölçüde, gerçekten uygun araçların eksikliğine dayandırılabilceği hususunu burada ele almayacağız. Elbette, siyasal bir ceza hukuku kesinlikle vardı, dernekler yasasının olanakları da mevcuttu, özellikle Cumhuriyetin korunması için özel bir yasa çıkartma olanağı da vardı. Bu olanakların kullanılmadığı da söylenemez; daha ziyade, örneğin *Adolf Hitler*, vatana ihanet yüzünden kalebentliğe de mahkûm edilmişti, özellikle NSDAP'ye [Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi] ve yan örgütlerine karşı ayrıca sayısız parti yasaklama kararı da çıkartılmıştı. Ancak, tarihin de gösterdiği gibi, bu yasaklar nihayetinde sonuçsuz kaldı.

Elbette, bu sonuçta tek tek hukuksal düzenleme eksikliklerinin de etkisi olabilmişse de, bu etkiyi, siyasal gelişimlerin etki gücü karşısında abartmamak gerekir; özellikle ilgili hukuk uygulayıcılarının tutumları (yasaları nasıl yorumladıkları!), genel olarak halkın tavrı ve de genel siyasal ortamın çerçeve koşulları belirleyici bir öneme sahip olabilmektedir.

Yine de ben size bundan sonra, anayasanın, direnişçi demokrasi bağlamında ne gibi özgürlük kısıtlamalarını öngördüğünü göstermek istiyorum. Direnişçi demokrasi –bu bağlamdaki öteki bazı düzenlemelerden bağımsız olarak– elbette en önemli ifadesini bu sınırlamalarda bulmaktadır. Bu bakımdan özellikle anayasanın bu bağlamda açıkça gerçekleştirdiği altı düzenleme dikkat çekicidir. Biraz sonra bu konuyu daha ayrıntılı ele alacağım.

Daha önce, anayasal sınırlamaların, anayasanın korunması açısından da, özel düzenlemelerden bağımsız olarak, özellikle genel temel haklar sınırlaması temelinde olanaklı olduğunu vurgulamak istiyorum. Temel haklara genellikle getirilen yasal çekinceler, anayasanın korunmasının da her halükârda dâhil olduğu meşru amaçların gerçekleştirilmesi için yapılacak sınırla-

yıcı düzenlemelere izin vermektedir. Korunması gereken bu varlık o kadar önemlidir ki, anayasal sınırlamalar düşünülürken, uygun ve gerekli oldukları sürece, hepsi de ölçülülük ilkesine tamamen uyular ve böylelikle anayasa hukuku açısından meşrudurlar. Bu durum özellikle siyasal açıdan özel bir önem taşıyan Anayasanın 5. Maddesinin 1. Fıkrasındaki iletişim özgürlükleri ve Anayasanın 8. maddesinde düzenlenen toplanma özgürlüğü için geçerlidir.

Buna karşılık, bir anayasada yasalara çekinceler konulmamışsa ve yine de temel hakların sınırlandırılmasına izin veriliyorsa, sorunlu bir durum ortaya çıkmaktadır. Böyle durumlarda elbette, temel hakları sınırlandıran yasaların, anayasada yer alan, ilk planda temel hakların sınırlandırılmasını hedeflemeyen ama yine de anayasanın, kendisini korumak için özgürlük sınırlandırmalarını kabul ettiğini hatta teşvik ettiğini belli eden başka ifadelerle desteklenmesi uygundur.

Anayasadaki, anayasayı korumayı hedefleyen ifadelerle, temel hakları sınırlandırma yetkisi için yeni bir işlev verilmesi modeli, elbette bazı kaygılara yol açmaktadır. Özellikle anayasada bu bağlamda yer alan özel kurallar, anayasanın kendi kendisini korumak için bile olsa, devlet gücüne kesinlikle toptan bir biçimde serbestlik tanımadığını, devlet gücünün yetkilerini özenle sınırladığını ve ayrıntılı bir biçimde şekillendirdiğini açıkça gösterirler. Böylelikle, kayıtsız şartsız garanti edilmiş temel hakların sınırlandırılmasının meşrulaştırılması için, toptan bir biçimde anayasanın korunmasına sığınma seçeneği ortadan kalkmaktadır.

Federal Anayasa Mahkemesinin kararlarında, elbette aksi yöndeki eğilimler de görülebilmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi bir defasında, sadece Anayasanın Federal Almanya'nın bayrağının siyah-kırmızı-sarı renklerde olduğunu belirleyen 22. maddesine dayanmıştır, buradan, Anayasa'nın 5. maddesinin, 3. fıkrasının 1. cümlesinde kayıtsız şartsız garanti edilmiş sanat özgürlüğünün, ceza hukukuna göre sınırlandırılabilmesi için anayasa hukukuna uygun bir meşruluk bulunduğu kararına varmıştır.

Daha genel temel hak sorunlarında biraz gezindikten sonra, yeniden anayasanın özel olarak kendi anayasal düzeninin korunması için ya da özgürlükçü demokratik temel düzenin korunması için kabul ettiği anayasal sınırlamalara dönmek istiyorum. Burada toplam olarak altı hüküm söz konusudur; bunlardan üç tanesi zaten 1949 anayasasında yer almıştır; diğer üç tanesi ise olağanüstü hal anayasası denilen anayasa çerçevesinde eklenmiştir.

1968 yılında bir yandan, Anayasanın 11. maddesinde korunan serbest dolaşım hakkına yönelik sınırlandırma olanaklarının genişletilmesi söz konusu olmuş ve bu genişletme bugüne kadar pratikte önem kazanmamıştır.

Diğer yandan, yasa koyucuya yurttaşların dinlenmesini, anayasanın korunması gerekçesiyle, ilgili kişilerin bu müdahale hakkında bilgi verilmesi gerekmeyecek şekilde ve aksi taktirde Anayasanın 19. maddesinin 4. fıkrası uyarınca zorlayıcı olarak öngörülen mahkeme denetiminin, parlamenter yardımcı organların denetimi yoluyla ikame edilebileceği şekilde düzenlenmesi izni verilmiştir. Anayasadaki bu değişiklik son derece tartışmalıydı, ama Federal Anayasa Mahkemesi, ünlü dinleme kararıyla, kısıtlayıcı bir yorumda bulunarak bu değişikliğe izin vermiştir.

Son olarak da, Federal Anayasanın yeni 20. maddesinin 4. fıkrasının, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya çalışan kişilere karşı kendini koruyabilmesi için her Alman tanıdığı direnme hakkından söz etmek gerekiyor. Böylelikle bu gibi anayasa düşmanları, genel hukuk düzeninin koruması dışına çıkartılmakta ve anayasal düzenin korumaya karar verebilecek öteki yurttaşların müdahalelerine korumasızca teslim edilmektedirler. Ancak, direnme hakkı, sorunun devlet organlarıyla çözülmesinin yanında ikincil önemde olduğu için, burada daha çok simgesel bir anayasal değişiklik yasası söz konusudur, bu değişiklik de bugüne kadar pratik bir önem taşımamıştır.

Anayasanın 1949'tan beri, direnişçi demokrasi doğrultusunda öngördüğü üç temel hak sınırlandırması, ilkesel açıdan daha büyük önem taşımaktadır. Bu sınırlandırmalar, temel hakların yitirilmesi, örgütlenme yasağı ve parti yasağı konularındadır.

Temel hakların yitirilmesi Federal Anayasa'nın 18.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede, sayılan bazı temel hakların özgürlükçü demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla istismar edilmesi durumunda, bu hakların yitirilmesi öngörülmüştür. Gerçekte ise, böyle bir durumda, hakların yitirilmesi sözcüğünün akla getirdiği gibi, temel hakların otomatik olarak yitirilmesi kesinlikle söz konusu olmaz; daha ziyade, 18. maddenin 2. fıkrasından, hakları yitirmenin ve bu yitirmenin boyutunun, ancak Federal Anayasa Mahkemesi kararıyla hükme bağlanacağı sonucu çıkmaktadır. Mahkeme, böyle bir durumda, ilgililere türü ve süresi tam olarak tanımlanmış sınırlamalar koyma yetkisine de sahiptir. Bundan sonra, özgürlük sınırlamaları, başka bir yasal temel gerektirmeden, idari yetkililer tarafından hayata geçirilebilir. Elbette pratikte şimdiye kadar bir temel hak yitirilmesi hükmü verilmemiştir; bu konuyla ilgili dört davanın dördü de daha en baştan başarısız olmuştur. Dolayısıyla, temel hakların anayasa çerçevesinde yitirilmesinin pratikte bir önemi yoktur.

Ancak, Federal Anayasa'nın 9. maddesinin 2. fıkrasındaki örgütlenme yasağında durum farklıdır. Anayasanın 9. maddesinin 2. fıkrası, örgütlenmelerin, başka nedenlerin yanı sıra, anayasal düzene karşı yönelmeleri durumunda yasaklandıklarını açıklar. Anayasa vasıtasıyla etkili olan normatif bir yasak anlamına gelen bu ifadeye rağmen, bu hüküm ağırlıklı olarak tamamen bir yasa çekincesi olarak okunmaktadır.

Buna uygun bir yasal düzenleme dernekler yasasının 3. paragrafında yer almaktadır; burada tek tek her durumda, yetkililerin yasağı telaffuz etmesi öngörülmüştür, bu uygulama hukuk devletinin şeffaflığı açısından vazgeçilmez kabul edilmektedir. Bu yasaya göre, mevcut İçişleri Bakanı, bir örgütlenmenin anayasal düzene karşı çıktığını saptama yetkisine sahiptir ve daha sonra aynı zamanda derneğin faaliyetini yasaklaması, yani kapatılmasını talep etme emri vermesi de gerekir.

Pratikte örgütlenme yasakları hiç de küçümsenmeyecek bir öneme sahiptirler; birkaç yıl önce Almanya'daki "Halife Devleti" örgütlenmesinin yasaklanması, Türkiye'de de özel bir ilgi uyandırmıştır; bu yasaklama, dernekler yasasındaki yasaklama olanaklarının, dinsel örgütlenmelere genişletilmesiyle mümkün kılınmıştır.

Elbette, en azından ilkesel önemi açısından Anayasanın en önemli direnişçi demokrasi aracı, Anayasanın 21. maddesinin 2. fıkrasına göre parti kapatılmasıdır.

Federal Alman Anayasası bugüne kadar sadece iki partinin anayasaya aykırı olduğu hükmüne varmıştır; 1952 yılında, NSDAP'ın bir devamı niteliğinde olan Sosyalist Reich partisi ve 1956 yılında, Almanya Komünist Partisi, anayasaya aykırı bulunmuştur. Daha sonra yeni kurulan Alman Komünist Partisi'ne karşı ise kapatma davası açılmamıştır. O zamandan bu yana, ciddiye alınabilecek tek dava, 2001 yılında Almanya Nasyonal Demokrasi Partisi'ne (NPD)karşı açılmıştır; ancak bu dava da Federal Anayasa Mahkemesi'nde düşmüştür; sekiz hâkimden üçü, Anayasayı Koruma Örgütü gizli görevlilerinin NPD'nin yönetici kadrolarına sızmasını, ortadan kaldırılamaz bir usul hatası olarak değerlendirmişlerdir.

Anayasanın 21. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, anayasal demokratik temel düzeni ortadan kaldırma amacıyla yola çıkan partiler anayasaya aykırıdır. Temel hakların yitirilmesinde olduğu gibi, bu koşulların yerine getirilmesiyle de dolaysız hukukî sonuçlar doğmamaktadır. Anayasaya aykırılığın önce Federal Anayasa Mahkemesi tarafından saptanmış olması gerekmektedir. Bu saptama, siyasal partiye karşı her türlü idari önlemin ön koşuludur.

Elbette bu koruma mekanizması, sınırsızca işlememektedir. Anayasa Mahkemesi, siyasal partilerin de genel ceza yasasına tabi olduklarını haklı olarak kabul etmektedir; bu yüzden bu yasa, kapatma kararından bağımsız olarak, parti üyeleri üzerinde de uygulanabilir. Kapatılmamış olan siyasal partilerin, anayasaya aykırı faaliyet gösterdikleri şüphesi üzerine istihbarat servisleri tarafından gözetlenmeleri de, Federal Hükümetin bu tür soruşturmalara dayanan değerlendirmeleri de uygun bulunmuştur. Ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesi, anayasaya düşman olan, ama kapatılmamış bulunan bir siyasal partinin üyeliğinin, bir adayın kamu hizmetinde istihdam edilmemesi için bir gerekçe olarak kabul edilebileceği hükmünü de vermiştir.

Bu görelileştirmelere rağmen, siyasal partinin statüsü, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmadığı sürece, esas olarak anayasayı korumak için yapılan müdahalelere karşı her halükârda garanti altındadır. Federal Anayasa Mahkemesi bir parti kapatma davasında, bir partinin anayasaya aykırı olduğunu saptarsa, bunu, partinin kapatılmasıyla bağlantılandırma ve bu partiyi ikame edecek bir örgütlenmenin kurulmasını yasaklamakla yükümlüdür. (Federal Anayasa, 46. Madde, 1. Fıkra).

Partiyi ikame edecek bir örgütlenme kurulması ya da anayasaya aykırılığı ilan edilen bir partinin örgütsel yapısının, parti kapatıldığı halde bir arada tutulması, ceza yasasına göre beş yıl kadar hapis cezasıyla cezalandırılabilir. Türkiye Başbakanı Erdoğan'ın Alman basınında yer alan, AKP'nin kapatılması durumunda, basitçe yeni bir parti kurma düşüncesi, yeni kurulan parti hem örgütlenme hem de koyduğu hedeflerin içeriği açısından, kapatılan partiden tamamen farklı değilse, Alman hukukuna göre savcıların harekete geçmesine yol açacaktır.

Parti yasağının bir başka genişletilmesi ise farklı düzlemlerdeki seçim yasalarından kaynaklanmaktadır. Bu yasaların her birinde, kapatılmış bir partinin milletvekillerinin, Federal Meclis'teki, Eyalet Meclisi'ndeki vb. vekilliklerini yitirdikleri öngörülmüştür. Böylelikle, güncel hukuksal durum, Weimar dönemindekinden farklılaşmaktadır; o zamanlar parlamentodaki vekillik sıfatları, bir partinin kapatılmasından etkilenmemekteydi, dolayısıyla ilgili milletvekilleri kapatılan partinin anlayışı doğrultusunda yeniden anayasaya aykırı faaliyetlerde bulunabiliyorlardı. Günümüzde, vekilliğin yitirilmesi düzenlemesiyle, bu olanak ortadan kaldırılmıştır.

Ayrıca, kapatılmış partilerin ve onları ikame eden örgütlerin propaganda malzemelerinin yaygınlaştırılması ve işaretlerinin kullanılması da cezaya tabidir, öyle ki anayasaya aykırılığı kabul edilmiş örgütlenmelerden yana, parlamento dışındaki her türlü hareket de hukuksal açıdan uygun değildir.

Tüm örneklerde, anayasaya aykırı olduğu ilan edilen ya da sadece böyle olduğu tahmin edilen partiler nispeten küçük gruplardı, yüzde beşlik barajı aşabilmeleri ve bir meclise girebilmeleri sadece istisnai olarak gerçekleşiyordu. Almanya'da bugüne kadar, büyük, belki hükümetlere de katılmış, hatta hükümeti tek başına oluşturan bir partiye yönelik kapatma davası gibi, adeta ateşten gömlek oluşturan bir kapatma davası açılmamıştır.

Bu yüzden, Türkiye'de ortaya çıkan bu yöndeki gelişme Almanya'da da büyük bir heyecanla gözlemlenmektedir; örneğin Almanya'da yayınlanan saygın bir haftalık gazete, Türkiye'deki kapatma davasını "Yasa Maddelerine Karşı Darbe" manşetiyle haber yapmış ve Türk adaletine "kendisini komik duruma düşürmeme" çağrısında bulunmuştur. Anayasal bir düzenin "sağlamlığı"nın ve onun bekçisi olarak Anayasa Mahkemesi'nin, zaman içinde halkın açık bir çoğunluğuna karşı dayanabilip dayanamayacağı, elbette her halükârda, hukukçunun yanıtlamayacağı bir sorudur.



# ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ÖZELLİKLE TÜRK HUKUKU DİKKATE ALINARAK İRDELENMESİ ÜZERİNE BİR DENEME

*Christian RUMPF*

## A) GİRİŞ: ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN KARAKTERİ

Burada ölçülülük ilkesi derken, matematiğe ya da iktisada ait bir ilkedен söz etmiyoruz. Burada sadece, tarihsel kökenleri genellikle Alman Anayasa Hukuku'nda görülen ve bu arada hepsi olmasa da Avrupa hukuk sistemlerinin birçoğuna yerleşmiş bulunan bir ilke söz konusudur.

Ölçülülük ilkesi, yurttaşlar ile devlet arasındaki hukuksal ilişkilerde yer aldığı ve bu ilkenin işlevinin, devletin kişinin haklarına müdahalesinin sınırlarını belirlemek olduğu her yerde kabul edilmiştir. Yurttaşlar ile devlet arasındaki etkileşimi belirleyen devletin keyfiyeti değil, bireylerin çıkarları ile kolektif çıkarların; devletin, tüm çıkarların bütünlüğünü koruma ve değiştirme yolundaki demokratik meşruluk taşıyan hakkını uygulaması ile bireylerin çıkarlarının özenle tartılıp dengelenmesi olmalıdır.

Ne Almanya'da ne de başka bir yerde, ölçülülük ilkesinin normatif karakterini belirlemek kolay olmamıştır. Bu ilkenin hukuk devleti ilkesinde konumlandırılması ile doğrudan doğruya temel haklar öğretisinde konumlandırılması arasında gidip geldik. Bunun ötesinde ölçülülük ilkesine kendine özgü bir norm alanının ayrılıp ayrılamayacağı sorusu karşısında da zorlandık. Bir ölçüt normundan söz ederek, karakterize etme çabalarını hiç olmazsa kavramsal bir sonuca vardırma umudunda terminolojik koltuk değnekleri yarattık.

Kavramlar ve içerikleri ya da karakterleri hakkında açıklık sağlamak için modern bir yöntem uyarak, İnternet platformu Wikipedia'da bir araştırma yaptım ve şu tanım denemesini buldum:

“Ölçülülük İlkesi, hükümetin hiçbir kademesinin, hükümetin amacını (amacın niyeti ne olursa olsun) elde etmek için gerekenin ötesinde bir eylemde bulunmaması gerektiğini belirten siyasi bir kuraldır. Bu kural, ilk olarak Alman hukuk sistemi içerisinde geliştirilmiştir.”

Aynı platformdan devamla şunlar söyleniyor:

“Bu, Avrupa Birliği hukukunun temel ilkelerinden biridir. Bu ilkeye göre, AB ancak amaçlarını elde etmek için geçerli sınırlar dahilinde hareket edebilecek ve daha ötesine geçmeyecektir. Bu ilke, Avrupa Toplulukları'nın 1957'deki başlangıçlarından beri desteklenmektedir. Şu anda uygulanan birincil hukuka göre, Ölçülülük İlkesi, Avrupa Topluluğu'nu kuran Sözleşmenin 5. Maddesinin üçüncü paragrafında yer almakta olup aşağıdaki gibidir: “Topluluğun hiçbir eylemi, bu Sözleşmenin amaçlarını elde etmek için gerekli olanının ötesine geçmeyecektir.”

Elbette, ikinci derecede önemli olma ve ölçülülük ilkelerinin uygulanması hakkındaki protokol, ölçülülük ilkesinin karakterize edilmesine katkıda bulunmuyor,<sup>1</sup> çünkü sadece Avrupa Birliği sözleşmesine gönderme yapıyor.

Buna karşın Avrupa Sözlüğü Europe Glossar'daki bir açıklama denemesinde, gözle görülür ölçüde daha fazla şey bulunuyor:<sup>2</sup> "İkinci Derecede Önemlilik İlkesi gibi, Ölçülülük İlkesi de Avrupa Birliği'nin yetkilerinin uygulanması için geçerlidir. Bu ilke birliğin organlarının eylemlerini sınırlar ve düzenler. Bu ilkeye göre organların aldıkları önlemler, sözleşmelerin hedeflerine ulaşmak için gereken ölçüyü aşamazlar. Başka bir deyişle, önlemlerin yoğunluğu izlenen hedefle orantılı olmalıdır. Bu da, birliğin, değişik eylem biçimleri arasında bir seçim yapıyorsa, aynı sonuca sahip biçimler arasından, üye ülkelere ve bireylere en fazla özgürlüğü sağlayan biçimi seçmesi anlamına gelir.

Demek ki, buraya kadar önce Ölçülülük İlkesinin, yetkilerin uygulanmasını düzenleyen politik bir ilke ya da sadece bir ilke olarak karakterize etme denemelerini buluyoruz.

Buna karşılık, Alman devlet öğretisinde Ölçülülük İlkesi, hukuk devleti ilkesiyle sıkı bir şekilde ilintilendirilir ve böylelikle bu ilkeye, anayasa hukukuna ait bir normatiflik kazandırılmaya çalışılır. Hepimizin bildiği gibi, nihayetinde, ölçülülük ilkesinin anayasa sistemi içerisinde sınıflandırılması konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır.

## B) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE TEMEL HAKLAR

En tutarlı sınıflandırma denemesi, Türk anayasa hazırlayıcıları tarafından yapılmıştır.<sup>3</sup> Bu sınıflandırma denemesinin sadece bir anayasa öğretisiyle değil doğrudan doğruya anayasa metninin içinde yalnızca Türkler tarafından gerçekleştirildiği iddiasını, Avrupa alanındaki daha yeni başka anayasalar hakkında güncel bilgi sahibi olmadığım için elbette bir sınamaya tabi tutmadan öne sürüyorum. Ancak, 2001 reformu çerçevesinde hazırlanan Türk anayasasının 13. maddesine Ölçülülük İlkesinin alınmasını, bu ilkeyi bir hukuk metnine normatif bir etkinlikte sokmanın doğru yolu olduğunu kabul ediyorum; daha 1982 Anayasasında, olağanüstü ve istisnai durumlarda temel hakların korunmasını düzenleyen 15. madde bu ilkeyi anımsatıyordu. Burada, anayasa hazırlayıcısı Ölçülülük İlkesini öteki ilkelerle, yani demokratik bir toplumda ilkesel içerik teminatı ve gereklilik ilkesiyle doğrudan bir bağıntı içine sokmuştu. Bu sınıflandırmayla Ölçülülük İlkesi gördüğü işlev açısından, yani temel hakların korunması ile temel hakların uygulanmasının sosyal bağı arasındaki ya da kamu çıkarının korunmasının arasındaki etkileşimde düzenleyici olarak ele alınmıştır. Kanunda Yazılı Hükümlerin Saklı Tutulması İlkesi ya da Belirlilik İlkesi gibi ilkelerle beraber yasa koyucuya ve elbette yürütme organına –yani idareye–, müdahalelerini, meşru eylem hedefine, eylem hedefinin kendi içinde aşırılık taşıması koşuluyla, olabildiğince az acıya yol açarak gerçekleştirmelerini bildiren bir

1 C 306/150 DE Avrupa Birliği'nin Resmi Gazetesi 17.12.2007.

2 [http://europa.eu/scadplus/glossary/proportionality\\_de.htm](http://europa.eu/scadplus/glossary/proportionality_de.htm).

3 Metin: Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002; Oğurlu, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002; Rumpf: Ölçülülük İlkesi'nin Anayasa Yargısında İşlev ve Karakteri. Anayasa Yargısı 10 (1993), S. 25-48.

davranış talimatı olarak tüm gücünü ortaya koyar. Bunu geçerli kavramlara tercüme edecek olursak, yasamanın, idari eylemin ya da mahkeme yargısının hedefi, sağlam anayasa hukukuna ve yasal dayanaklara dayanması; hedefe ulaşmak için seçilen amacın uygun ve aynı zamanda gerekli olması ve son olarak da, bu hedeflere ulaşıldığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasının anlam ve amacının tartışılmasına neden olacak bir duruma gelinmemiş olması gerektiğidir. Burada Türk Anayasasının 13. maddesine ek olarak yerleştirilmiş önlem İlkesel İçeriğin Teminatıdır.

Türk Anayasa hukuku öğretisi ve Anayasa mahkemesi daha 2001 reformundan önce Ölçülülük İlkesini "ölçüt normu" adı altında kabul etmişti ve yine daha önce bilinen gereklilik, elverişlilik ve oranlılık unsurları olmak üzere üç unsura ayırmıştı.

Aslında normatiflik sorununu burada daha derinleştirmek istemiyorum, çünkü işlevselliği açısından özel bir anlam taşıdığını düşünmüyorum. Ancak her halükârda, Ölçülülük İlkesinin Avrupa'nın her yerinde bağlayıcı bir etkisinin olduğu konusunda hemfikir olunabilir, bu da bir normatifliğin varlığına işaret edebilir. Bu ilke bağlayıcıdır, çünkü bir davranış talimatı oluşturur; bu ilkenin çiğnenmesi, ilgili eylemin anayasa ya da hukuka aykırılığının sonucunu beraberinde getirir. Ben Ölçülülük İlkesinin temel haklar alanında evrensel bir karakteri olduğunu söylemek istiyorum: Birey karşısında kamunun sahneye çıktığı her alanda, Ölçülülük İlkesine düzenleyici bir ilke olarak başvurulmalıdır, üstelik her düzlemde. Bu yüzden bu ilke çok doğru bir nedenle en yüksek düzeyde, yani anayasa düzleminde yer alır. Temel hakların korunması ancak böylelikle tam olarak gerçekleşecektir; temel hakların korunmasına ne kadar büyük bir önem verildiğinden ve kamusal çıkarın bireylerin çıkarlarıyla – Anayasa ve hukuk politikası açısından – nasıl bir ilişki içinde görüldüğünden bağımsız olarak.

### **C) ÖLÇÜLÜLÜK VE ADALET**

Bu noktaya aslında sadece şöyle bir değinmek istiyorum. İnsan ölçülülük ilkesini nasıl akıl etmiştir? Nasıl olmuş da, Anayasa ya da bir yasa metninde bireylerin çıkarları ile kamusal çıkar karşı karşıya ifade edilmiştir? Bunun nedeni adalet duygusudur. İnsanın yaşamı boyunca acı çekmeden yaşayamayacağı, ne var ki kamu ya da devletin, insanlara acısız bir yaşamı sağlama yükümlülüğünün bulunduğu inancında olmaktır. Burada eşitlik ilkesiyle bir nebze akrabalık bulunmaktadır, ama bu ayrı bir konudur, burada daha ayrıntısına girilmeyecektir. Sözü edilen sıkıntının ortadan kaldırılması, ancak birey ile devlet arasındaki etkileşimi belirli kurallara tabi kılmakla ve bu sırada özellikle daha güçlü olana yani devlete sınırlar koymakla mümkündür. Burada yine yukarıda değindiğimiz, Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan, Ölçülülük İlkesinin ortaya atılmasına yol açan merkezi izleğe ulaşmış bulunuyoruz.

### **D) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE ANAYASA HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN BAĞLAYICILIK**

Sınıflandırmada, Ölçülülük İlkesini her halükârda en üst seviyede bir yere yerleştirmek istediğimize ve bunu yapmamız gerektiğine göre, bir başka saptamada daha bulunmalıyız. Kıta Avrupa'sındaki modern hukuk düzenlerinin tümü belirli bir normlar hiyerarşisine uyar; bu hiye-

rarşı anayasal düzlemde başlar ve normun bağlayıcılık etkisinin, tekil vakadaki bağlayıcılık etkisine odaklandığı yerde sona erer. Normların hiyerarşisi sadece, belirli norm düzlemlerinin yürürlüğe konulması anlamına değil, bir yukarıdaki her norm düzleminin, bir aşağıdaki norm düzleminin durumunu ve içeriğini belirlemesi anlamına da gelir. Böylelikle normatif talimatlar en üstteki düzlemde en alt düzleme kadar ulaşır. Bu yüzden Anayasanın bağlayıcılık etkisi, bu bağlayıcılık etkisinin kamu gücünün her norm ve eylem düzlemine nüfuz etmesinden başka bir anlama gelmez.

Bunda da Ölçülülük İlkesinin payı vardır. Herhangi bir yerde yazılı olarak yer alsın ya da almasın yasa düzleminde genellikle Ölçülülük İlkesinin açıkça düzenlenmediğini görüyoruz, bu ilke geçerlidir.

Bu durum, devletin bireyin karşısına çıktığı her yerde, idari hukukun yan ısıra ceza hukukunda ve nihayetinde muhakeme hukukunda da geçerlidir.

## **E) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE CEZA HUKUKU**

Bu noktaya sadece değineceğim ve sonra bir kenara bırakacağım. Ölçülülük İlkesi en dikkat çekici anlatımını ceza hukukunda bulur. Devlet burada bireye acı çektirmek için ceza yargısının araçlarını kullanır. Günümüzdeki anayasa ve ceza hukuku anlayışına göre, bireyin belirli kuralları çiğnemesi durumunda devlet bireyin özgürlüğünü elinden alabilir ya da servetine zarar verebilir. Devlet kefaret ödeyebilir ve böylelikle aykırı davranışları acı çektirmek suretiyle cezalandırabilir. Burada cezanın meşruluğunu sorgulamak yerine olduğu gibi kabul edeceğim. Burada beni ilgilendiren asıl mesele, modern adalet duygusunun bazı değişikliklere yol açmış olması ve bunların da nihayetinde Ölçülülük İlkesinin uygulamasında karşımıza çıkması. Günümüzde devlete, bireyin belirli kuralları çiğnemesine karşılık olarak bireyi bedensel olarak cezalandırma hatta öldürme hakkını tanımıyorsak, bunun tek nedeni, bu ceza biçimlerinin, meşru eylem hedefine ulaşmaya uygun görülmeleri ama gereklilik koşuluna uymamaları ya da gereklilik koşulunun varlığı durumunda da, en azından ölçülü olmamalarıdır. Günümüzde bedensel bütünlüğe müdahale, ulaşılması gereken amaç açısından –bu amaç ister kefaret ister ıslah olsun– genel olarak hiçbir biçimde uygun görülmemektedir. Çağın ruhu değerleri değiştirdi. İnsan bedeni ve onuru öylesine değer kazandılar ki, tek tek kamusal çıkarlar karşısında kendilerini giderek daha çok kabul ettirebildiler. Burada, ölçülülük ilkesinin işleyiş tarzının çağın ruhuna bağlı olduğunu görüyoruz.

Bunun ötesinde Ölçülülük İlkesi bir yanda çiğnenen kural ve bu kuralın koruma amacını ve öte yanda eylem hedefini, yani bir kuralın çiğnenmesine karşı uygulanan yaptırım arasındaki ilişkiyi belirler. Ölçülülük İlkesinin işlevselliğini ve aynı zamanda ceza hukukunda geçerli olan Kesin Yasallık İlkesini ve bundan türetilmiş olan, Kuralın Belirlenmişliği İlkesini göz ardı etmemek için, yaptırım uygulama kararını verme yetkisine haiz mahkeme için, burada takdir serbestlik alanı olarak – cezanın tayininde takdir hakkı – ya da yargılama serbestlik alanı muhakeme aralığı tanınmıştır. Yaptırımın, yani failin kişisel özgürlük alanına müdahalenin keskinliği, fiilin ağırlığına göre belirlenir.

Bu noktada ceza hukuku için son olarak düşündürücü bir örnek vermek istiyorum; bu örnekte adalet ve Ölçülülük İlkesi açıkça çelişkiye düşmüşlerdir, oysa Türk yargıçları geniş bir deneyime dayanarak bu çelişkidenden belli bir biçimde kaçınmışlardı.

Eski Türk ceza hukuku, suçların içtimaında, toplam ceza denilen bir ceza verme olanağına sahip değildi, aksine, cezaları basitçe üst üste topluyordu. Bu yüzden, yaşları küçük olan beş suçlunun birden fazla defa baklava çalma suçu işledikleri için on beş yıl hapis cezasına çarptırıldıkları o ünlü dava ortaya çıkmıştır. Hırsızlık cezası kendi başına yüksek değildi. Ancak bu suçun birden fazla defada işlenmiş olması ve bir de "çete" suçlaması, gençlik ceza hukuku açısından saçma olan bu sonuca yol açmıştı. Yargıçlar burada artık cezanın tayininde takdir hakkını uygulamamışlar, cezayı hafifletici çeşitli nedenleri geçerli kılmak için ellerinden geleni yapmışlardı – bunda da ancak bir ölçüde başarılı olabilmişlerdi.

Siyasal ceza hukukunda da benzer bir ikilem bulunmaktadır: Eski siyasal ceza hukuku ayrılıkçı bir örgütün propagandasını yapma suçuna karşı çok ağır cezalar öngörüyordu. İfade özgürlüğü hakkının korunması gerektiği sorununun çok iyi bilincinde olarak, o zamanki Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesinin uygulanmasını gerektiren binlerce vakada, ceza tayin hakkını mutlak bir asgari cezanın üzerinde kullanan tek bir yargıç bile çıkmamıştı, ki bu asgari ceza zaten üç yıldan fazla, belirli bağlamlarda daha da fazla hapis cezası sağlıyordu; savcılar, çoğu çocuk yaştaki birçok genç suçluyu bu tanımın geniş bir yorumlanışından korumak için, vakaların çoğunda dava açmak yerine takipsizlik yoluna gitmişlerdir.

## **F) ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ VE İDARİ HUKUK: C +K VAKASI**

Yaşamını anayasa hukuku profesörü olarak değil de savcı, hâkim ya da bilirkişi olarak sürdüren bir kimsenin, siyasal açıdan sınırları geren ama hukuksal açıdan çok ilginç olan güncel bir somut vakayı ele almasını haklı buluyorum.

Birkaç yıl önce, Türk Enerji Temini Yasası'nın hükümlerini ağır biçimde çiğnemekle suçlanan iki Türk şirketinin ana idari binaları polis tarafından basıldı ve boşaltıldı. Bu müdahalenin hukuksal temeli, Türk hükümeti ile bu iki şirket arasından imzalanmış bulunan imtiyaz sözleşmelerinin ikisinde de aynı şekilde yer alan bir hükme muhalefetti; bu hüküm uyarınca iki şirket altmış yıllığına enerji üretimi ve üretilen enerjinin enerji ağlarına verilmesi imtiyazını almıştı, ayrıca bu bölgelerdeki enerji şebekeleri de yine bu şirketlerin denetimine verilmişti. İhtilaf, yasa koyucunun, sözleşmelerin imzalanmasından sonra şirketlere tek taraflı olarak, şebekeleri bir ulusal enerji ağı işletmecisi şirkete devretme yükümlülüğünü getirip getiremeyeceği sorusundan kaynaklanıyordu.

Burada söz konusu vakada ortaya çıkan ve şu anki konumuzu ilgilendiren özel hukuk sorunlarını irdelemek istiyorum. Eylemin temelinde bir imtiyaz sözleşmesi yatıyordu. Bu sözleşmeye göre hükümet belirli maddi koşulların ve usule ilişkin koşulların ortaya çıkması durumunda, sözleşmeyi süresiz olarak feshedebilirdi. Sözleşmede bir başka yaptırım olarak böyle bir süresiz fesih durumunda akla gelebilecek her türlü tazminat talebinin de geçersiz olacağını öngörmüştü.

Sözleşmenin imzalanması üzerinden ancak beş yıl geçmiş, sözleşmenin ise altmış yıllığına yapılmış olmasının yanı sıra her iki şirketin yatırım için milyarlarca ABD doları harcamış olma-

ları gerçeği karşısında, hem fesih kararının hem de tazminat düzenlemesinin özenli bir sına-maya tabi tutulması gerekiyordu. Mahkeme halihazırda sürdüğü ve herhangi bir sonuca ulaş-madığı için soyut konuşmak zorundayım. Söz konusu sına her halükârda, sözleşmenin fes-hiyle ulaşılan sonucun, yani devletin milyarlarca dolarlık değeri tek kuruş ödmeden kamulaş-tırmasının her türlü adalet duygusuyla çeliştiği yaklaşımıyla başlayacaktır. Peki hata kimdeydi? Hata daha en baştan, sözleşmenin yapısından mı kaynaklanıyordu? Ya da kamu çıkarı ile sözleşme özgürlüğü arasında yer alan talihsiz bir karışımın ortaya çıkıyordu? Burada, tazminat ödmeden yapılan bir kamulaştırmayla mı karşı karşıyayız?

Her şeyden önce, sözleşmede öngörülen fesih koşullarının mevcut olup olmadıklarını sınamak gerekiyordu. Bunun ötesinde bir sonraki yaptırımın, yani tazminat haklarının hükümsüzleştiril-mesinin, hukuka uygun olup olmadığı sınanmalıydı.

Bir özel hukuk uzmanı olarak, burada bu vakayı kurama göre kolayca yorumlama eğilimi gös-terebilir ve vakayı basit bir görüş açısından, fesih koşulları mevcut ise fesih olayının ve tazmi-nat hakkının hükümsüzleştirilmesinin hukuka uygun olduğunu düşünebilirim. Böyle bir sonuca varmanın önündeki engeller sadece borçlar hukukunda bulunabilir: İrade sakatlığı, yasaya ay-kırılık ve ahlâka aykırılık. Böyle bir yol izlemek, yasa koyucunun daha önce doğal olarak ka-mu hukuku sözleşmeleri olarak sınıflandırılacak sözleşmeleri, yabancı yatırımcıları teşvik etmek amacıyla açıkça özel hukuka tabi kıldığı ve böylelikle örneğin Fransız sisteminden önemli ölçüde uzaklaştığı düşünülürken son derece çekici hale geliyor.

Devletin özel hukuka giren bir sözleşmenin sınırlarını, yeniden kamu gücünü kullanarak tek taraflı olarak, kamu ihalesi hukukunda adet olduğu üzere bu sözleşmenin dışına çıkarmaya hakkı olmadığı görüşünü savunmakla beraber, öte yandan devlet özel hukukunun araçlarını, kamu hukukuna giren kendi sorumluluklarından kaçmak için de istismar edemeyeceğini sa-vunmaktayım. Bu tür sözleşmelerin "özel hukuka" göre düzenlenmesi, yasa koyucunun moti-vasyonu ve iradesi doğrultusunda, sadece bireyin, yani burada yatırımcının yararına sonuçla-nabilir. Birey böylelikle, kamu hukukuna göre düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin olan, devlet kamu hukukuna göre düzenlenmiş sözleşmeleri sözleşme hukukunun doğasında olmayan, sade-ce yine devletin kendisi tarafından tanımlanan kamu çıkarına hizmet eden gerekçelerle tek ta-raflı olarak feshetme hakkını tanıyan bir öğretinin ve hukuk biliminin tehlikelerinden korun-muş olacaktır. Devlet daha fazla değil tam tersine daha az hakka sahip olmalıdır.

Böylelikle, bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi niteliği taşımasının, devleti nihayetinde çifte bir bağ içine soktuğu öne sürülebilir ve gerekçelendirilebilir: Devlet, kamu hukukuna ait mü-dahale yetkilerinden, sözleşme ortağının çıkarı doğrultusunda vazgeçmek zorundadır; ama sözleşmeyle ilintili ve sözleşme ortağının aleyhine olan eylemlerde, kamu hukukundan kaynak-lanan yükümlülüklerini dikkate almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, beylik bir örnek haline gelmiş olan yerel yönetimin satın alma dairesinin kurşun kalem satın alması durumunda farklı olabilir; ama her halükârda, kamusal hukuktan doğan yetkilerin özel hukuka göre düzenlen-miş bir sözleşme aracılığıyla kullanıldıkları her yerde geçerlidir.

Kısacası, devlet daha kamusal ihaleler ya da imtiyaz örneklerinde özel hukuka göre sözleşme imzaladığı anda, kamusal hukuktan kaynaklanan bir sorumluluk almış olur ve böylelikle Ana-

yasa'nın ve idare hukukunun bağlayıcı etki alanına girer. Daha sonra gerçekten düzenlenen özel hukuka ait sözleşmeyle, devlete herhangi bir özgürlük tanınmış olmamaktadır; daha ziyade, devletin müdahaleleri açısından, özellikle de özel sözleşme partnerlerine zarar verecek müdahaleler açısından sözü geçen bağlayıcı etki varlığını sürdürür.

Bunun bir sonucu olarak, özel hukuka giren sözleşmelerdeki bireyin aleyhine olan maddelerin görüşülmesi sırasında etkileşimli bir ilişkiye girmiş bulunan devlet, hâkimiyet tasarrufunda bulunması durumunda ne bir idari eyleme ne de bir kamu hukuku sözleşmesine sokulamayacak maddeler üzerinde anlaşmaya varamaz. Hukuk politikasından kaynaklanan belirli gerekçelerle, ele aldığımız örnekte: Yatırıma teşvik ya da özelleştirme politikalarının özel hukuka göre düzenlenmiş sözleşmeler vasıtasıyla başarıyla hayata geçirilmesi gibi gerekçeler, devletin ansızın Anayasa'ya ve yasalara bağlılıktan feragat etmeye karar vermesi sonucunu doğuramaz. Sözleşme yapma özgürlüğünün devlete biraz da olsa yarar sağlaması isteniyorsa, her hâlükarda bu yarar, özel hukuk kişisi olan sözleşme ortağına, ihale kuralları çerçevesinde kendi geliştirdiği maddeleri dayatması yoluyla sağlanmamalıdır. Burada da durum, biraz genel işlem şartlarında olduğu gibidir: Daha güçlü olan tarafın uygulayıcı olduğu ve böylelikle maddeleri önceden formüle ettiği ve zayıf tarafın alternatiflere yönelme olanağı bulunmadığı durumlarda belirli maddeler, sözleşme özgürlüğü ilkesinin uygulanmasıyla bile uygulanamaz. Bu durumu özellikle Bankalar Kanunundan tanıyoruz.

Dolayısıyla fesih düzenlemesi söz konusu olduğunda, böyle bir düzenlemenin bir kamu hukuku sözleşmesinde yer alıp almadığına bakarak bir sınama yapmak gerekir; üstelik bu sınama, bireyin yararlarının kamu hukukuna göre sınırlandırılması açısından değil, sadece devletin bağlılıkları açısından yapılmalıdır.

Bunun ardından gelen ikinci aşamada fesih ilanı, aynı nedenlerle yine denetime açık olmalıdır. Sözleşmede düzenlenen koşullar mevcut ise ve sözleşmenin iki tarafına da hitap eden, sivil hukukun temel ilkeleri olan, sadakat ve itimat, iyi ahlak ya da yasalarla düzenlenmiş bir yasağa veya buyruğa uymak gibi ilkeleri engelleyici nedenler bulunmuyorsa, kamu hukukuna bağlı bir sözleşme partnerinin, her istediğini yapmaya hakkı olduğu gibi bir ilke söz konusu değildir. Daha ziyade, sözleşmeyi fesheden devlet, Anayasa hukuku ve idari hukukun öngördüğü tüm sınamalardan geçmelidir. Çünkü fesih kararı idari hukuk özelliği taşır. Bir fesih kararı Danıştay yarasının 2. maddesinin, bir idari eylemin hukuka uygunluğuna ölçüt olarak koyduğu beş kıstası yerine getirmelidir.<sup>4</sup> Ancak, Türk idare biliminde ve yargısında, bütünüyle bir kıstas olarak Ölçülülük İlkesinin yerine getirilmesi, görüldüğü kadarıyla henüz tam olarak yerleşmemiştir. Elbette, Gereklik İlkesi ya da Uygunluk İlkesi, herhangi bir giriş bölümünde gizlenmiş olabilir. Ancak ki burada yine adalet duygusundan söz etmek istiyorum varılan sonuçta bir şeyin yolunda olmadığına ilişkin rahatsız edici bir duygu yaşandığında, Ölçülülük İlkesi yardımcı olmaktadır; en azından, fesih kararının sonucu olarak mülkiyete, yani burada verdi-

4 Bu beş test yaklaşık olarak Fransız "ouvertures"lerine karşılık düşer. Türk idari hukukunu anlatan tüm kitaplarda, idare mahkemesinin, bir düzenlemenin yasaya uygun olup olmadığını, düzenlemenin gerekçesinin hukuka uygun olup olmadığını, güdülen hedefin yasaya uygun olup olmadığını, düzenleme biçiminin kurallara uyup uymadığını ve ilgili devlet görevlisinin pazarlık yapıp yapmadığını sınaması gerektiği yazılıdır.

ğimiz örnekte “kurulmuş ve kullanılmakta olan ticari işletmeye” bir müdahale oluşturması durumunda.

Gerçekten de Türk Danıştay’ı, birçok kararında Ölçülülük İlkesine değinmiştir; Danıştay bu kararlarında bazen “adil denge”, bazen “zorunlu” ya da “gerekli”, bazen “orantılı” ya da “ölçülü”, bazen de “nispi” sözcüklerini kullanmıştır. Ancak müdahale ile temel haklar arasındaki ilişkinin yönetilmesinde Ölçülülük İlkesinin düzenleyici bir norm olarak tutarlı bir biçimde uygulandığından söz etmek henüz mümkün değildir. Burada anılan vakada devlet kurulu böyle bir sınama yapmaktan tamamen kaçınmış ve feshin haklı olduğu şeklindeki son derece olumsuz karara varmıştı.

Örnek vakaya dönecek olursak, ölçülülük kıstasını birçok noktada uygulayabiliriz:

- Sözleşmedeki fesih düzenlemesinin, devletin kamu hukukundan gelen yükümlülüklerinin gerekliliklerine uygun olup olmadığı sorusunda.
- Fesih kararını, yalnızca sözleşmede belirlenmiş olan koşullara dayanmakla kalmayıp feshin hedefinin, yani düzene uygun bir biçimde enerji dağıtımının teminat altına alınmasına ya da sözleşme taraflarının kamu hukuku normlarına uymasının sağlanmasına daha yumuşak bir yöntemle ulaşılabiliyor ulaşılamayacağı sorusunda.
- Son olarak da, yanlış davranışın yaptırımını olarak her türlü tazminattan mahrum bırakılmanın, açıkça hedefin ötesine geçip geçmediği sorusunda bu kıstaslar uygulanır. Kaldı ki bu belirleme zaten kendi başına Anayasa Hukukunun temel ilkesiyle, bir kamulaştırmanın ancak tazminat karşılığıyla gerçekleşebileceği ilkesiyle, gelişmektedir.

## G) ÖZET

Ölçülülük İlkesi günümüzde müdahale normlarının yorumlanışında vazgeçilmez bir unsur olarak, daha doğrusu, devletin bireylere yönelik müdahalesinin yönetilmesinde, adalet düşüncesinin hayata geçirilme ilkesi olarak kabul edilmiştir. Adalet anlayışının değişmesiyle birlikte, adalet ilkesi de değişikliklere maruz kalabilir. Ölçülülük İlkesi çağın ruhundaki gelişmelere bağlıdır.

Üç unsur olan, Gereklilik, Uygunluk ve Elverişlilik ilkeleri kendilerini kabul ettirmişlerdir. Türkiye’deki hukuk kuramında ve yargı kararlarında, ya diğer yorumlama yöntemlerinin ya da –idari hukukta– hâkimiyet tasarrufunun hukuka uygunluğunu saptamak için kullanılan kıstasların yeterli hissedilmedikleri durumlarda, bu unsurlara –üçü bir arada ya da teker teker– başvurulmaktadır.

Ölçülülük İlkesinin hukuk devleti ilkesi altında sınıflandırılmasına karşı ilkesel bir itiraz bulunmasa da, somut işlevi açısından bakıldığında, bu ilke temel haklar alanına aittir.



# TÜRKİYE'DE TEMEL HAKLARIN KORUNMASININ GÜÇLENDİRİLMESİ SORUNU

**Korkut KANADOĞLU**

## I. GİRİŞ

Temel haklar, insanlara özgür, eşit ve onurlu bir yaşam garantisi vermelidir. Bu güvencenin geçerliliğini sağlayan ise ilgili anayasa metnidir. Ancak anayasalarda tanınmış olsalar da temel haklar, uygulamada koruyucu etkilerini tam olarak göstermeyebilir. Siyasi ve sosyal açıdan geniş bir arka plana sahip olan bu sorunsal aşma yönünde Türkiye, iç ve dış dinamiklerin etkisiyle yoğun bir çaba göstermektedir. Nitekim Türkiye, Aralık 1999'da aday ülke statüsü kazandığı AB ile katılım müzakerelerinin başlayabilmesi için ön şart niteliğinde olan Kopenhag Siyasi Kriterlerine uyum konusunda gerekli anayasal ve yasal düzenlemeleri gerçekleştirmiş ve Ekim 2005'de müzakere süreci başlamıştır. Belirtilen bu dönemde 2001 ve 2004 yıllarında yapılan Anayasa Değişiklikleriyle 1982 Anayasasının üçte biri değiştirilmiş ve bu genel çerçevenin içi 9 adet uyum yasa paketiyle doldurulmuştur.<sup>1</sup>

Gösterilen bu yoğun çabaya karşın Türkiye'de temel hak korumasının tam olarak pekiştiğini söyleyebilmek mümkün olmamaktadır. Bu durumun temel sebeplerinden birisi, toplumsal yapıdaki ekonomik yanı ağır basan çelişkilerin yarattığı adaletsizliklerdir. Sosyal devlet ilkesi bu noktada büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle Türkiye'nin sosyal devlet ilkesine yaklaşımı öncelikle ele alınıp değerlendirilmelidir (II).

Türkiye'de temel hak korumasının güçlendirilebilmesi, bu alanda yaşanan sorunların açık ve net bir biçimde ortaya konulmasıyla mümkün olacaktır. Birisi iç ("Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" 10. Yıl Güncellemesi),<sup>2</sup> diğeri de dış (Avrupa Komisyonun 2007 İlerleme Raporu)<sup>3</sup> kaynaklı iki metin, hangi temel hakların korunmasında sorunlar olduğunu ve bunlara ilişkin ne gibi çözüm önerilerinin getirilebileceğini tartışmak için iyi bir hareket noktası oluşturabilir (III).

- 1 Hatta 2002 Anayasa değişiklikleri tamamen ilgili olmasına rağmen gerekçesi, 2001 Anayasa değişikliklerinin gerekçesinden aynen aktarılmıştır, bkz. Sezer A.: 2002 Anayasa Değişikliklerinin Analizi: 'Ülke İnsanınin İhtiyaçları' mı, 'İktidar Partisi'nin Amaçları' mı, 'Müstakbel Başbakan'ın Geleceği' mi?'' (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, sy. 3-4, s. 85-86.
- 2 Üskül Z.: Türk Demokrasisi'nde 130. Yıl, Prof. Dr. Bülent Tanör Anısına "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" 10. Yıl Güncellemesi, TÜSİAD Yayınları, Aralık 2006.
- 3 Avrupa Komisyonu Türkiye 2007 İlerleme Raporu (COM (2006) 663), <http://www.abgs.gov.tr>, 29.05.2008.

## II. SOSYAL DEVLET İLKESİ VE TÜRKİYE'DEKİ GERÇEKLEŞME ARAÇLARI

Şurası bir gerçektir ki, temel hakların güçlü bir şekilde korunabilmesi öncelikle demokratik bir hukuk devletini gerektirir. Demokratik hukuk devleti ise ancak sosyal devlet kavramıyla anlam ve işlev kazanabilecektir. Dolayısıyla sosyal devlet kavramına başvurmadan özgürlüklerin güvencesi sayılan hukuk devleti boşlukta kalacaktır. Günümüz çağdaş anayasacılığının temelini oluşturan insan onuru dediğimiz kavramın içinin doldurulması, bu kavramdan türeyen yaşam hakkı, dernek özgürlüğü, düşünce özgürlüğü gibi tarihsel olarak ilk aşamada karşımıza çıkan klasik hakların etkili şekilde sosyal güvencelerle donatılmasıyla mümkündür. Eğer bir devlet yurttaşlarına etkili sosyal güvenlik hakkını tanımıyorsa, etkili bir yaşam standardı tanımıyorsa, ondan kendi kendisine yaşamasını, kendi kendisine düşünmesini, dernek kurmasını bekleyemez.<sup>5</sup> Diğer bir anlatımla hukuk devletinin hedefi olan özgür kişiliğin güvence altına alınması, sosyal gerilim ve çatışmaları asgariye indirme olanağı sağlayan sosyal devletin varlığıyla mümkündür.<sup>6</sup>

Bu gerçek karşısında sosyal devlet ilkesi, 1982 Anayasasında Cumhuriyetin değişmez temel bir ilkesi olarak yer bulmuş olmasına rağmen bu güne kadarki anayasal uygulamada ihmale uğramış, neredeyse unutulmuştur. Siyasal liberalizmin kişinin onurunu ve haklarını koruma hedefi, Türkiye'de çalışma ve iş edinme hakkı, çalışma koşullarının iyileştirilmesi, sağlık ve sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal hakların tam olarak sağlanamaması yüzünden kağıt üzerinde kalmıştır. Sosyal devlet ilkesi ile ilgili "duyarsızlığın"<sup>7</sup> sebebi olarak onu hedefleyen sosyal grupların siyasal mücadelelerindeki başarısızlığın yanında iktidarı elinde bulunduranların politikalarını etkileyen dış etkenleri de dikkate almak gerekiyor. Bu noktada Türkiye – AB ilişkilerinin özel bir öneme sahip olduğu kuşkusuzdur.

AB ile uyum için yapılan Anayasal ve yasal düzenlemelerin neredeyse tümü ifade özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği, dernek özgürlüğü gibi kişi hak ve özgürlükleri alanında yapılmıştır.<sup>8</sup> Sosyal devlet ve onu gerçekleştirme araçlarından en önemlisi olan sosyal haklar bakımından yapılan değişiklikler çok sınırlı kaldığı gibi bu değişiklikleri hayata geçirecek yasal ve idari düzenlemeler de yapılamamıştır. Özellikle 2001 Anayasa Değişiklikleri ve sonrasında yaşanan gelişmeler bu tespiti haklı kılmaktadır. Şöyle ki, 2001 Anayasa değişiklikleriyle bu alana ilişkin olarak;

---

4 1982 Anayasasının dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmına (Anayasa md. 176) göre her Türk vatandaşı onurlu bir yaşam sürdürme hak ve yetkisine doğuştan sahiptir (Başlangıç prg. 6).

5 Bkz. B. E. Oder'in TED Ankara Koleji Mezunlar Derneğinin düzenlediği "Anayasa Taslağı" konulu Ulusal Sempozyumda sunduğu yayımlanmamış tebliği.

6 Özlem D.: Eksiksiz Demokrasi, Kaybettiğimiz Barolar Birliği Başkanları Anısına Sempozyum'da Yaptığı Konuşma, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 42.

7 Bu duyarsızlaşmanın anayasa yargısı boyutu için bkz. Sağlam F.: Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma; Eksiksiz Demokrasi, Kaybettiğimiz Barolar Birliği Başkanları Anısına Sempozyum'da Yaptığı Konuşma, TBB Yayınları, Ankara 2008, s. 62-73.

8 Bu düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AB Uyum Yasa Paketleri, TC. Başbakanlık AB Genel Sekreterliği, Ankara 2007.

- a) Devlete işsizleri korumak için gerekli tedbirleri alma ödevi de yüklenmiştir (md. 49/2). Ancak işsizlik oranı yıldan yıla artarak Şubat 2008 itibarıyla % 11,6'ya ulaşmasına karşılık,<sup>9</sup> işsizlik fonundan yararlanma koşullarının çok ağır olması nedeniyle işsizlik parası ödenenlerin sayısı çok düşük kalmıştır.<sup>10</sup>
- b) Sendika kurma hakkını kullanacak olanların kapsamı genişletilmiş ve sınırlama nedenleri daraltılmıştır (md. 51–52). Bu bağlamda sendika yönetim organlarına seçim için 10 yıl çalışma zorunluluğunun kaldırılmasına rağmen 2821 sayılı Sendikalar Kanununda yer alan bu yasak varlığını 2007 yılına kadar sürdürmüştür.<sup>11</sup> Gecikmeli de olsa gerçekleşen bu olumlu değişikliğe rağmen Türkiye onaylayarak taraf olduğu 87, 98 ve 151 sayılı ILO Sözleşmelerinin örgütlenme, grev ve toplu pazarlığa ilişkin hükümlerini tam olarak uygulamamaktadır. 2007 AB İlerleme Raporunda da ifadesini bulan sendikal haklara ilişkin bu eksiklikler, ILO Uzmanlar Komitesinin 2007 yılı Raporuyla daha da somut hale getirilmiştir. Bu Raporda özellikle; gardiyan, askeri işyerlerindeki sivil memurlar ve üst düzey kamu çalışanları gibi bazı kamu hizmeti görevlilerinin sendikal örgütlenme hakkının kapsamı dışında tutulması, kamu çalışanları için grev yasağının devlet adına yetki kullanan personel ve zorunlu hizmetler ile sınırlandırılmaması, siyasi amaçlı grev ile genel grevin yasaklanması gibi konuların ilgili ILO Sözleşmesiyle uyumlu hale getirilmesi talep edilmiştir.<sup>12</sup> Bu taleplerin karşılanması önemli anayasal (örneğin kamu çalışanları için grev hakkının tanınması için Anayasanın 54. maddesinde) ve yasal (özellikle 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun ilgili maddelerinde) değişiklikleri gerektirmesine rağmen Bakanlar Kurulunun yakın tarihte kamuoyuna açıkladığı yasa tasarısında yalnızca kozmetik değişiklikler öngörülmektedir.<sup>13</sup>
- c) Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları da göz önünde bulundurulacaktır (md. 55/2). Asgari Ücret Tespit Komisyonu 2008 yılı için asgari ücreti 435 YTL olarak açıklamıştır.<sup>14</sup> 2008 Ocak ayı itibarıyla çalışan tek kişinin aylık sınırı ise 940 YTL olarak hesaplanmıştır.<sup>15</sup>
- d) Devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin sınırları daha somut ve belirgin hale getirilmiştir. Devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken "ekonomik istikrarın korunmasını gözetmek" yükümlülüğünden kurtarılmıştır. Böylece maddenin sınırlayıcı işlevi daraltılmıştır. Ayrıca Devlet yerine getireceği bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri

9 Bkz. www.tuik.gov.tr.

10 Temmuz 2007 itibarıyla bu sayı 99 bin 664'tür (bkz. www. atonet.org.tr). Ayrıca işsizlik fonunda biriken paraların Hazineye kaynak aktarımında kullanıldığı belirtilmektedir (bkz. Radikal, 28.4.2008).

11 1.6.2007 gün ve 5672 sayılı Kanun md. 1.

12 ILO Uzmanlar Komitesinin Raporu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.alomaliye.com/ekonomi/2008/ilo\\_heyet.htm](http://www.alomaliye.com/ekonomi/2008/ilo_heyet.htm) (19.5.2008).

13 Sadece Sendikalar Kanununda yapılması öngörülen bu değişiklikler ise üyelik için noter, kuruculuk için TC vatandaşlığı şartının kaldırılması, üye olma yaşının 15'e indirilmesi ve yurtdışında temsilcilik açılabilmesine ilişkindir, bkz. <http://www.haberler.com/bakan-cicek-sendikalar-kanunu-degisiyor-haberi/-83k> (19.5.2008).

14 İlginç olan 5'i işçi, 5'i işveren, 5'i hükümet tarafından belirlenen üyelerden oluşan Asgari Ücret Tespit Komisyonunun bu kararı oybirliğiyle almış olmasıdır (bkz. www. wsws.org).

15 Bkz. www. ntvmnbc.org.

gözetme yükümlülüğü altına sokulmuştur (md. 65). Maddedeki bu olumlu değişikliklere rağmen "siyasi istikrar eşittir ekonomik istikrar" formülü iktidardaki siyasetler için vazgeçilmez bir düstur olmaya devam etmektedir.<sup>16</sup> 1982 Anayasasında devlet okullarında zorunlu ve parasız olan ilköğretim hakkı dışında sosyal devletin özünü gerçekleştirmek üzere mali kaynaklarını öncelikle yönelteceği talep edilebilir başka bir sosyal hak tanınmamıştır. İlköğretim hakkı bakımından sağlanan bu Anayasal güvence uygulamada etkisini göstermiş ve ilköğretimde okullaşma oranı % 97'nin üzerine çıkmıştır.<sup>17</sup> Bu gelişme de gösteriyor ki, devletin önceliklerini gözetmeye zorlayacak en kestirme yol, işsizlik güvencesi, temel sağlık hizmetleri gibi insan onuru için vazgeçilmez konuların Anayasada devletten talep edilebilir bir yükümlülük olarak düzenlenmesidir.<sup>18</sup>

### III. TÜRKİYE'DEKİ GENEL DURUM: SORUNLAR VE ÇÖZÜMLER

Bugün itibarıyla Türkiye'de temel hak korumasının güçlendirilmesi için birkaç rötüş<sup>19</sup> dışında anayasal düzenlemeye gerek duyulmaması sevindirici bir gelişmedir. Özellikle 2001'de Anayasanın 13. maddesi değiştirilerek özel sınırlama nedenlerine dayalı, dereceli bir sınırlama sistemine geçilmesiyle demokratik ülke standartlarına ulaşılmıştır. Ancak anayasal düzeyde sağlanan bu korumayı pekiştirmek üzere Türkiye'deki temel hak teorisine ilişkin olarak bazı genel saptamalarda bulunulabilir (1).

Anayasa düzeyinde varılan nokta, yasama, yürütme ve yargının temel hakların korunmasını güçlendirme yönünde göstermeleri gereken çabayı azaltmaz. Yargı bağımsızlığı, mahkemelerin temel hakların korunması görevini güçlü bir şekilde yerine getirebilmesinin ön koşuludur. Yargı bağımsızlığı konusunda Türkiye'nin eksiklikleri ayrıca sorgulanmalıdır (2). Nihayet, anayasal organların her bir özgürlük alanına ilişkin olarak yapması gerekenler belirlenerek (3) genel bir sonuca ulaşılabılır.

1) Türk anayasa yargısında anayasa şikayeti kurumunun bulunmamasından kaynaklanan nedenlerle temel hakların sübjektif hak olmak dışında objektif bir boyutu olduğu yönünde bir anlayış tam olarak yerleşmemiştir. Temel hakların farklı işlevlere sahip olması gereğinin Türkiye'de de benimsenmesi halinde temel hakların geçerlilik etkisinin tek tek bireyler için bu haklara içkin objektif ilkelerle güçlendirilmesi; böylece temel hakların kapsamının tehdit ve içerik boşalmasına karşı korunması daha kolaylaşmış olacaktır.<sup>20</sup> Örneğin temel hakların

16 Örneğin Maliye Bakanı, 9.3.2008 günlü beyanında aynı formüle yer vermiştir (www.yenisafak.com.tr).

17 Bkz. <http://egitim.superonline.com/haber/2008/03/14/643.html> (19.5.2008).

18 Nitekim Türkiye Barolar Birliğinin Anayasa Önerisinde bu yönde düzenlemeler yer almaktadır. TBB Yayınları, Ankara 2007.

19 Sendikal haklara ilişkin antidemokratik anayasal yasaklara yukarıda (I) değinilmişti. Bunun dışında Anayasanın yaşama hakkının istisnalarını düzenleyen 17/4. maddesinde "yakalama ve kaçmayı önlemek" için silah kullanımından doğan öldürme fiillerinin hukuka uygun ve meşru sayılması, anayasal bir ölçüsüzlük ve orantısızlık örneği olarak karşımıza çıkmaktadır, bkz. Tanör B./Yüzbaşıoğlu N.: Türk Anayasa Hukuku, Beta Basım Yayım, 8. Bası, İstanbul 2006, s. 152.

20 Alman Federal Anayasa Mahkemesi, özellikle Lüth kararında temel hakların değerler düzeninden söz eder. Mahkemeye göre; "Bu değerler sistemi, temel ilke olarak hukukun tüm alanlarında geçerlidir. Yasama, yürütme ve yargı, buradan yön ve etki alır." (BVerfGE 7, 198, 204).

objektif anlamından elde edilen yansıma etkisinin (Drittwirkung) kabulü, özel hukuk alanındaki yasaların temel haklara uygun yorumlanmasını sağlayacaktır. Gerçi, özellikle kişilik haklarıyla basın özgürlüğünün çatıştığı hallerde Yargıtay, çatışan bu hak ve özgürlüklerin aralarındaki uyumunu sağlamak amacıyla tartım yaparken somut olayda temel hakların belirtilen anlamdaki etkisini dikkate almaktadır.<sup>21</sup> Ancak temel hakların farklı işlevlerini dikkate alan böyle bir yaklaşımın Türkiye’de genel bir uygulama haline geldiğini söyleyebilmek bugün için mümkün değildir.

- 2) Temel hakların kamu gücünün müdahalelerine karşı korunmasında kilit rolü oynayan anayasal organın yargı olduğu bir gerçektir. Bağımsız yargı, temel hakları güvence altına alan hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. 2001 yılından günümüze 1982 Anayasasında liberalleşme yönünde önemli değişiklikler yapılmasına rağmen, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılması<sup>22</sup> dışında hukuk devleti konusundaki sapmaları giderecek herhangi bir girişimde bulunulmamıştır. Avrupa Komisyonu 2007 Raporunda özellikle “Yargı ve Temel Haklar” bölümünde bu konuya değinilmiş olsa da, yapılan değerlendirmeler çoğunlukla tek yanlı, yüzeysel ve eksik kalmıştır. Raporda Türkiye’deki yargı bağımsızlığına ilişkin olarak iki doğru (haklı) saptama da yer almaktadır. Nitekim, gerek Adalet müfettişlerinin Adalet Bakanlığına bağlı olması (Anayasa md. 144), gerekse hakim ve savcı adaylarının belirlenmesinde Adalet Bakanlığının belirleyici bir rol oynaması,<sup>23</sup> yargıç bağımsızlığını ihlal etmektedir. Bunun dışındaki diğer tüm değerlendirmeler eleştiriye açıktır. Sıralarsak;
- a) UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) yargının modernizasyonunda olumlu bulunuyor. Oysa gizlilik gerektiren tüm yargısal faaliyetlerin bu ağ üzerinden Bakanlığın bilgisine açık oluşunun, yargı bağımsızlığını zedeleyici sonuçlara yol açabileceği göz ardı edilmektedir.
- b) Yargının tarafsızlığı konusundaki kaygılara örnek olarak Anayasa Mahkemesinin (AYM) “367 Kararı” gösterilmiştir. AYM kararında aranan 367 yetersayısının (üye tamsayısının 2/3’ü) toplantıya mı karara mı ilişkin olduğunu bile tam olarak ifade edemeyen Raporun (s. 9), “Yargı ve Temel Haklar” bölümünde de tekrarladığı bu kaygı, olsa olsa söz konusu karardan olumsuz etkilenen bir siyasi partinin bilimsel niteliği olmayan bir eleştirisi olarak algılanabilecek bir nitelik taşımaktadır.<sup>24</sup>

---

21 Bkz. Kanadoğlu K.: Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması”, Beta Basım Yayım, İstanbul 2000, s. 34.

22 Anayasanın 143. maddesinin ilk halindeki düzenleme gereği askeri hakimlerin de görev yaptığı, Cumhuriyete ve Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlara ilişkin yargılamanın yapıldığı Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 1999’daki Anayasa değişikliği sonrasında askeri hakimlerden arındırılmış, 2004’deki Anayasa değişikliği sonrasında da tamamen ortadan kaldırılmıştır.

23 Bu konuda Danıştay tarafından verilen iptal kararları üzerine çıkarılan yasa da sözlü sınavın Adalet Bakanlığının 5 bürokrati ve Adalet Akademisinin 2 üyesi tarafından yapılmasını öngörmektedir. Anayasa ile HSYK’ya verilen mesleğe kabul yetkisinin (md.159/3) için boşaltan bu yasa (1.12.2007 tarihli, 5720 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun) şu an için AYM’nin önündedir.

24 Kararı hukuksal açıdan ele alan bilimsel bir tahlil için bkz. Sağlam F.: 2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Üzerine Sürdürülen Yorum Tartışmalarının Hukuksal Analizi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, s. 227-254.

c) Yukarıdaki değerlendirme (b) Şemdinli davasına ilişkin olarak da tekrarlanabilir. Raporunda davada iddianameyi hazırlayan Savcının görevden alınması eleştirilmiş ve bunun Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) Türk Silahlı Kuvvetlerinden bağımsızlığı konusunda soru işaretlerine yol açtığı belirtilmiştir. Yaşananların görünen yüzü bu olabilir, ancak olayın ardındaki gerçek çok daha farklıdır. Süreci hatırlarsak; adli soruşturma devam ederken aynı konuda bir Meclis Araştırma Komisyonunun kurulması, bu Komisyonun dinlediği kişilerin beyanlarının, Komisyon Raporu daha kesinleşmeden Şemdinli Savcısına iletilmesi, iddianame gizliliğini korurken e-mail yoluyla tekrar Komisyona gönderilmesi gibi olaylar, aslında yargı yetkisinin gasp edildiğini,<sup>25</sup> hatta siyasi bir komploya yargının alet edildiğini göstermektedir.

HSYK'nın yapısına ilişkin olarak da gerek AB İlerleme Raporlarında gerekse 2004 yılında AB Komisyonunun Türkiye'de yargı sisteminin işleyişi ile ilgili raporunda eleştiriler yer almıştır. Siyasi niteliği olan iki kişinin (bakan ve müsteşarı) Kuruldaki varlığının yargı üzerinde müdahaleye yol açması ve Kurulun yargıyı tümüyle temsil etmemesi, bu eleştirilerin ağırlık noktasını oluşturmuştur. Bu aşamada, son günlerde Adalet Bakanlığınca hazırlanan "Yargı Reformu Stratejisi" taslağının ortaya konuluş biçimi ve içeriğine kısaca değinmek gerekir. Söz konusu taslağın kamuoyuna açıklanmadan ve yüksek yargı organları ile ilgili kuruluşların görüş ve önerileri alınmadan önce AB'nin Genişlemeden Sorumlu Üyesine sunulması ve taslak kapsamında HSYK'ya üye seçimi konusunda yasama ve yürütme organlarına görev ve yetki verilmesinin planlanması büyük tepkilere yol açmıştır.<sup>26</sup>

Güçler ayrılığı ilkesinin yargı aleyhine bozulmasına, dolayısıyla yargıyı şimdikine göre daha bağımlı hale getirilmesine yönelik bir strateji olarak bir algılanan bu girişimler,<sup>27</sup> Türkiye'de hukukun meşruluğu sorununu da gündeme getirmektedir. Hukuk, siyasi yönlendirmenin ve sosyal biçimlendirmenin aracı olarak ne denli yoğun kullanılırsa, devlet yetkilerinin demokratik meşruluğunun üzerindeki yük de o denli artar. Yasa koyucunun demokratik meşruluğunu sağlayan temel unsurlardan biri de, onun demokratik usullere uymasıdır. Parlamenter usulün açıklığı ve şeffaflığı, hukukun geçerliliği ve kabul görmesi için asıl kaynaktır. Bu örnek de göstermektedir ki, son dönemde<sup>28</sup> Türkiye'de açık ve şeffaf bir parlamenter usul izlenmemektedir.

3) Türkiye'de belirli özgürlük kullanımları bakımından ortaya çıkan sorunlar yanında olumlu bazı gelişmeler de yaşanmaktadır. Örneğin Dernekler Kanunu ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ile Avrupa standartlarına uyum sağlanmıştır. Yine işkence, insanlık dışı ve

---

25 "Yargı süreci devam ederken çalışmalarına devam eden komisyonlar adeta yargı organı gibi hareket etmektedirler. Halbuki bu durum, Anayasanın 9. ve 138. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.", bkz. Evik A. H. : Yargıyla İntikal Etmiş Bir Konu Hakkında Meclis Araştırması..., EÜHFD, C. X, S. 3-4, (2006), s. 123.

26 HSYK, TBB ve YARSAV bu konudaki tepkilerini açıkça ortaya koymuştur, bkz. <http://www.8sutun.com/node/60133> (21.5.2008). Nihayet Yargıtay Başkanlar Kuruluna göre; "Tüm bu gelişmeler, ısrarlı bir biçimde ve sistemli olarak yargı erkinin bağımsızlığının hazmedilemediğini, tarafsızlığı sağlama adı ve aldatmasıyla yürütmeye yandaş, onu koruyup kollayan ve onun tarafından denetlenen bir yargının oluşturulmasının amaçlandığını belgelemeye yetmektedir, bkz. [http://www.yargitay.com.tr/dmdocuments/bsk\\_bildirisi.doc](http://www.yargitay.com.tr/dmdocuments/bsk_bildirisi.doc) (25.5.2008).

27 Bkz. Germeç M. E.: "Yargı Bağımsızlığı ...", Cumhuriyet, 20.5.2008.

28 Yeni Anayasa yapma girişiminde şimdiye kadar başvuru yöntem de bu bağlamda değerlendirilebilir.

aşayılıcı muamele ve cezalandırmanın yasaklanması alanında yasal güvenceler olumlu sonuçlar doğurmaktadır. Bu tür vakalar azaldıkça AİHM'e başvuru sayısı da azalmaktadır. Nitekim 1 Eylül 2006 – 31 Ağustos 2007 arası AİHM'e yapılan başvuruların 2/3'ü adil yargılanma ve mülkiyet haklarının korunmasına yönelik talepleri içermektedir (bkz. 2007 İlerleme Raporu). Türkiye'nin tutuklevlerinin bağımsız kurumlarca izlenmesine olanak tanıyan BM İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokolü onaylanması, bu alanda daha fazla bir rahatlama sağlayacaktır. Kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin 2001 Anayasa Değişiklikleri ve 2005 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ile keyfi gözaltı sorunu da kalmamıştır. Ancak uygulamadaki eksikliklerin giderilebilmesi için adli kolluğun kurulması gereği de göz ardı edilmemelidir.

Yukarıda çizilen bu olumlu tabloya rağmen özellikle yasal düzlemdeki koruma eksiğinin bazı sorunlara yol açtığı hukuki bir gerçektir. Tüm özgürlük alanlarında güçlendirilmesi gereken bu koruma, öncelikle sorun yaşanan belirli bazı özgürlükler esas alınarak incelenebilir.

### a) İfade Özgürlüğü

Avrupa Komisyonu İlerleme Raporuna göre; genel olarak, şiddet içermeyen görüşlerin ifadesine karşı kovuşturma ve (mahkumiyet) hükümler(i), Türk hukuk sisteminde ifade özgürlüğünün Avrupa standartlarıyla uyumlu bir şekilde bütünüyle güvence altına alınmadığını göstermektedir. Buna örnek olarak da şiddet içermeyen görüşler açıklayan H. Dink'in mahkumiyeti gösterilmiştir. Bu çerçevede TCK md. 301 ve diğer maddelerin (TCK md. 215, 216, 217, 220) İHAS ve İHAM içtihat hukukuyla uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. TCK 301'in düşünce suçu yarattığı, oto sansürü teşvik ettiği ve önemli ölçüde değiştirilmesi ya da tamamen kaldırılması yolundaki değerlendirmeler ABD, İngiltere ve İsveç Dışişleri Bakanlıklarının 2007 Yılı İnsan Hakları Raporlarında da yer bulmuştur. Prof. Dr. Üskül'ün kaleme aldığı "Demokratikleşme Perspektifleri - 10. Yıl Güncellemesi"nde de benzer ifadeler kullanılmaktadır (s. 153). Özellikle TCK 301, devlet organlarına karşı yöneltilen eleştirilerin de suç sayılması sonucunu doğuracak nitelikte, ifade özgürlüğünü tehdit eden bir madde olarak gösterilmiştir.

İçten ve dıştan gelen bu eleştiriler üzerine TBMM, TCK md. 301 metninde değişiklik yaparak, hakarete karşı korunan "Türklük" kavramını "Türk milleti"; "Cumhuriyet"i de "Türkiye Cumhuriyeti Devleti" olarak değiştirmiş ve bu suça ilişkin soruşturma yapma iznini Adalet Bakanlığına vermiştir.<sup>29</sup> Bu değişikliklerin suç tipinin belirlenmesine önemli bir etkisi olmadığı ortadadır. Yargıtay içtihadında, TCK 301'in koruma altına aldığı unsurlar zaten değişiklikte ifade edildiği biçimde yorumlanmaktaydı.<sup>30</sup> Soruşturmanın Bakanın iznine bağlanması dışında maddenin uygulanmasını ilgilendiren temel sorunda herhangi bir değişiklik olmamıştır. Bu sorunu çözecek ise ifade özgürlüğüne müdahalede bulunan TCK 301'in, ifade özgürlüğünün demokratik düzen için taşıdığı vazgeçilmez değer dikkate alınarak anayasaya uygun biçimde yorumlan-

29 26.9.2004 gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 301. maddesini değiştiren 30.4.2008 gün ve 5759 sayılı Kanun.

30 Nitekim Yargıtay'a göre;"Fıkradaki Türklük kavramı devletin insan unsuruyla ilgili olup, bu kavramla Türk Milleti kastedilmektedir. Türklükten maksat, "Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünü"dür.", bkz. Yargıtay CGK Kararı, E. 2006/9 – 169, K. 2006/184.

ması ve uygulanmasıdır.<sup>31</sup> Ayrıca eklemek gerekir ki, Kanunda suç teşkil eden eylemin sadece "aşağılama" olarak tanımlanmış olması, hükmün anlamını belirsiz hale getirmez. Mahkemeler bu kavramın içeriğini aydınlatacak bir içtihat geliştirebilirler. Düşünce özgürlüğünün koruduğu alanının nesnel sınırları içinde yer almadığı için aşağılamanın, ayrıca şiddet içermesinin gerekmediği de açıkça ortadadır.

Bu durumda çözüm, bazılarının istediği gibi anayasal organların hakarete karşı korunmasız bırakılması değildir. Nitekim Alman Federal AYM'ye göre de hakaret suçunu düzenleyen Alman Ceza Kanununun 185. maddesi yalnız bireyler için değil, kamu yönetimi görevi üstlenmiş kurum ve kuruluşlar için de koruma sağlar. Devlet organları yararına bir koruma normu olarak 185. madde, Alman Anayasasının 5/2. maddesi anlamında ifade özgürlüğünün sınırlanmasında kullanılabilir bir genel yasadır. Alman FAYM'ye göre, "Toplumsal kabulde minimum bir ölçü olmaksızın kamu kurumları işlevlerini yerine getiremez. Bu nedenle söz konusu devlet organlarının, bu koşulları ortadan kaldırma tehdidi taşıyan tüm saldırılara karşı korunması gerekir".<sup>32</sup>

Şurası bir gerçektir ki, Yargıtay'ın H. Dink hakkında verdiği mahkumiyet kararıyla sonuçlanan dava, TCK 301'in kamuoyunda tartışılmasında büyük pay sahibi olmuştur. Yargıtay bu davada, H. Dink'in Türklerin Ermenileri soykırıma uğradığı iddiasını, düşünce özgürlüğünün kapsamı içinde değerlendirmiş, fakat "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" sözlerini suça konu yazının yayımlandığı mevkute, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimini de dikkate alarak Türklüğü aşağılama olarak değerlendirmiştir.<sup>33</sup>

Mahkumiyete neden olan yukarıdaki ifadelerin, karara muhalif kalan yüksek yargıçların karşı oylarında belirttikleri gibi eleştiri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulabilirse de kararın ortaya çıkardığı bir gerçek Ermeni soykırımı iddiasının ceza tehdidi altında olmadığıdır. Buna karşılık Ermeni soykırımı olmadığına iddia edilmesi, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından mahkum edilmiştir.<sup>34</sup> Doğru olmadığı ispatlanmış bir iddianın ileri sürülmesi kategorisi içinde değerlendirilemeyecek<sup>35</sup> ve dolayısıyla düşünce özgürlüğünün korunmasından yararlanması gereken bir görüş açıklaması hakkında İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bu kararının, AİHM içtihatlarıyla uyumu da ayrıca tartışılmalıdır.

31 Türk yargısı da düşünce özgürlüğünün sınırlandıran genel yasaların (TCK'nın 301 ve kamu barışına karşı suçları düzenleyen 213, 214, 215, 216, 217 ve 219. maddelerinin) yorumunda Alman FAYM'nin geliştirdiği karşılıklı etki teorisi (Wechselwirkungstheorie) gibi teoriler türetmelidir. Anayasaya uygun yorum ilkesini hatırlatan bu teoriyi Alman FAYM şu şekilde ifade etmektedir; "Temel hak ve genel yasa arasındaki karşılıklı ilişki, temel hakkın geçerlilik gücünün genel yasayla tek taraflı sınırlandırılması anlamında kavranamaz; aksine bir yandan genel yasanın sözüyle temel hakka sınırlar getirilse de, diğer yandan genel yasalar bu temel hakkın özgürlükçü demokratik devlette taşıdığı değer anlamı bilinerek yorumlanmalı ve temel hakkı sınırlandıran etkileri görüldüğünde tekrar sınırlanmalıdır," (BVerfGE 7, 198, 208).

32 BVerfGE 93, 266, 110.

33 Yargıtay CGK Kararı, E. 2006/9 – 169, K. 2006/184.

34 Federal Mahkeme, 60-398/2007/rod.

35 Nitekim "Auschwitz Yalanları" kararında Alman FAYM'ye göre, "3. Reich'da Yahudi soykırımı olmadığına ilişkin açıklamalarda, sayısız tanığın ifadeleriyle ve belgelerle, çok sayıda ceza davasındaki mahkumiyet tespitleriyle ve tarih biliminin verileriyle yanlışlığı ispatlanmış bir olgunun iddiası söz konusudur" (BVerfGE 90, 241, 34).



## b) Din Özgürlüğü

Anayasada kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı çekirdek bir hak olarak güvence altında olmasına (md. 15) rağmen 25.4.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 7. maddesi din hanesine yer vermektedir. Bu konuya ilişkin olarak çıkarılan Yönetmelik, yazılı istek üzerine din hanesinin silinmesi ya da değiştirilmesi olanacağını tanımış olsa da din özgürlüğüyle olan bağdaşmazlık ortadan kalkmamıştır.

Anayasada ilk ve orta öğretimde zorunlu olması öngörülen din kültürü ve ahlak bilgisi derslerine (md. 24/4) ilişkin Türkiye’den açılan bir davada AİHM, 2007 yılında önemli bir karar vermiştir.<sup>36</sup> Alevi bir babanın başvurusu üzerine Mahkeme, 1. Ek Protokolün 2. maddesini uygulayarak verdiği bu kararda önce bu konudaki genel ilkeleri saptıyor. Buna göre, “Bu düzenleme sadece Ek Protokolün ilgili maddesi ışığında değil, Sözleşmenin 8., 9. ve 10. maddeleri ışığında yorumlanmalı ve bu doğrultuda eğitimde çoğulculuğu korumayı amaçlayan bir anlamla yüklenmelidir”. Buna göre devlet, öğretim alanında hem yersiz bir din benimsetme uğraşından uzak, sakin bir ortamda dinle ilgili eleştirel bir bakış oluşturmaya sağlayacak bir müfredat programının oluşturulmasına, hem de bu müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesi gerekir.

AİHM, söz konusu davaya ilişkin tespit ve saptamalarını, ilköğretim okullarındaki zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi ders kitaplarının içerik incelemesine dayandırıyor. AİHM’e göre bu kitaplar bir tek dini esas alan, onun pratiğini öğreten, onun benimsetilmesine yönelik bir içeriğe sahiptir ve belirli bir nüfus çoğunluğuna sahip olan Alevilerin inançları, itikatları bu çerçevede müfredat programında yer almamıştır.

Danıştay da bu yıl içinde arka arkaya aynı doğrultuda iki karar veriyor ve her iki kararında da AİHM’nin Zengin kararındaki saptamalarını tekrarlıyor ve hükmünü tamamen AİHM’nin yurisdiktidaki tespitlerine dayandırarak kuruyor.<sup>37</sup> Buna göre, din kültürü dersleri, Sözleşmeyi ihlal ettiği gibi Anayasamızın 24. maddesini de ihlal etmektedir.

Kararının son paragrafında din derslerine ilişkin Avrupa’da uygulanan farklı yöntemlere değişen AİHM, sonuç itibarıyla Türkiye’de uygulanabilecek bir muafiyet sisteminin dinsel inançları açıklamaya zorlamak anlamına geleceğini, bunun da mutlak korumalı, çekirdek bir hak olan vicdan özgürlüğüyle bağdaşmadığını saptamıştır.<sup>38</sup>

O halde, bu konuda çözüm olarak din eğitimi zorunlu olmaktan çıkarılıp muafiyet niteliği taşımayan seçimlik bir derse dönüştürülebilir ya da din eğitimi almak istemeyenlerin başvurabileceği farklı seçimlik dersler öngörüülebilir. Bunun dışındaki bir sistemin; örneğin ders almak istemeyenin gidip de kendi inancının Sünni İslam’la örtüşmediği anlamında yorumlanabilecek şe-

36 Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, Başvuru No:1448/04, Strassburg, 9 Ekim 2007.

37 T.C. Danıştay 8. Dairesi, Esas No. 2007/679, Karar No. 2008/1461; T.C. Danıştay 8. Dairesi, Esas No. 2006/4107, Karar No. 2007/7481.

38 AİHM’a göre, “Din derslerinden muafiyet işlemi, farklı dini veya felsefi inançlara sahip aileleri ağır bir yük altına sokabilmekte ve onlara, çocuklarının din dersinden muaf tutulmaları için dini ya da felsefi inançlarını ifşa etmeye mecbur kılmaktadır”.

kilde bu dersten muaf olmasını talep etmesinin AİHS'in öngördüğü ve Anayasamızın 24. maddesinde de mutlak bir koruma altına alınan özgürlükle bağdaşmayacağı açıktır.

Dinsel eğitim konusu, "Demokratikleşme Perspektifleri – 10. Yıl Güncellemesi"nde yer alan çok haklı bir talebin aktarılmasıyla sonlandırılabilir; "Meslek lisesi statüsüne uygun olarak imam ihtiyacını karşılamaya yetecek olanlar dışındaki İmam Hatip Liseleri genel liseye dönüştürülmelidir ve bu liselere kız öğrenci kesinlikle alınmamalıdır".<sup>39</sup>

Din özgürlüğü bağlamında 1982 Anayasasının eğitim ve öğretim özgürlüğünü düzenleyen 42. maddesinde yapılan değişikliğe de değinmek gerekir. AYM önünde olan anayasal bu düzenleme, gerekçesinde üniversitelerde türbana serbestlik sağlamak amacıyla yapıldığı açıkça belirtilmesine<sup>40</sup> rağmen gerek içeriği<sup>41</sup> gerekse Anayasasının 2. ve 42. maddesinin ilk dört fıkrasında yer alan sınırlama sebeplerinin varlığı karşısında mevcut anayasal durumda herhangi bir değişiklik meydana getirmemiştir. Hatta fıkra hükmü, içerdığı basit yasa kaydıyla yasa koyucunun bu özgürlük alanında çok daha rahat sınırlama yapabilmesine olanak sağlamaktadır.

Düşünce ve din özgürlüğü alanında Türkiye'de vicdani ret hakkı açısından da sorunlar yaşanmaktadır. Son olarak Ülke Davasında AİHM, başvurusunun bir pasifist ve vicdani retçi olarak sahip olduğu inançlar nedeniyle askeri üniforma giymeyi reddetmesi üzerine emre itaatsizlikten tekrar tekrar mahkum edilerek sürekli hapis cezasına çarptırılmasını dikkate alarak konuyu işkence, kötü muamele ve onur kırıcı muamele kapsamında değerlendirmiş ve Türkiye'nin bu maddeleri ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>42</sup> Karar sonrasında Türkiye'nin hareketsiz kalmasını değerlendiren AK Bakanlar Komitesi, askeri emirlere itaatsizlikte ısrar gerekçesiyle yürütülen ve tekerrür eden kovuşturma ve mahkumiyetleri önleyecek yasal düzenlemelerin yapılmasını önemle tavsiye etmiştir.<sup>43</sup> Aslında sorun Türk hukuk sistemi içerisinde yeni bir yasal düzenlemeye gerek kalmaksızın çözülebilir. Anayasasının 90. maddesi gereği Mahkemeler, AİHM kararı doğrultusunda Sözleşmenin 3. maddesine aykırılık yaratan Askeri Ceza Kanununun emre itaatsizlikte ısrar suçunu düzenleyen hükmünü bu davalarda uygulamaktan kaçınabilirler.

### c) Kültürel Haklar

Kültürel haklar, Türkiye'de Güney Doğu (Kürt) sorunu bağlamında gündeme gelmektedir. Ancak burada söz konusu olan, "azınlık" adı altında gruplara haklar ve özgürlükler tanımak değil, demokrasinin, hak ve özgürlüklerin ve hukuk devleti güvencelerinin bütün kişilere, bunların kültürel aidiyetlerinin de hesaba katılarak yayılmasıdır.<sup>44</sup> İsim hakkı ve kişinin istediği dili kullanma ve öğrenme hakkı çerçevesinde Türkiye'de kültürel haklarının durumu ele alınabilir.

39 Üskül Z. : Türk Demokrasisi'nde 130. Yıl, Prof. Dr. Bülent Tanör Anısına "Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri" 10. Yıl Güncellemesi, s. 151.

40 Genel gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0141.pdf> (26.5.2008).

41 9.2.2008 gün ve 5735 sayılı Kanunla Anayasasının 42. maddesine 6. fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen 7. fıkra hükmüne göre; "Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir".

42 Case of Ülke v. Turkey, Application no. 39437/98, 24 Jan. 2006.

43 Bkz. [\(26.5.2008\)](http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?ref=CM/Del/Dec(2007))

44 Tanör B. : Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi - Tartışmalar ve Son Gelişmeler, TUSİAD Yayını, İstanbul 1999, s. 144.

İsim hakkı konusunda 28.4.2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Böylelikle ad koyma serbestliği sağlanmış, "milli kültür" kayıtlaması kaldırılmıştır. Ancak yerleşim yeri adları bakımından 10.6.1949 tarih ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa göre "Türkçe olmayan köy adları İçişleri Bakanlığınca değiştirilir" hükmü (md. 2, D/2) varlığını korumaktadır. Oysa yerel yönetimler yerleşim birimlerinin geleneksel olarak kullanılan adlarını, yasaların çizdiği belirli somut şartlar çerçevesinde seçmekte özgür olmalıdır.<sup>45</sup>

Bugün Türkiye'de resmi dilin kullanımı saklı kalmak üzere<sup>46</sup> herkesin kendi dilini, özel ve kamusal alanlarda sözlü ve yazılı olarak serbestçe ve bir müdahale olmaksızın kullanabilmesi güvence altına alınmıştır. Eğitim dili konusunda Anayasanın 42/son maddesinin "Türk vatandaşlarına eğitim ve öğretim kurumlarında Türkçeden başka bir dilin ana dil olarak okutulmaması ve öğretilmeyeceğine" ilişkin düzenlemesinin, ana dili resmi dil muamelesine tabi tutan, etnik gerçekliği aşan ve Türkçenin herkese anadil olarak empoze edileceği izlenimi uyandıran kötü bir ifadeye sahip olduğu açıktır. Türkiye'deki okullarda eğitim ve öğretimin ilke olarak Türkçe yapılmasını öngören bu düzenlemeye göre, "etnik grupların dilleri, resmi dil yerine eğitim aracı olarak kullanılamaz".<sup>47</sup> Ancak bu durum, Türkçeden başka dillerde okutulacak -seçimlik- derslerin bağlı olacağı esasların yasa koyucu tarafından düzenlenmesine engel olmamalıdır.<sup>48</sup>

Yerel kültür ve dillerin devlet ya da özel televizyon ve radyolarda kullanılması için gerekli olanaklar sağlanmalıdır. Bugün için kamu ve özel radyo ve televizyonlarda Türkçeden başka dil ve lehçelerde yayın yapılabilmesi yasal olarak güvence altına alınmıştır.<sup>49</sup> Söz konusu Kanun, özel, kamu ayrımı yapmaksızın bu yayınlarda uyulacak esasların belirleme yetkisini Radyo Televizyon Üst Kurulun (RTÜK) çıkaracağı yönetmeliğe bırakmıştır. RTÜK ise çıkardığı "Radyo ve Televizyonların Dili Hakkındaki Yönetmelik"<sup>50</sup> ile bu yayınlara sadece Türkiye Radyo Tele-

45 Bkz. Tacar P.; Kültürel Haklar, Gündoğan Yayınları, Ankara 1996, s. 143.

46 Nitekim Türkiye'nin imzalamadığı Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Çerçeve Sözleşme'nin 10/2. maddesi de bu konuda Devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakmaktadır. Bu düzenlemeye göre, azınlık dilinin idari makamlarla ilişkilerde kullanılabilmesi, ulusal azınlıklara mensup kişilerin geleneksel olarak ya da önemli sayıda yaşadıkları bölgelerde, eğer bu kişiler talep ederlerse ve bu talep gerçek bir ihtiyaca karşılık düşüyorsa, mümkündür. Bununla birlikte böyle bir durumda dahi, taraf devletler, azınlık mensubu kişilerle idari makamlar arasındaki ilişkilerde azınlık dilinin kullanılmasına imkan verecek koşulları "mümkün olduğu ölçüde" sağlamaya "gayret" edeceklerdir, bkz. Çavuşoğlu N.: Azınlık Hakları, Su Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 101.

47 Bkz. Sosyalist Parti kapatma kararı (AYM. E. 1991/2, K. 1992/1, KT. 10.7.1992, AYMKD. 28/2, s. 793), Özgürlük ve Demokrazi Partisi kapatma kararı (E. 1993/1, K. 1993/2, KT. 23.11.1993, AYMKD. 30/2, s. 841 vd.).

48 14.10.1983 gün ve 2923 sayılı "Yabancı Dil Eğitimi ve Öğretimi ile Türk Vatandaşlarının Farklı Dil ve Lehçelerinin Öğrenilmesi Hakkında Kanun"un 2. maddesinin a bendini değiştiren 30.7.2003 gün ve 4963 sayılı Kanunun çıkarılmasıyla bu yönde bir gelişme yaşanmıştır. Buna göre, "Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandıkları farklı dil ve lehçelerin öğrenilmesi için ... özel kurslar açılabilir; bu kurslarda ve diğer dil kurslarında aynı maksatla dil dersleri oluşturulabilir". Kültürel kimliklerin eğitim ve öğretim alanında korunmasına ilişkin uluslararası insan hakları belgeleri için bkz. age. s. 103-106.

49 13.4.1994 gün ve 3984 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve yayınlara Hakkındaki Kanunun 4. maddesinde değişiklik yapan 18.7.2003 gün ve 4928 sayılı Kanun md. 14.

50 RG. 18.12.2002, 24967.

vizyon Kurumu (TRT) tarafından yapılmasını öngörerek Kanunun gereğini tam olarak yerine getirmediği gibi (md. 5/2), TRT'yi de bu açıdan çok dar bir alanla sınırlandırmıştır. Nitekim bu yayınlar için öngörülen süre, vatandaşların kendi dillerinde haber alma özgürlüklerine ölçüsüz bir müdahalede bulunmaktadır

#### **IV. SONUÇ**

Özellikle 90'lı yıllardan başlayarak 2000'li yılların başlarına kadar Türkiye'nin gündeminde olan ve bu alanda önemli ilerlemelerin yaşanmasını sağlayan demokratikleşme talep ve perspektifleri, son dönemlerde yeni bir mecraya girmiş görünmektedir. Bugünkü siyasi iktidarın da sıkça başvurduğu bu söylem, Devletin dinselleştiği ve toplumun ümmetleştiği bir ortamda inandırıcılıktan uzak düşmektedir.

Temel hakların koruyucu etkisi, sadece dinsel inançların doğrultusunda yaşamının bir güvencesi olarak anlaşılmalıdır; özgürlüklerin ancak laik bir toplum yapısı içinde kullanılması halinde demokratik bir düzenin sağlanabileceği göz ardı edilmemelidir.

# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN KARARLARININ FEDERAL ALMANYA CUMHURİYETİ'NİN HUKUK DÜZENİNE ETKİLERİ

**Marten BREUER**

AİHM'nin kararlarının Federal Almanya Cumhuriyeti'nin hukuk düzenine etkileri, yüzeysel olarak bile ele alındığında, 20 dakika içerisinde tüm boyutlarına değinmenin mümkün olamayacağı bir konudur. Bu yüzden burada size en fazla bir enstantane sunabilirim ve bu sırada da, ele alınması olası veçhelerin bolluğu içinden anlamlı bir seçme yapma zorunluluğu duydum. Tebliğimde iki güncel örnek vakayı ele alacağım; bu vakalar üzerinden, AİHM kararlarının bir yandan Alman yargı erki, diğer yandan da Alman yasama erki üzerindeki etkilerini göstermek istiyorum.

## I.

İlk örnek vaka olarak, prens kızı Caroline von Monaco (evlilik soyadı von Hannover) ile Alman bulvar gazeteleri arasında, prensesi günlük hayatındaki haliyle gösteren fotoğrafların yayınlanması nedeniyle başlayan ve bir türlü bitmek bilmeyen tartışmadan yararlanmak istiyorum. Alman yargısı çok sayıda davada bu sorunsalı ele almıştır. Ben burada, Caroline von Monaco II. davası denilen davaya göndermede bulunacağım. Bu davada, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir ilke kararında, her halükârda birkaç fotoğrafın yayımlanmış olmasını uygun bulmasından sonra,<sup>1</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun (AİHK), –daha somut olarak söylersek AİHK'nin, özel yaşama saygı duyulması hakkını düzenleyen 8. maddesinin– çiğnendiğini saptamış olması<sup>2</sup> davayı ilginç kılmaktadır. Genel olarak, Strazburg'ta sadece, Federal Anayasa Mahkemesi'nden önceki kabul etme sürecinde bir biçimde “aradan sıyrılmış” davalara bakıldığını söyleyebiliriz.<sup>3</sup> Caroline II davasında durum farklıydı, çünkü Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1. senatosu tam kadroyla ve sözlü müzakere sonucunda karar vermişti. Böylelikle çatışma açığa çıkmıştı, Alman mahkemeleri-

1 BVerfGE (Federal Anayasa Mahkemesi Kararı) 101, 361 – Monaco prensesi II. Caroline.

2 AİHM (3. Bölüm), von Hannover ./ Almanya, 24.06.2004 tarihli karar, No. 59320/00, ECHR 2004-VI = EuGRZ (Avrupa Temel Haklar Dergisi) 2004, 404. AİHM kararı “Caroline II.” davasının yanı sıra, başka davaları da ilgilendiriyordu. Bkz. Agy., Bend 27 vd., 33 vd. Literatürde ağırlıklı olarak eleştirel tepkiler yer aldı, karş. için H. Gersdorf, AfP (Basın Hukuku Arşivi) 2005, S. 221 vd.; Chr. Grabenwarter, AfP 2004, S. 309 vd.; A. Ohly, GRUR Int. Dergisi 2004, S. 902 vd.; pozitif tepkiler için bkz. Chr. Starck, JZ 2006, S. 76 vd.; R. Stürner, AfP 2005, S. 213 vd.

3 Böyle bir durum örneğin Karlheinz Schmidt vakasında söz konusu olmuştur; bu örnekte, Federal Anayasa Mahkemesi Baden Württemberg eyaletinin itfaie vergisine yönelik itiraz davasını kabul etmemiştir. Ancak AİHM'ye yapılan başarılı bir insan hakları ihlali itirazından sonra (Karlheinz Schmidt ./ Almanya, 18.07.1994 tarihli karar, No. 12/1993/407/486, Ser. A no. 291-B = EuGRZ 1995, 392; ayrıca bkz. W. Bausback, BayVBl. 1995, S. 737 vd.) paralel bir davada, bir anayasa ihlali bulunduğunu saptamıştır, bkz.. BVerfGE 92, 91.

nin bu çatışmaya tepki veriş biçimlerini daha yakından incelemek, burada ele aldığımız sorunsal açısından, öğretici olacaktır. –Bu konferansın katılımcılarından birçoğu AİHM’nin Caroline kararı hakkında görüş bildirdikleri için, konuşmamın devamında kararın içeriğine ilişkin bir görüş bildirmekten kaçınacağımı ve sadece Alman mahkemelerinin tepki veriş tarzlarını incelemek istediğimi önceden belirtiyim.

## 1.

Kararın üstünden fazla geçmeden, ilk tepki Karlsruhe’den geldi. Gerçi bu tepki konu açısından tamamen başka bir bağlamda, yani çocuk haklarına dair bir davada gerçekleşmişti, ancak Federal Anayasa Mahkemesi bunu ilkesel tarzda ve biçimde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarının Alman yargı sistemindeki önemine karşı bir tavır almak için vesile olarak gördü.<sup>4</sup> Bu kararın –her halükârda aynı zamanda– AİHM’nin Caroline davası kararına da bir tepki olduğu, Federal Anayasa Mahkemesi’nin, kararında AİHM kararından açıkça söz etmesinden anlaşılıyordu. Bundan dolayı ve burada ele aldığım konu açısından genel bir önem taşıdığı için, “Görgülü Kararı” olarak tanınan bu kararın önemli ifadelerini burada kısaca aktaracağım.<sup>5</sup>

Federal Anayasa Mahkemesi, öncelikle, AİHK’nun gerçi sadece basit bir Federal Yasa seviyesinde olduğu –yani Anayasa’nın altında olduğu– ancak, Anayasa’nın uluslararası hukuka sıca bakması yüzünden, Alman temel haklarının yorumlanışında, bir yorumlama yardımı olarak dikkate alınması gerektiği yönündeki sürekli kararını onaylıyor.<sup>6</sup> Mahkeme, *tüm* devlet organlarının, temel hakların yorumlanışı sırasında konvansiyonun tekeffüllerini [garantilerini] ve AİHM’nin kararlarını dikkate alma yükümlülüğünü eskisinden daha açık bir biçimde vurguluyor.<sup>7</sup> Bunun vurgulanmasının bir nedeni var, çünkü bir önceki yargı katı, Naumburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, itiraz davacısı tarafından AİHM’ye götürülen, çevre hukuku kararını, bu kararın yalnızca bir uluslararası hukuk örneği olarak Federal Alman Cumhuriyeti’ni bağladığı, ama ülke içindeki mahkemeleri bağlamadığını öne sürerek, açıkça provokatif bir tavırla bir kenara itmişti.<sup>8</sup> Federal Anayasa Mahkemesi bu tavra net ifadelerle karşı çıktı ve kararına, bir AİHM kararının ülke içindeki mahkemeler tarafından dikkate alınmasının ihmal edilmesine, Anayasaya aykırılık davasıyla itiraz edilebileceği yeniliğini ekledi.<sup>9</sup> Bu durum kendiliğinden anlaşılır bir durum değildi, çünkü daha önce değinildiği gibi, AİHK, Almanya’da Anayasa düzeyinde değildir ve bu yüzden Anayasaya aykırılık gerekçesiyle itiraz davalarına itiraz konusu olamaz. Ancak, Federal Anayasa Mahkemesi, çiğnenmesine ilişkin somut bir örnekte,

4 BVerfGE 111, 307 – Görgülü.

5 Bu bakımdan, konvansiyonun Almanya açısından yürürlüğe girmesinden 50 yıl sonra, hâlâ Federal Anayasa Mahkemesinin böyle ilkesel bir kararına gerek duyulmuş olması şaşırtıcıdır. Bkz. E. Klein, JZ 2004, S. 1176.

6 BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (115); 111, 307 (317); farklı konstrüksiyonlar için bkz. M. Breuer, Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Wahlrecht der Auslandsdeutschen, 2001, S. 115 vd.; M. Ruffert, EuGRZ 2007, S. 245 (246 vd.), her biri başka kanıtlarla.

7 BVerfGE 111, 307 (316).

8 Naumburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, EuGRZ 2004, S. 749 (751).

9 BVerfGE 111, 307 (328 vd.).

“hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak”<sup>10</sup> bu itirazı onaylamıştır, burada hukuk devleti ilkesine başvurulmuş olması açıkça, ilgili Alman temel yasının içeriğini konvansiyona uygun bir biçimde “doldurmaya” hizmet etmektedir.<sup>11</sup> AİHM’nin tavrını vurgulayan bu eğilimin yanı sıra, Görgülü kararı, daha ziyade bir önemsizleştirmeye işaret eden pasajlar da içermektedir. Örneğin Federal Anayasa Mahkemesi, temel yasının “Alman Anayasasının son sözünde yer alan özerkliğini” vurgulamaktadır.<sup>12</sup> Bu tavır da, sözü edilen “dikkate alma yükümlülüğü”nün anlaşılması üzerinde etkili olmaktadır: “dikkate almak” kesin bir gözetme ya da uymadan daha az bir şeydir, “konvansiyonun tanımını, mahkemenin yorumu sırasında bilgi dâhiline almak ve uygulamak daha üst düzeyde bir hukuku, özellikle de Anayasa hukukunu çiğnemediği sürece, vaka üzerine uygulamak” anlamına gelmektedir.<sup>13</sup> AİHM’nin Caroline kararıyla ilişkisi, Federal Anayasa Mahkemesi çok kutuplu temel hak ilişkileri denilen ilişkilere, yani sadece iki taraflı devlet-yurttaş ilişkisinin değil, devletin birden fazla temel hak sahibi arasında hukuk pozisyonları kurması gerektiği davalara yönelmesinden sonra kurulmuştur.<sup>14</sup> Federal Anayasa Mahkemesine göre, AİHM’nin kararları “farklılaşmış bir kazuistik yoluyla biçimlendirilmiş ulusal kısmi hak sistemleri”ne ilişkin olabilirler. Alman hukuk sisteminde bu durum, oluşturulan örnek gruplara ve kademeli hukuk sonuçlarına göre çelişkili temel hak pozisyonlarının karşılaştırıldığı, özellikle aile ve yabancılar hukukunda, ayrıca kişiliğin korunması hakkında – Caroline davasına atıf bu noktada yapılmaktadır– ortaya çıkabilir. AİHM’ye göre, ulusal mahkemelerin buradaki görevi, AİHM’nin bir kararını, ulusal hukuk sisteminin ilgili kısmi hak alanına “uyumlandırmak”tır.<sup>15</sup> Bunun için AİHM kararlarının “değerlendirilerek dikkate alınması” gereklidir;<sup>16</sup> böylelikle, gerektiğinde –yani, bir AİHM kararı ulusal kazuistiğe “uyum” sağlamadığında– AİHM’nin değerlendirme kararını, kendi değerlendirmesiyle ikame etmek açıkça merci mahkemelerinin yetkisinde olacaktır.<sup>17</sup>

## 2.

Görgülü kararı, belirtildiği gibi, çocuk hakları bağlamında alınmıştır, dolayısıyla Federal Anayasa Mahkemesi, burada somut bir tavır almak zorunda kalmadan, AİHM’nin Caroline kararının birkaç genel açıklamasına dayanmakla yetinebilmiştir. Bu açıklamalar, ünlü kişilerin fotoğraflarının yayımlanmasına ilişkin yeni tartışmalarla ele alındığında, bu görev merci mahkemelerine düşmüştür.

10 BVerfGE 111, 307 (330).

11 Bkz. M. Breuer, NVwZ (Yeni İdari Hukuk Dergisi) 2005, S. 412.

12 BVerfGE 111, 307 (319).

13 BVerfGE 111, 307 (329).

14 İfade: BVerfGE 111, 307 (324).

15 BVerfGE 111, 307 (327).

16 BVerfGE 111, 307 (328).

17 Bkz. M. Breuer, NVwZ 2005, S. 412 (413 f.). Federal Anayasa Mahkemesinin burada üzerinde durduğu argüman, tarafların hak pozisyonlarının AİHM’deki davada tam olarak resmedilemeyecekleri, çünkü bu davada yalnızca itiraz sahibinin ve ilgili sözleşme tarafının taraf olduğu ve AİHK’nun 36. maddesi, 2. fıkrası uyarınca üçüncü kişilerin katılımının, dava tarafı olarak kurumsal bir hak eşdeğerliği oluşturmadığı, aynı biçimde Anayasa ihlali itirazı davaları için de geçerlidir ve bu yüzden burada ikna edici olmayabilir. Bkz. Breuer, agy., S. 414.

Mahkemeler, ya Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1999 yılında aldığı Caroline kararına, ya da AİHM'nin aynı konudaki 2004 tarihli kararına uymak seçeneğiyle karşı karşıya kalmışlardır. Bu çelişki durumunda, üç farklı tepki gösterilmiştir:

- a) Hamburg Hansa Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin, Prenses Caroline tarafından açılan bir başka dava –anlaşılabilirlik açısından buna “Caroline III” davası adını veriyorum– sonucunda verdiği karar, ilk tepki biçimini temsil eder niteliktedir. Yüksek Eyalet Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin 1999 tarihli kararının ana gerekçelerine bağlı olduğunu açıkladı ve bu yüzden AİHM'nin kararına uymayı reddetti.<sup>18</sup> Burada, Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının, Federal Anayasa'nın 31. maddesi, 1. fıkrası uyarınca, yalnızca davalarda yer alan taraflar arasında bir bağlayıcılık etkisi geliştirmekle kalmayıp, ana gerekçeler çerçevesinde Federal Almanya ve Eyaletler düzeyindeki tüm Anayasal organları ve tüm mahkemeleri ve yetkilileri bağladığını hatırlatmak gerekir.<sup>19</sup> Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin kararı bu haliyle, AİHM'ye uyma yolundaki genel bir isteksizliğin ifadesi değildi, Federal Anayasa'nın 31. maddesi 1. fıkrasından –daha sonra ortaya çıkacağı gibi– doğduğu varsayılan bir bağlayıcılığın tutarlı bir sonucuydu.
- b) Berlin Yüksek Eyalet Mahkemesi de şarkıcı Herbert Grönemeyer'in kız arkadaşının fotoğraflarının yayınlanmasının konu edildiği bir davada, benzer bir ikilem karşısında kalmıştı. Eyalet Mahkemesi söz konusu çelişkiyi, AİHM'nin kararlarının kabul edilmesi için daha uygun olan, başka bir yöntemle çözdü. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 'Görgülü kararı'nda ortaya koyduğu, AİHM kararlarına uyma yükümlülüğüne gönderme yaptı ve buradan, Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1999 tarihli kararının bağlayıcılık etkisinin, Anayasa'nın uluslararası hukuka sıcak yaklaşması açısından gevşetildiği sonucunu çıkardı.<sup>20</sup> Böylelikle Eyalet Mahkemesi, AİHM'nin Caroline kararını dikkate alabildi.
- c) Sözü geçen hukuk çelişmesine yönelik üçüncü tepki biçimi, Caroline III davasında alınan birden fazla kararda bulunmaktadır.<sup>21</sup> Bu tepki biçimi, farklı değerlendirmelere rağmen, Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1999 yılında aldığı Caroline kararı ile AİHM'nin Caroline kararı arasında, AİHM kararının dikkate alınmasının söz konusu olmayacağı nitelikte gerçek bir *çelişkinin* bulunmadığı dolayısıyla Alman hukuk sisteminin, Anayasa Mahkemesinin kararından bağımsız olarak, AİHM kararlarını kabul etmeye açık olduğu, bilgisine dayanmaktadır. Bunu anlayabilmek için, sözü edilen çok kutuplu temel hak ilişkilerindeki temel hak korumasının özelliklerini göz önünde bulundurmamak gerekir. Devlete, birden fazla hak sahibinin birbirleriyle olan temel hak pozisyonlarını dengeleme görevinin düştüğü vakalarda, bunun gerçekleşmesinin çok çeşitli olanakları bulunmaktadır. Bunu Caroline II ve III davaları örneğinde göstereceğiz.

18 Hamburg Eyalet Üst Mahkemesi, GRUR dergisi 2006, S. 523; bu anlamda ayrıca bkz. St. Engels/U. Jürgens; NJW 2007, S. 2517 (2520 vd.); H.-J. Cremer, bugüne kadarki Anayasa hukuku içtihatlarının tutarlı bir sonucu olarak gösteriyor, EuGRZ 2004, S. 683 (697).

19 Bkz.. BVerfGE 1, 14 (37); 96, 375 (404).

20 KG NJW 2005, S. 605; bu anlamda bkz. H.-J. Cremer'in önerisi, EuGRZ 2004, S. 683 (697); ayrıca bkz. Chr. Starck, JZ 2006, S. 76 (80); karşı çıkan örnek: St. Engels/U. Jürgens; NJW 2007, S. 2517 (2520 vd.).

21 Federal Yargıtay Kararı (FYZ) 171, 275; Federal Anayasa Mahkemesi (Birinci Daire), EuGRZ 2008, S. 202 vd.



Bu davalarda Hannover prensesinin genel kişilik hakkı (bkz. madde 2, fıkra 1, Anayasa Madde 1, fıkra 1) basın özgürlüğüyle karşı karşıya kalmıştı. Federal Yargıtay Caroline II davasında, bu iki temel hak pozisyonu arasındaki çatışmayı şöyle çözmüştü: mevcut kararlarla uyum içinde, prenses güncel tarihin mutlak kişisi olarak nitelendirilmişti. Bu tanımdan, güncel tarihin somut bir olayından bağımsız olarak, kendileri hakkında kamunun bilgilendirilmesinin söz konusu olduğu kişiler anlaşılmaktadır.<sup>22</sup> Gerçi güncel tarihin somut kişisi kavramı yasalarda yer almamaktadır, bu kavram daha ziyade Alman Sanat Eseri Sahipleri Yasasının (KUG § 23) bu noktada oldukça belirsiz olan tanımlamalarının, yargı kararlarıyla somutlaştırılmış halidir. Federal Yargıtayın, Caroline II davasında yaptığı yoruma göre, güncel tarihin mutlak kişilerinin resimlerinin yayınlanması, temel haklar açısından uygundur, meğer ki ilgili kişi "mekânsal bir inzivaya" çekilmiş, nesnel olarak belirgin bir biçimde yalnız kalmak istemiş ve inzivaya çekilmişliğine güvenerek, geniş bir kamuoyunun karşısında davranmayacağı gibi davranıyor olsun.<sup>23</sup> Federal Anayasa Mahkemesi "mekânsal inziva" kriterini ilkesel olarak uygun bulmuştur,<sup>24</sup> AİHM ise çekincelerini bildirmiştir. AİHM'ye göre, güncel tarihin mutlak kişisi figürü, bu kişilerin mekânsal inziva dışında her zaman ve sistematik olarak fotoğraflarının çekilmesini ve bunun sonucunda fotoğraflarının kendi iradeleri dikkate alınmadan yayınlanmasını göze almaları sonucunu doğuracaktır.<sup>25</sup> AİHM bunun yerine, resimlerin yayımlanmasının, kamu çıkarına yapılan bir tartışmaya katkıda bulunup bulunmadığı ölçütünü ortaya koymuştur.<sup>26</sup> Burada, mekânsal inzivaya kıyasla "daha yüksek" ya da "daha düşük" düzeyde bir temel haklar koruması sağladığı öne sürülemeyecek bir ölçüt söz konusudur.<sup>27</sup> Temel haklar korumasında Prensese'ten yana bir artış, ilgili basın yayın organlarından yana zorunlu olarak bir azalışa karşılık düşüyor. AİHM'nin koruma konsepti bu yüzden Alman mahkemelerinkine göre "daha iyi" ya da "daha kötü" değildir; sadece "bir başka" konsepttir. Ancak, böylelikle çok kutuplu temel haklar korumasının karakteristik bir özelliği belirtilmiş olmaktadır: burada sözü edilen temel hak pozisyonları arasında düzenli olarak çok kesin sınırlar çizilemez; genelde kural olarak, içinde değişik koruma konseptlerinin mümkün olduğu az ya da çok geniş bir koridor bulunmaktadır.<sup>28</sup> Nihayetinde, sınır alanlarında, koruma konseptinin ilgili temel hak menfaatini yeterince karşılamadığı durumlar ortaya çıkabilir.

---

22 Karş. için FYZ 131, 332 (336).

23 FYZ 131, 332 (339).

24 BVerfGE 101, 361 (394); İtiraz, özel ebeveyn-çocuk ilişkilerinin korunmasının (Anayasa'nın 6. maddesi) Yargıtay tarafından gözetilmediği yolunda gerçekleşmiştir. Agy. S. 386, 396.

25 AİHM (Fn. 2), madde no. 74. A. Ohly, GRUR Int. Dergisi 2004, S. 902 (905)'de öne sürdüğü gibi, AİHM'nin Alman hukukunu, „açıkça görmezden geldiği, doğru görünmüyor. AİHM, Alman hukukunda güncel tarihin mutlak kişilerinin, § 23 fık. 2 KUG (Fikri Mülkiyet Yasası) uyarınca, haklı çıkarlarını savunamayacaklarından söz etmiyorsa da, Yargıtay kararı, Caroline II davasında her halükarda, AİHM'nin kararın 74. bendinde tanımladığı sonuçları pratik olarak ortaya koymuştur.

26 AİHM (Fn. 2), bend. 60, 63.

27 Bu yüzden, AİHM'nin ülke içindeki daha yüksek bir koruma standardının olanaklılığına dokunmayan 53. maddesinden, ele aldığımız sorunsal için bir sonuç çıkartılamaz.

28 Bkz.. M. Ruffert,'deki „Minimal koruma“ düşüncesi. Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 218 vd.; elbette, Federal Anayasa Mahkemesi'nin pratiği çoğu zaman tam zıt yönde de yol almaktadır. Bkz. M. Ruffert, EuGRZ 2007, S. 245 (252 f.) başka kanıtlarla.

İmdi, Federal Anayasa Mahkemesinin, mekânsal inziva kıstasının ilkesel olarak anayasaya uygun olduğunu kabul etmiş olması, anayasa hukukuna göre bu konseptin aynı zamanda *buyrulduğu* anlamına gelmez.<sup>29</sup> Federal Yargıtayın ve Federal Anayasa Mahkemesinin Caroline III davasında sundukları çözüm de budur: Federal Yargıtay, her halükârda bu davada güncel tarihin mutlak kişisi figürü kavramını bırakıp,<sup>30</sup> AİHM'nin kararından da etkilenecek, tek tek vakalara yönelik bir düşünüş tarzını<sup>31</sup> benimsemiştir. Federal Anayasa Mahkemesi, 26 Şubat 2008 tarihli son kararında bu konuda şunları söylemiştir: "Federal Anayasa Mahkemesinin 15. Aralık 1999 tarihli ilkesel kararında [...] o tarihte uygulanan koruma konseptinin sadece Anayasa hukuku sınırlarını koruyup korumadığını sınımış, mahkeme değişmiş olan koruma konsepti açısından da Federal Yargıtayın anayasa hukukuna ilişkin yönergelerin Federal Yargıtay tarafından çiğnenip çiğnenmediğinin sınanmasıyla sınırlı kalmıştır. Federal Yargıtayın uyguladığı kıstaslara, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından itiraz edilmemiş olması, bunların Anayasa hukuku ölçütlerine uymaları anlamına gelmektedir; ancak bu durum değiştirilmiş bir koruma konseptinin de anayasa hukukunun gerekliliklerine uygun düşebileceği anlamına gelmez".<sup>32</sup> Federal Yargıtayın kararı, bu gerekçelendirmeyle itiraz edilen tek bir görüntü dışında korunmuştur, burada Federal Anayasa Mahkemesi bir ölçüde AİHM'nin ilgili kararıyla tartışmıştır, böyle bir durum şimdiye kadar çok az sayıdaki vakada gerçekleşmiştir.<sup>33</sup>

### 3.

Buradan, AİHM kararlarının Alman yargısına etkisi hakkında ne gibi sonuçlar çıkartılabilir? Alman mahkemeleri şimdiye kadar, AİHM'nin Caroline kararını kabul etmek için büyük bir isteklilik göstermişlerdir. Bunun gerçekleşmediği durumlarda, örneğin Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi örneğinde, genel bir isteksizlik değil, Federal Anayasanın 31. maddesinin 1. fıkrasının bağlayıcılık etkisinin geçerli olduğu sınırların tanınmaması söz konusu olmuştur. Caroline II ve III davalarından edinilen deneyimlerden, benim kanaatimce, çok kutuplu temel hak ilişkilerinin –Görgülü kararından aslında beklenebileceğinden farklı olarak– özellikle AİHM kararının kabul edilmesi için uygun oldukları<sup>34</sup> sonucu doğmaktadır, çünkü burada *düzenli olarak* farklı koruma konseptlerinden yararlanılabilmektedir. Böylelikle, Alman hukuk sisteminin, AİHM karşısında büyük ölçüde kabul etmeye hazır olduğu görülmüştür.

Diğer yandan, her türlü uyumlulaştırma eğiliminden bağımsız olarak, Federal Anayasa Mahkemesi'nin Caroline III davasındaki kararının, farklılıkları da belirgin kıldığını görmezden gelmemek gerekir. Federal Anayasa Mahkemesi, kamuoyu oluşturma bağlamında "salt eğlencenin" de baştan dışlanamayacağını AİHM'den daha güçlü bir biçimde vurgulamak-

29 H. Gersdorf, tarafından zaten kabul edilmiştir, AfP 2005, S. 221 (226), ancak Gersdorf burada, „çok az serbestlik alanının görüldüğü“nden yola çıkmaktadır.

30 N. Klass, da aynı düşünüyor. AfP 2007, S. 517 (522 f.); Chr. Teichmann, NJW 2007, S. 1917.

31 Bir anlamda, bu AİHM'nin Caroline kararıyla çelişkilidir, çünkü AİHM, mekânsal inziva kıstasını da fazla belirsiz bulmuştur. Bkz. AİHM kararı. EGMR (1), bend. 75.

32 FAM EuGRZ 2008, S. 202 (211). Görgülü kararından sorumlu olan ikinci dairenin değil de birinci dairenin itirazına neden olmasının, Bu kararda ne ölçüde bir rol oynadığı, kesin olarak açıklanamaz.

33 FAM EuGRZ 2008, S. 202 (213 f.).

34 Daha önce şurada yer almıştı: H.-J. Cremer, EuGRZ 2004, S. 683 (697).

tadır.<sup>35</sup> Böyle bir yöntem, benim gözümde –söz konusu davalarda gerçekleştiği gibi– her bir başka mahkemenin kararıyla tartışma sırasında gerçekleşiyor ve böylelikle iki merci arasında bir diyalog oluşabiliyorsa, meşrudur.<sup>36</sup> Elbette bunun önkoşulu, AİHM tarafının da, kendi karar gerekçelerinin, Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarında argümantasyona dayalı olarak tartışılmasını kabul etmesidir; bunun gerçekleşmemiş olması, AİHM'nin Caroline kararının büyük ihmallerinden biri olarak kabul edilebilir.<sup>37</sup>

## II.

Böylelikle, kalan zamanımda yargı erki alanından çıkıp, Alman yasamasının, AİHM kararlarına hangi tarzda tepki verdiği sorusuna yönelmek istiyorum. Bu konuda Sürmeli davasını örnek olarak ele alacağım; bu davada Alman hukuk sisteminin, mahkeme sürecinin aşırı uzun sürmesine karşı yeterince etkili müracaat yolları bulundurup bulundurmadiğı sorusu söz konusuydu. AİHM söz konusu değişik müracaat yollarını yoğun bir biçimde sınıyarak bu soruya olumsuz yanıt vermişti,<sup>38</sup> içtihatları bilenler için bu yanıt sürpriz olmamıştır.<sup>39</sup>

AİHK'nun 46. maddesi 1. fıkrası uyarınca, Almanya, karara uymakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, öncelikle tüm Alman devletini bağlamaktadır. AİHK açısından, yasa koyucunun mutlaka faaliyette bulunması gerekmemektedir. İlkesel olarak, Sürmeli kararının gerekliliklerini karşılayabilmek için yasama erkinin hukukun geliştirilmesi yolunda olağanüstü müracaat yolları yaratması da mümkündür.<sup>40</sup> Önümüzdeki vakada bu yolun tavsiyeye değer olmadığı görülmektedir. Çünkü bir yandan yeterince bütünlüklü bir içtihatın yerleşmesi için deneyimlere göre, uzun bir zaman dilimi gerekmektedir.<sup>41</sup> Diğer yandan, olağanüstü, yani yasalarda öngörülmemiş müracaat yollarının kabul edilmesine karşı önemli anayasa hukuksal kaygılar vardır.<sup>42</sup> Buradan yola çıkarak, yasa koyucunun AİHM'nin kararına, aşırı uzun mahkeme sürecine karşı yeni, etkili bir müracaat yolu yaratarak tepki verme görevi olduğu sonucuna varılabilir.<sup>43,44</sup>

35 FAM EuGRZ 2008, S. 202 (209).

36 Bu anlamda daha önce: Chr. Starck, JZ 2006, S. 76 (80); ayrıca bkz. W. Hoffmann-Riem, EuGRZ 2006, S. 492 (497).

37 Bu bakımdan isabetli bir eleştiri: Chr. Grabenwarter, AfP 2004, S. 309 (313); aynı yazarın: FS Tomuschat, 2006, içinde, S. 193 (202 f.); A. Ohly, GRUR Int. Dergisi 2004, S. 902 (911); M. Scheyli, EuGRZ 2004, S. 628 (633 f.).

38 EGMR (GK), Sürmeli ./ Almanya, 08.06.2006, tarihli karar No. 75529/01 = EuGRZ 2007, 255.

39 Bu durum özellikle, Alman hukuk sistemiyle büyük ölçüde kıyaslanabilir olan AİHM vakasından kaynaklanmıştır (4. Daire), Horvat ./ Hırvatistan, 26.07.2001 tarihli karar, No. 51585/99, ECHR 2001-VIII.

40 A.A. BSG SozR (Federal Sosyal Mahkemeler Sosyal Yasası) 4-1500 § 160a no. 17. Burada Sürmeli kararının yanlış bir yorumlanması söz konusudur: AİHM, kararında, olağanüstü makamın işini savsaklaması şikayetinin bu davada etkili bir müracaat yolu olarak görülemeyeceği sonucuna varmaktadır.

41 Bkz. G. Rixe, FamRZ (Aile Hukuku Dergisi) 2007, S. 1453 (1456).

42 Bkz. BVerfGE 107, 395 (416 vd.); şimdi Federal Maliye Mahkemesi'nin Federal Yüksek Mahkemeler Ortak Senatosu'nda-ki, mahkeme masrafları yardımı talebi hakkındaki bir karara karşı bir karşı düşüncenin hâlâ geçerliliğini koruyup korumadığı sorusuna ilişkin yasa tasarısı. 26.9.2007 tarihli karar, Az. GmS-OGB (Üst Mahkemeler Senatosu) 3/07; ayrıca bkz. R. Rüsken, NJW 2008, S. 481 vd.; R. Zuck, ZRP 2008, S. 44 vd.

43 Aynı şekilde G. Rixe, FamRZ 2007, S. 1453 (1456); ayrıca bkz. D. Jakob, ZP 119 (2006), S. 303 (329 vd.).

44 Tazminat olanağı (Medeni hukuk, karş. için § 839 Fıkra. 1, Fıkra. 2 Satır 2; Anayasa Mad. 34 Satır 1) konvansiyon hukukundaki hükümleri karşılamaktadır, bkz.. Sürmeli kararı (Fn. 38), madde no. 113 vd., özellikle burada sadece maddi zararlar karşılandığı için. (BGB (Medeni Kanun) § 253 Mad. 2 e contrario).

Sürmeli davasının dikkat çekici yönü, burada Alman yasa koyucunun, Strazburg'ta verilen bir karara, temelde ilk kez, büyük ölçüde bir yasa değişikliğiyle –yani şimdye kadar Alman hukuk sisteminde bu biçimiyle bilinmeyen yeni bir müracaat yolunu ortaya koyarak– tepki vermek zorunda kalmış olmasıdır.<sup>45</sup> Diğer davalarda ya idari türden önlemler yeterli oluyorlardı ya da örneğin daha sonraki yargılamalarda da tercüman masraflarının sanık tarafından ödenmemesi gerektiği düzenlemesi gibi, daha küçük yasa değişiklikleri gerekiyordu.<sup>46</sup> Kısmen, Strazburg'a müracaat edilmesinden sonra yasa değişiklikleri yapıldığı olmuştur, bu yüzden gerçekten AİHM kararına uyulması anlamında bir yasa değişikliğinden söz edilemez.<sup>47</sup> Elbette, beraberinde yasaların değiştirilmesini getirmiş olan Pakelli davasını<sup>48</sup> da anmak gerekir; söz konusu değişiklik ilkin sadece ceza yargılamasında<sup>49</sup> gerçekleşmiş, 2006 yılı sonundan beri de öteki tüm dava mertebelerinde yapılmıştır.<sup>50</sup> Ancak, burada da bir AİHM kararına asıl anlamda “uyulması”nın söz konusu olmadığını bilmek gerekir: çünkü AİHK, konvansiyona üye ülkelerden bilindiği gibi, ulusal yargıların kesin hükmünün çiğnenmesini istememektedir.<sup>51</sup> Daha ziyade, AİHM'nin 41. maddesindeki tazminat düzenlemesi, konvansiyonun ihlallerinin ülke içindeki hukukta tam olarak bertaraf edilemediği durumların varlığını caiz bir önkoşul olarak gerektirmektedir.

Muhtemelen, bu olgu, Strazburg'da alınan bir karara uyularak yapılan ilk büyük yasal değişiklik, Alman yasa koyucusunun yargıyı yorumlamakta zorlanmamasının bir nedenidir. Gerçi ilkin, muhtemel yasa değişikliği büyük sorunlar çıkarmayacakmış gibi görünüyordu. Sürmeli davasının Strazburg'taki sözlü duruşmasından daha kısa bir süre önce, Federal Alman hükümeti, Avusturya'da yapılan benzer bir düzenlemeye<sup>52</sup> dayanarak uzmanların hazırladığı bir

---

45 “General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights”, H/Exec (2006)1. AİHM'nin kararlarına tepki olarak yasa koyucu etkinliklere genel bir bakış sunuyor.

46 Bir ilk yargılama AİHM davasında (Kammer), Luedicke, Belkacem und Koç ./. Almanya davasında gerçekleşti, , 28.11.1978, tarihli karar, Ser. A no. 29 = EuGRZ 1979, S. 34. AİHM davasındaki ikinci yargılamada (Plenum), Öztürk ./. Almanya, 21.02.1984 tarihli karar, No. 9/1982/55/84, Ser. A no. 73 = EuGRZ 1985, 62 sözü edilen yasa değişikliğine gidildi(Tarım ve Ormanlık İşletmelerindeki intikallerde ve maliyet hukukundaki diğer değişikliklerde işletme değerinin düzenlenmesi yasası, çıkarılış tarihi 15.06.1989 [BGBl. I S. 1082]), buradaki yasa malzemelerinde AİHM'nin Öztürk-yargısına açıkça göndermede bulunulmaktadır. Bkz. BT-Drucks. 11/4394, S. 11.

47 Bkz. AİHM (GK), Elsholz ./. Almanya, 13.07.2000 tarihli karar, No. 25735/94, ECHR 2000-VIII = EuGRZ 2001, 595; Yasa değişikliği: 16.12.1997 tarihli çocukluk hakkı reformu yasası, (BGBl. I S. 2943); AİHM (1. Bölüm), Garcia Alva ./. Almanya, 13.02.2001 tarihli karar, No. 23541/94 = NJW 2002, 2018; 02.08.2000 tarihli yasa değişikliği, 1999 ceza davası yasası (BGBl. I S. 1253).

48 AİHM (Kammer), Pakelli ./. Almanya, 25.04.1983 tarihli karar No. 2/1982/48/77, Ser. A no. 64 = EuGRZ 1983, 344.

49 Alman Ceza Kanunu § 359 No. 6 StPO 09.07.1998 tarihli yasanın i.d.F. BGBl. I S. 1802. Değişik kanun şikayet sahibi, ceza davasına yeniden bakılmasını istediğinde, ancak bunu gerçekleştirmek o zamanki hukuka göre mümkün olmadığında, dolaylı olarak– AİHM kararıyla çıkartılmıştı. Bkz. FAM. NJW 1986, S. 1425. Yasanın gerekçelendirilişinde Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararına, açıkça gönderme yapılmaktadır. Bkz. BT-Drucks. 13/3594, S. 5.

50 ZPO (Madeni Usul Hukuku) § 580 No. 8 22.12.2006 tarihli yasanın devamında. BGBl. I S. 3416; diğer usul düzenlemeleri bu kurala göndermede bulunuyor.

51 Bkz. AİHM (4. bölüm), Lyons v.d./ İngiltere, 08.07.2003 tarihli karar, No. 15227/03, ECHR 2003-IX = EuGRZ 2004, S. 777; bu konuda bkz. M. Breuer, EuGRZ 2004, S. 782 cd.

52 § 91a GOG; bu konuda daha ayrıntılı olarak N. A. Schoibl, ZJP 118 (2005), S. 205 vd.

taslak sunmuştu<sup>53</sup> AİHM, kararında, kararın yorumlanması için somut önlemlerin alınmasından kaçınılmıştı, çünkü sunulan taslağın yasa koyucu tarafından kısa süre içinde yasa olarak çıkartılacağına güveniyordu.<sup>54</sup> Federal Alman hükümeti de daha 2006 Ekim ayında, yasa taslağının kısa sürede resmi olarak sunulacağını varsayıyordu.<sup>55</sup> Aradaki zaman diliminde, önerilen düzenleme, hukuk politikasına ilişkin önemli direnişlerle karşılaştı; bu direnişler sonucunda Federal Alman hükümeti 2007 sonunda, meclisteki bir soru önermesine verdiği yanıtta kendisinin sunduğu yasa taslağına karşı açıkça mesafeli bir tutum aldı.<sup>56</sup> Bunun yerine, Avrupa Meclisi'nin bakanlar komitesi karşısında, Federal Adalet Bakanlığının, şu sıralar, Ekim 2007 yılında yapılan bir sempozyumda edinilen bilgiler temelinde yeni bir yasa taslağı hazırladığı dile getirildi.<sup>57</sup>

Alman yasa koyucusunun, Sürmeli kararına uymak için gereken adımları eninde sonunda atacağından hiç kuşku duymasam da, kararın verilmesinden bugüne kadar geçen yaklaşık iki yıl içinde, parlamentonun soruna henüz bir yanıt bulamamış olduğu olgusu, tatmin edici değildir.<sup>58</sup> Elbette, Alman yasa koyucularının genel olarak işbirliğine karşı isteksiz olduklarını söylemek yanlış olur: AİHM'nin kararlarının bundan böyle tüm dava düzenlemelerinde, davayı yeniden ele alma nedeni olarak kabul edilmiş olmaları gerçeği, burada durumun açıkça farklı olduğunu göstermektedir. Kanaatimce, Sürmeli davası, Alman yasa koyucusunun, Strazburg'ta alınan bir kararı –bu örnekte sadece Federal Anayasa Mahkemesi'nin Görgülü kararındaki bir ifadeyi kullanıyorum– Alman hukuk sistemine “uyumlandırmakta” zorluk çektiğine dair bir örnek oluşturuyor.

### III.

Böylece konuşmanın sonuna gelmiş oluyorum. Alman yargı erkinin hukuk politikası açısından son derece tartışmalı bir alanda, yani kişilik haklarının korunması ve basın özgürlüğünün sınırlandırılması alanında, AİHM kararını Alman hukuk sistemine entegre etmeyi başardığını gördük. Bununla birlikte, Alman yasa koyucu, Sürmeli davasında daha zorlanmaktadır, ancak işbirliğine yönelik genel bir isteksizliğin işaretleri de bulunmamaktadır. Böylelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarının Federal Alman hukuk sistemi üzerindeki etkisi, –tekil örneklerde karşılaşılan tüm zorluklardan bağımsız olarak– genel olarak şu cümleyle ifade edilebilir: Almanya'daki kulaklar Strazburg'ta söylenen sözü dinlemeye açıktır.

---

53 Yürüyen bir yargı işlemi sırasında hukukun çiğnenmesi durumunda müracaat yolu üzerine yasa. (makamın işini savsaklamasını şikayet yasası), basılı olarak: J. Stabel, Der Anspruch auf angemessene Dauer eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, 2006, S. 219 vd.

54 AİHM (bkz. 38), bend. 139; AİHM'nin ancak 2004 yılından beri uygulanan somut müracaat önlemleri talimatı için daha ayrıntılı olarak bkz. M. Breuer, EuGRZ 2004, S. 257 vd.; aynı yazarın, EuGRZ 2004, S. 445 vd. ayrıca yakın zamanda aynı yazarın, EuGRZ 2008, S. 121 vd.

55 BT-Drucks. 16/2957, S. 2.

56 BT-Drucks. 16/7655 28.12.2007, S. 4.

57 CM/Del/OJ/DH(2008)1020section4.2publicE, 8.4.2008.

58 Her şeyden önce, Federal Adalet Bakanlığı'nın daha 2002 Mayıs ayında düzenleme gerekliliğine işaret ettiği dikkate alındığında. Karş. için bkz. V. Vorwerk, JZ 2004, S. 553 (554).

# ANAYASA TASLAĞINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER KONUSUNDA YETERLİ BİR STANDARDA ULAŞILMASI SORUNU

**İbrahim Ö. KABOĞLU**

Geleceğe yönelik bir belge olarak anayasayı hazırlarken, bugün ve düne ilişkin gerçekçi tahlil ve değerlendirmede bulunmak, önem taşır. Şu halde, konuya dünden başlanılabılır.

## - I -

Yakın geçmişteki anayasal-siyasal gelişmelerde, şu üç özellik saptanabilir:

- 1) **Süreklilik**, çünkü Cumhuriyet'in başından beri bazı ortak kavram ve değerlerden vazgeçilmediği anlaşılır. Yurttaşlık ve laiklik, bunların başında gelir.
- 2) **Kırılma** ise, darbeler sonucu anayasal ve demokratik rejimin askıya alınmasını ifade eder. Bu aynı zamanda, egemenliğin kaynağı ve kullanılışındaki kopmalardır.
- 3) **Süreklilikte kırılma** ise, aslında darbelerle ya da anayasa-dışı müdahalelerle askıya alınmadığı halde, algılanış ve uygulamada kırılmayı ifade eden kurum ve kavramlardır. Örneğin laiklik, hukuksal ve biçimsel anlamda süreklilik taşısa da, aynı zamanda sürekli kırılmayı ifade eden bir kavramdır. Yurttaşlık ise, anayasal ve siyasal bir kavram olduğu halde, zaman zaman etnik aidiyet ile özdeş olarak algılandığından, o da süreklilikte kırılmayı anlatır. Hatta, cumhuriyeti de aynı bağlamda düşünebiliriz. Çünkü, askeri darbelerle kesintiye uğratıldığı halde, cumhuriyetin sürekliliği vurgulanır. Öte yandan, olağan dönemlerde bile Yani, tehlikede olduğu söylemi öne çıkarılarak, cumhuriyetin sürekliliğinden kuşku ve endişe duyulur. Bu nedenle, cumhuriyet de süreklilikte kırılma çerçevesinde değerlendirilebilir.

## - II -

Bugünün görünümüne gelince; yine 3 deyimle özetlenebilir:

1. **Parçalanma**: Parçalanma, Türkiye'nin toplumsal görünümünü ifade eder. Büyük ayrışma, muhafazakarlar ve milliyetçiler arasında ortaya çıkmaktadır. Muhafazakarlar, AKP etrafında toplanan büyük grubu ifade etmekte; MHP-CHP çizgisi ise, ulusalcı-milliyetçi ve zaman zaman ırkçı eksene kaymaktadır. Bu ayrışmada demokratların, insan hakları savunucularının ve toplumu bu yönde dönüştürmeye çaba gösteren sol kesimin yeri ve etkinliği belli değildir.

2. **Fetişizm:** Fetişizm ise, bir yandan iktidarın kutsanma noktasına kadar ycltilmesi, bir tür iktidar tapınması; öte yandan toplumsal sorunların nedeninin ve çözümünün Anayasa'da aranması söz konusu. Ancak, aslolan iktidar fetişizmi olduğu için, anayasal fetişizm, kısmen de olsa iktidarı meşrulaştırma aracı olarak kullanılır.
3. **Anayasayı araçsallaştırma:** Anayasa iktidarın sınırı olduğu halde, siyasal iktidar tam tersine kendi icraatını meşru kılmak için, anayasayı adeta arasallaştırmış bulunuyor. 1982 Anayasası'nda son iki yıl içinde yapılan kısmi değişiklikler de, bunun kanıtıdır.

Betimlenen bu ortamın konumuz açısından anlatımı, hak ve özgürlüklerden kaçıştır. Bu, günümüz Türkiye'sinin tablosudur.

Nasıl? "*İktidarın olduğu yerde, insan hakları sorunu da vardır*" Şeklindeki Japon deyişi, Türkiye bağlamına "*her yerde insan hakları sorunu vardır*" deyişiyle aktarılabilir. Devlet-birey ilişkisinde, birey-birey ilişkisinde, birey-grup ve birey-evre ilişkisinde... Çünkü iktidar, her yerde hazır ve nazırdır.

"Korku toplumu", böyle bir ortamda filizlenmektedir. Farklı olandan, farklı düşüncelerden, kısacası farklılıklardan korkan bir toplum... Farklılıkları ortadan kaldırmaya çalışan bir toplum... Toplumsal eşişsizlikleri ve gelir dağılımındaki büyük dengesizlikleri değil, "*eşitlilik içerisinde birlik*" retmekten kaçan bir toplum...

Hak ve özgürlükleri algılama tarzında tanık olunan sorunla, böyle bir toplum arasında doğrudan bir ilişki yok mu? Örneğin, şu sorulabilir: İnsan hakları için örtülü bir tehdit olarak kabul ettiğimiz "3 D" (dikkat, dinleme, duyarlılık) eksiği, böyle bir toplumun sonucu mu, yoksa yaratıcısı mı?

### - III -

Yeni bir anayasa için, öncelikle *nerede, ne zaman ve hangi toplumda* sorularına yanıt aranması gerekiyor. İşte bu çerçevede, yeniler sorunsalı irdelenmelidir. Çünkü, bir anayasa, ancak yeni *ilkeler, yeni kurumlar ve yeni denge mekanizmaları* ngrebildiği ölçüde "yeni" sıfatını hak eder. Bu açıdan maddi anayasaya bakabiliriz.

#### Sorun 1: Nasıl bir hak ve özgürlükler düzenlemesi?

Öncelikle, insan hakları anlayışı açıklığa kavuşturulmalı. Eşişlik ve özgürlük denkleminde "insan onuru"nu temel alan bir insan hakları anlayışı kalkış noktası olarak alınabilir.

#### Sorun 2: Nasıl bir iktidar yapılanması?

"Devleti nasıl örgütlemeli" sorusunu, 3 boyutlu olarak düşünmeliyiz: Devlet-toplum ilişkisi, devlet içi yapılanma ve merkez-evre ilişkisi (merkeziyet-yerelleşme).

#### Sorun 3: Yeni anayasanın sacayağı nasıl kurulmalıdır?

Yani, devlet-toplum ögeleri yanında, ülke ne ölçüde anayasalaşacak? Bu l, nasıl somutlaşacak?

## - IV -

Şimdi sıra, insan haklarını *tanıma*, *düzenleme* ve *güvenceleme* sorununa gelmiş bulunuyor. Çok kısa olarak, insan hakları gelişmecî özelliği ışığında tanınmalıdır. Düzenleme ise, sınırlar ve güvenceler dengesini yansıtmalıdır.

Sınırlama ilkesini, elden geldiğince hukuken somutlaştırılmaya elverişli, az sayıda ve zorunlu nedenler temelinde (örneğin, kamu düzeninde odaklaşma ereğinde) formüle etmek gerekir. Bu çerçevede, özgürlüğün konusuna ve öznelerine, kullanım mekan ve zamanına göre özgülleştirici ya da farklılaştırıcı bir yaklaşım, çağdaş insan hakları anlayışının bir gereğidir.

Güvence rejimi, *kriterler*, *kurumlar* ve *başvuru* yolları olmak üzere üç düzlemde oluşturulabilir. Bu konuda, geleceğe yönelik standartları oluştururken, mevcut olan ve olması gereken uygulamaya konmasının göz önüne alınmasını gerekli kılmaktadır.

1) **Kriterler**, bunun tipik örneğini oluşturur. 1982 Anayasası'nda 2001'de yapılan değişiklik sırasında, md. 13'ün yeniden yazılmasıyla, oldukça ileri güvence ölçütleri bir araya getirildi: hakkın özü, demokratik toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük. Fakat bunların uygulamaya konulmasında başarılı olunamadı:

- *Yasama organı*, md. 13'ün gereklerini yerine getirme ereğinde yasama, çalışmalarını tamamlamadı: Sendikalar Kanunu, Siyasal Partiler Kanunu, Seçim Kanunu, örnek gösterilebilir.
- *Yargı organları*, yasaları md. 13 ışığında yorumlamadı. Özellikle düşünce özgürlüğü üzerinde tehdit oluşturan TCK md. 216 ve 301, örnek gösterilebilir.
- *Yürütme organları* (Hükümet ve İdare) ise, uygulamada md. 13'e tamamen aykırı eylem ve işlemler sergiledi: 1 Mayıs 2008 İstanbul meydan muharebesinde olduğu gibi. Yürütme bununla da yetinmedi, md. 13'teki kriterlerin işlevsel kılınmasında yasamaya, yargıya ve yürütmenin kendisine yardımcı olabilecek insan hakları birimlerini, kendi eliyle darmadağın etti: İHDK örneğinde olduğu gibi.

2) **Başvuru yolları**: Yeni Anayasa'da başvuru yollarını çeşitlendirici ve etkili kılıcı açılım ve normlara yer verilmelidir. Örneğin, AYM'ye bireylerin doğrudan başvurabilmesi.

3) **Kurumlar**: Yapılan başvuruların etkiliği ve güvence örgütlerinin özgürlükler lehine yorumu, kurumların yeniden yapılandırılmasını da gerekli kılmaktadır. Başta yasamanın, yürütmenin ve yargının yeniden yapılandırılmasının yanı sıra, insan haklarını koruyucu ve ilerletici uzman-özerk birimlere de yer verilmelidir.

Ne var ki, yeni kurumların yaratılması kadar, o kurumlarda görev alacak kişilerin iradesi ve inancı da önem taşıdığından, yeni anayasada hak ve özgürlükler standardı üzerinde düşünürken, aslında yeni *anayasayı hazırlama yöntemini* öne almak yerinde olur. Çünkü, yeni anayasa vesilesiyle oluşturulacak bir demokratik tartışma ortamı ancak, ortaya hak ve özgürlük bilincinin yaratılmasına katkıda bulunabilir. Örneğin, süreklilikte kırılma çerçevesinde belirttiğimiz yurttaşlık ve laiklik kavramlarını derinleştirmek için, bunlar hak ve özgürlükler düzeninde



eksen alınır, hem etnik açıdan, hem de dinsel açıdan tanık olunan kırılmaları aşma yönünde formüller ve ilkeler geliştirilebilir. Başka bir söyleyişle, parçalanmış toplum, elden geldiğince herkesi kucaklayıcı evrensel ilkelere dayanan bir anayasanın yaratılabilmesi ölçüsünde bu belge, "ortak kimlik" özelliğine kavuşur.

Bunun için, neden J. Habermas'ın geliştirdiği "anayasal yurtseverlik" kavramına başvurmalıyız? Hele böyle bir toplantı, Habermas yurttaşları olarak Alman dostlarımızla işbirliği çerçevesinde düzenlenmişse, o durumda anayasal yurtseverliği bir açılım olarak kullanmamızda özgül neden var demektir.

# YÜKSEK YARGIDA İNSAN ONURU İLKESİ - ALMANYA'DAKİ HUKUKİ DURUM

**Jutta LIMBACH**

“İnsan onurunun dokunulmazlığı vardır. İnsan onurunu gözetmek ve onu korumak, her türlü devlet gücünün yükümlülüğüdür” Alman anayasasının birinci maddesinin birinci fıkrası, insan onurunun korunmasına ilişkin bu açıklamayla, anayasanın sonraki maddelerinde teminat altına alınan temel hakların nasıl yorumlanması gerektiğini belirlemektedir. Alman anayasasındaki, insan onurunun dokunulmazlığına ilişkin açıklama daha önceki Nazi rejiminden kopuşu simgelemektedir. Bir sonraki, kişiliğin özgürce geliştirilmesine ilişkin hak gibi, bu hak da 1933-1945 yılları arasında süren dehşet egemenliğine ve bu dönemde hukukun yozlaştırılmasına verilmiş bir yanıttır.

İnsan onuru ilkesinin, Alman anayasasının en başında yer alması sadece sistematik bir nedenden kaynaklanmıyor. Bu ilke, –Anayasa mahkemesine göre– maddi olarak da, anayasanın değerler düzenindeki en üst değere işaret ediyor.<sup>1</sup> Bu özel konum, Anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasındaki “Ebedîlik garantisi” temelinde, insan onuru ilkesinin, her türlü anayasa değişikliğinden muaf tutulmuş olmasıyla da dile geliyor. Federal meclisteki nitelikli bir çoğunluk bile bu maddeyi kaldıramaz ya da sınırlayamaz. Aynı zamanda 1. maddenin 1. fıkrası, her kadın ve erkek yurttaş tarafından hukuksal olarak geçerli kılınabilecek öznel bir hakkı da içeriyor.<sup>2</sup>

Peki, insan onuru ilkesi somut olarak neyi içermektedir? İnsan onuru deyince neyi anlamamız gerekir? Bu kavramı, “salt anayasal bakış” yöntemleriyle anlamamız zor olacaktır. Anayasanın kendisi bu ilkeyi önkoşul olarak koyar ve onu hukuk sınırlarının ötesine, felsefe alanına atıfta bulunur.<sup>3</sup> İnsan onurunun, insanın insan olması temelinde sahip olduğu en üst saygı ve değer hakkını dile getirdiği konusunda bir görüş birliği sağlanabilir. Burada insanın kendi başına özünün, doğasının korunması ve gözetilmesi söz konusudur. İnsanı, insanın özünü ya da doğasını neyin oluşturduğu sorusu ise, hukuk öncesi alana işaret etmektedir.<sup>4</sup>

1 Bkz. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 109m279 (311) no'lu kararı ve Jarrass/Pieroth, Anayasa'ya ilişkin yorum, 8. basım 2006, 1. madde, notlar 1.

2 Genel görüş bu yönde, karşılaştırma için bkz. Jarras/Pieroth, adli dosya no. 3. w. N, farklı bir görüş için, önemli argümanlarla örneğin Brugger, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, Baden-Baden 1997, s. 17 vd.

3 Bkz. Felix Ekardt/Daniel Kornack, Embryonendebatte auf verfassungsrechtlichen Abwegen? Krit V, içinde, 2006, s. 349 vd.

4 Bkz. Yüksek Mahkeme başsavcısı *Stix-Hackl*'ın C-36/02 –OMEGA, EuGRZ davasındaki sonuç önerileri, 2004, 229, Adli no. 76.

Kant'ın Ahlak Metafiziği bir çözüm yolu oluşturuyor: Kant'a göre insan kendi kendinin amacıdır ve yabancı bir amaca araç kılınamaz.<sup>5</sup> Buna benzer bir biçimde Federal Anayasa Mahkemesi de, insan onuru ilkesinin, insanı devlet önlemlerinin salt bir nesnesi haline getirmesini yasakladığını saptıyor. İnsana, özne olma niteliğini ilkesel olarak tartışmalı hale sokacak şekilde muamele edilemez. Federal Anayasa Mahkemesi, bunun somut örneklerde ne anlama geldiğini, elli yılı aşan mevcudiyetinde çok sayıda sorunun temelinde ortaya koymuştur. Birkaç örnek verecek olursam:

1960'lı yılların başında Bavyera Eyalet İstatistik Kurumu, "Mikrozensus"\* tabir edilen temsili bir nüfus sayımı yaptı. Sayım sırasında sorulan toplam altmış soruda, yalnızca hanede yaşayan kişilerin sayısı, isimleri ve iş hayatına katılma durumları hakkında değil, tatil davranışları hakkında da bilgi isteniyordu. Medeniyet sahibi bir kadın yurttaş, devletin bu merakını fazla buldu ve soruları yanıtlamayı reddetti. Bunun üzerinde Eyalet İstatistik Kurumu kadının evine 100 Markın üzerinde tutan bir ceza pusulası gönderdi. Kadın cezayı ödemeyi reddetti ve mahkemeye başvurdu. Dava dosyası sonunda Federal Anayasa Mahkemesi'ne geldi. Anayasa mahkemesi, insan onuru ilkesinin, Anayasa'nın tüm hükümlerini belirleyen en üst değer olduğunu açıkladı. Mahkeme kararında devamla şunlar söyleniyordu:

"Devlet ne herhangi bir önlemlerle, ne de herhangi bir yasayla, insan onurunu zedeleyemez (...). Böylelikle anayasa, yurttaşlara özel hayatlarını şekillendirmeleri için, kamu gücünün etkisinden muaf olan, dokunulmaz bir alanı güvence altına alır (...). Devletin insanı bütün kişiliğiyle kaydetme ve kataloglama hakkını zor yoluyla kullanması (...) ve böylelikle ona her bakımdan mevcudu sayılabilecek bir eşya gibi muamele etmesi (...) insan onuruyla bağdaşmaz."

Ancak somut vakada Federal Anayasa Mahkemesi, "mikrozensus"u bireyin mahrem alanına müdahale olarak kabul etmemiştir. Her insan, toplulukla ilişkili ve topluluğa bağlı bir yurttaş olarak, kendisi hakkında belirli bir kapsamda istatistik anketler yapılmasını, devlet eyleminin önkoşulu olarak kabul etmek zorundadır.

Federal Anayasa Mahkemesi, "Büyük dinleme müdahalesi"<sup>6</sup> denilen olay hakkındaki verdiği kararlar da, devletin merakının anayasa hukukundaki sınırları ile ilgilenmek durumunda kalmıştır. Burada söz konusu olan yasa, örgütlü suçla mücadeleyi iyileştirmek için, ceza kovuşturması amacıyla, meskenlerin kapsamlı bir şekilde işitsel denetimini öngörüyordu. Anayasa mahkemesi burada söz konusu olan konutun dokunulmazlığı hakkı ile (Federal Anayasa'nın 13. Maddesi), insan onuru arasında yakın bir bağ gördü. Buna göre, bireye, kişisel alanı gereği dış çevrenin giremeyeceği, rahat bırakılacağı ve yalnızlık hakkını kullanacağı bir "iç mekân" bırakılmalıdır.

Mahrem iletişim, yurttaşların güvenebilecekleri mekânsal bir korumayı gerektiriyordu. Bireyin "rahat bırakılma" hakkı, tam da onun özel mekânlarında güvence altına alınmalıydı ve üstelik birey, özel yaşamını şekillendirdiği merkezi alanda, kişiliğini geliştirmesini devlet ma-

5 Immanuel Kant, Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie, Metaphysik der Sitten, Tugendlehre, A 139-140, § 38.

\* Almanya'da her yıl, nüfusun %1'i üzerinde uygulanan, temsili düzeyde nüfus sayımı. E.n.

6 Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi 1.Yargıcı 2378/98 ve Anayasa Mahkemesi 1.Yargıcı 1084/99, alıntılanıldığı yer [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)

kamlarının gözetlediği korkusuna kapılmamalıydı. Buna göre özel mesken, “son sığınak” olarak insan onuru korumanın bir aracıydı. Bu koruma, ceza kovuşturmasının çıkarıyla göreceli olarak ele alınmazdı.<sup>7</sup> Sözü edilen yasa bu ilkelere uymuyordu, çünkü en yakın aile mensuplarıyla ve en yakın arkadaşlarla yapılan kişisel içerikteki görüşmelerin denetim dışı bırakılacağını garantilemiyordu.

Federal Anayasa Mahkemesi, insan onurunun korunmasına ilişkin en son “büyük” kararında başka bir sorunu ele aldı. 2005 yılının ocak ayında, Federal yasama organı, hava güvenliği görevlerinin yeniden düzenlenmesi için bir yasa çıkarttı (Hava Güvenliği Yasası).<sup>8</sup> Bu yasa, 11 Eylül 2001’de gerçekleştirilen vahşi intihar eylemlerine bir tepki olarak, güvenlik kuvvetlerinin, insanların yaşamına karşı silah olarak kullanılmaları durumunda, yolcu uçaklarını vurma yetkisini veriyordu.

Birkaç avukat ve bir pilot bu yasaya karşı Federal Anayasa Mahkemesi’ne başvurdular. Mesleki ve kişisel nedenlerle sık sık uçak yolculuğu yaptıklarını ve bundan böyle, kendileri bir suçun –yani terörist arka planı bulunan bir uçak kaçırma eyleminin– faili değil kurbanları oldukları halde hava kuvvetleri tarafından vurulma tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını öne sürdüler.

Federal Anayasa Mahkemesi, davacıları haklı buldu.<sup>9</sup> Mahkeme bu davayı, yaşamın ve insan onurunun korunmasına ilişkin kararını güçlendirmek ve derinleştirmek için bir vesile olarak gördü. İnsanın, devlet eyleminin salt bir nesnesi haline getirilemeyeceğini bir kez daha açıkça ortaya koydu.

Buna göre, ele alınan düzenleme bu yasağı çiğniyordu: Çünkü düzenleme, devlete, öteki insanların kurtarılmasını olanaklı kılmak için, kaçırılan yolcu uçağının vurularak düşürülmesi emrini verme iznini veriyordu. Böylelikle mağdur yolcuların ve mürettebatın, başkalarının kurtarılması için araç olarak kullanıldığı ileri sürülüyordu. Bunun sonucunda bu insanlar şeyleştirilmiş ve hukuk öznesi olmaktan çıkarılmış oluyorlardı, insanın, salt kendisi olduğu için sahip olduğu değerden mahrum bırakılıyorlardı.<sup>10</sup> Bu durum, teröristlerin kaçırıldığı bir yolcu uçağının yolcularının nasıl olsa ölmeye yazgılı oldukları gerekçesiyle de gerekçelendirilemezdi; çünkü insan yaşamı ve insan onuru fiziksel varoluşun süresi dikkate alınmadan aynı anayasal korumadan yararlanmaktaydı.<sup>11</sup>

İnsan onuru fikri, çok yönlü geleneklerin, özellikle de Aydınlanma’nın bir ürünüdür. 20. yüzyılın ikinci yarısında bu düşünce uluslararası ve ulusal hukuka girmiştir. Tüm Avrupa anayasal düzenlerinde bu kavram şöyle ya da böyle yer almıştır.<sup>12</sup> İnsan onurunu açıkça kabul eden çok

7 Federal Anayasa Mahkemesi, agy, Adli no. 119-121

8 Medeni Kanun 1. I S. 78.

9 Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi Yargıcı 15.2.2006 tarihli 357.5 kararı, alıntılındığı yer [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de).

10 Federal Anayasa Mahkemesi, agy., Adli no. 124.

11 Anayasa Mahkemesi agy., Adli no. 132.

12 Hakim *Stix-Hackl*’in C 36/02 – OMEGA davasında yaptığı son konuşmalar, Avrupa Medeni Kanun Gazetesi (EuGRZ) 2004, 229, Adli no. 83.

sayıda uluslararası anlaşmadan, burada sadece 1948 Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'ni ve daha yakın bir tarihe ait olan AB Temel Haklar Şartı'nı analiz.

## AVRUPA ADALET DİVANI

Avrupa Birliği düzlemindeki temel hakların korunmasına ilişkin yargı kararlarında, telaffuz edilmemiş referans noktasını insan onurunun korunması meydana getirirse de, korunması gereken bağımsız bir değer olarak insan onuru, Avrupa Adalet Divanı'nın (AAD) kararlarında uzunca bir süre sadece marjinal bir rol oynamıştır.<sup>13</sup> Bu durum 2001 yılında değişti. Hollanda /Parlamento ve Meclis davasının kararında<sup>14</sup> mahkeme, Avrupa organlarında insan onurunu ve kişinin dokunulmazlığı temel hakkının gözetilmesini güvence altına almayı, kendine görev olarak kabul etmiştir.<sup>15</sup> Mahkeme bu kararını 2004 yılında Omega/Almanya davasında daha da netleştirmiştir.<sup>16</sup>

Bu davada, Alman yasalarına göre kurulmuş bir şirket, bir İngiliz şirketiyle yaptığı *franchising* anlaşması çerçevesinde, Bonn şehrinde "Laserdrome" adlı bir eğlence tesisi işletmeye başlamıştır. Laserdrome'da değişik oyunlar oynanmaktaydı. Bu oyunlardan birinde, bir grup oyuncu lazer tabancalarıyla diğer oyuncuların taşıdığı, sensörlerle donatılmış yeleklere ateş ediyordu. Bonn Belediye meclisi, işletmecilere, insanların "oyunda öldürülmelerini" sağlamayı yasakladı. Alman İdare Mahkemeleri de yasağı, "oyunda öldürülmeleri"nin ticari olarak düzenlenmesinin insan onurunun korunması ilkesiyle çeliştiği gerekçesiyle onayladı.

İşletmeci bu yasağı, Avrupa hizmet özgürlüğü'ne bir müdahale olarak gördü, zira işletmeciye göre *franchising* veren İngiliz şirketinin, hizmetlerini Almanya'da sunması engellenmiş oluyordu. İşletmeci ayrıca, kendisinin sunduğu oyun sisteminin, Avrupa Birliği'ne üye başka ülkelerde de –örneğin İngiltere'de– uygun görüldüğüne işaret ediyordu.

Federal Anayasa Mahkemesi, yasağın, insan onurunun korunması bakımından haklı olduğu görüşünü paylaşıyordu; Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde, simüle edilmiş öldürme eylemlerini içeren eğlence oyunlarının yargılanmasına ilişkin ortak bir hukuk kanaatinin varlığının saptanmadığı bir durumda, ancak böyle bir yasağın, Avrupa Birliği hukukuyla da bağdaştığından kuşkuluydu, bu yüzden vakayı AAD'ye götürdü.

Lüksemburg'taki mahkeme öncelikle temel hakların –ve böylelikle insan onurunun korunmasının da– adalet divanının korunmalarını güvence altına aldığı genel hukuk ilkelerine dahil olduklarını onayladı. Bu yüzden, insan onurunu koruma hedefi, hiç kuşkusuz Avrupa Birliği hukukuyla bağdaşıyordu. Avrupa Birliği hukukunda önerilen, insan onurunun korunması, bu yüzden kamu düzenini koruma gerekçesiyle, hizmet özgürlüğünü sınırlayabilirdi. Gerçi, mahke-

13 Bkz. Schorkopf, Würde des Menschen, Persönlichkeitsrechte und Kommunikationsgrundrechte, Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, içinde, 2. baskı, 2005, § 15 Rn 4 vd.

14 C-377/98, içtihatlar 2001, I-7079.

15 Agy, Adli no. 70.

16 Avrupa Adalet Divanı (EuGH) Rs. C-36/02, DVBI 2004, 1476 vd.

meye göre, kamu düzeni kavramıyla kastedilen durumlar, ülkeden ülkeye ve zamansal değişim içinde farklılaşabilirlerdi.<sup>17</sup> Bu bakımdan her devletin görev başındaki yetkililerine, yargılamada bir muhakeme aralığı tanınmalıydı.

Ancak, ülke içindeki yetkililerin aldıkları sınırlayıcı bir önlemin, insan onurunun nasıl korunması gerektiğine ilişkin bütün üye ülkeler tarafından paylaşılan anlayışla örtüşmesi gerekmiyordu. Nitekim Alman yetkililer, söz konusu vakada Avrupa Adalet Divanı'nın dile getirdiği bu muhakeme aralığına riayet etmiştir; dolayısıyla yasak uygulamasını Avrupa Birliği hukuku açısından eleştirmek mümkün değildir.

Lüksemburg'taki Adalet Divanı bu kararıyla, insan onurunun korunmasının AB üyesi her bir ülkede egemen olan kanaatlerin "en küçük ortak paydasına" indirgenemeyeceğini sevindirici bir açıklıkla ortaya koymuştu.

## **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ<sup>18</sup>**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) insan onurunu açıkça ifade etmiyor. Bu durum şaşırtıcı görünebilir, ancak sözleşme giriş bölümünde, 1. maddesinde "tüm insanlar özgür ve eşit onura ve haklara sahip olarak" doğduklarını ifade eden Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sine atıfta bulunmaktan geri durmuyor. Bu durum, insan onurunun korunmasının AİHS'nin dışında tutulduğu anlamına gelmez. Daha ziyade, insan onurunun ve özgürlüğünün gözetilmesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararına göre, "Sözleşmenin temeli ve tamamına yayılmış izleğinin" ta kendisidir.<sup>19</sup> Mahkeme böylelikle "tüm insanı varlıkların sahip oldukları eşit onur için hoşgörü ve saygının, demokratik, çoğulcu bir toplumun temel ilkelerini" oluşturduğunu vurgular.<sup>20</sup>

İnsan onurunun korunması, sözleşmenin verdiği tüm güvencelerde, ama özellikle 3. madde ile (kayıtsız şartsız) garanti altına alınmış olan işkence ve insanlık dışı muamele yasağında ve bunun yanı sıra 8. maddedeki özel ve ailevi yaşamın korunmasında ifadesini bulur. Müsaadenizle, mahkemenin verdiği birkaç karar örneği üzerinden bu durumu gözler önüne sermek istiyorum.

Strazburg'taki mahkemenin, insan onurunun güvence altına alınmasına açıkça atıfta bulunduğu vakaların büyük bir bölümü tahammül edilemez hapis koşullarına ilişkindir. Mahkeme bu konuda verdiği sürekli kararlarla, hapis koşullarının insan onuruna saygıyla uyum içinde olmasını, ceza infazının erkek ya da kadın hükümlülere, özgürlüğün kısıtlanmasının beraberinde getirdiği kaçınılmaz acı sınırını aşan acı çekmeyi ya da haksızlığı dayatamayacağını beyan etmektedir. Ayrıca, uygun bir tıbbi bakımın da güvence altına alınması gerekmektedir.<sup>21</sup>

17 Agy., Adli no. 31.

18 Burada genel olarak bkz.: Meyer-Ladewig, Menschenwürde und Europäische Menschenrechtskonvention, NJW 2004, 981 vd.

19 Hakim *Stix-Hackl*'in C 36/02 – OMEGA davasında yaptığı son konuşmalar, Avrupa Medeni Kanun Gazetesi (EuGRZ), 2004, 229, Adli no. 82.

20 *Gündüz v. Turkey*, no 35071/97, § 40. AİHM 2003-XI.

21 Bkz., Polonya'ya kaşı açılan Kudla davası [Büyük Meclis], no 30210/96, § 92-94, AİHM 2000-XI

Mahkeme, Pretty davasında insani açıdan özellikle etkileyici bir sorun hakkında karar vermek durumunda kalmıştı:<sup>22</sup> Davacı kadın, gittikçe ilerleyen, iflah olmaz bir kas hastalığından muztardı, boynundan aşağısı felçti ve ölmek istiyordu. Kadının kocası, karısına intihar etmesi için yardım etmeye hazırdı, bunun için cezai kovuşturma riskini de göze alıyordu. Çünkü İngiliz hukukuna göre, intihara yardım etmek suç teşkil etmekteydi. Davacı kadın, Strazburg'taki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurarak İngiliz yetkililerinin kocasına cezai muafiyet tanımayı reddetmesine karşı çıkmıştır. Sözleşmenin 2. (yaşama hakkı), 3. (işkencenin ve onur kırıcı muamelenin yasaklanması) ve 8. maddelerinin (özel yaşamın korunması) ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur.

Mahkeme ilk olarak yaşam hakkının, sözcük anlamı gereği, kişinin kendisinin belirlediği gibi ölmesi hakkını içermediğine açıklık getirmiştir. Ancak yetkililerin eylem ve eylemsizlikleri, ancak onur kırıcı olduğu kabul edilebildiği, "insan onuruna saygı"yı gözetmediği ya da insan onuruna saldırdığı koşulda işkence yasağının ihlalinden söz edilebilmektedir.<sup>23</sup> Bu durumda söz konusu kuralın, yaşamın korunması ilkesi ışığında yorumlanması gerektiği için, bu yasağın ihlali söz konusu değildir. Devlete karşı, kendi ölümünü olanaklılaştırma ya da kolaylaştırma hakkı iddia edilemez. Gerçi, tıbbi cihazlar ve yaşam beklentisinin yükselmesi çağında, yaşam kalitesi ve çehesinin önemi artmıştır. Ancak kötüye kullanma tehlikesi açısından, ölüm yardımı yasağı haklıdır, zira zayıfların korunmasına hizmet etmektedir ve orantısız değildir.

AİHM, transseksüellerin, kendilerinin "doğru" olarak hissettikleri cinsiyetlerine dönüşümlerinde ortaya çıkan pratik ve idari sorunları da sık sık ele almıştır.<sup>24</sup> Mahkeme, bu bağlamda sözleşmenin 8. maddesinin sözleşmeyi imzalayan devletlere, özel yaşama saygının, insan onuruna saygıyı da içermek üzere güvence altına alınması yükümlülüğünü verdiğini vurgulamaktadır.<sup>25</sup> Mahkeme, yakın bir tarihte, sözleşmeyi imzalamış bir devletin, tam bir cinsiyet değişikliği için açık kurallar koymamasını, bu koruma yükümlülüğünün ihlali olarak görmüştür.<sup>26</sup>

Bu örnekler, bu bağlamda ortaya çıkan çok yönlü sorunlara bir genel bakış sunabilir. İnsan onurunun korunması için verilen kararlar henüz nihai bir noktaya ulaşmış değildir. Bu vakalar daha ziyade, toplumsal ve teknolojik gelişme ve zamana uygun yanıtlar gerektiren yeni sorunlara yol açacaktır.<sup>27</sup> İnsan onurunun kabul edilmesi, günümüzün koşulları ve toplumsal talepler ışığında belirlenmesi gereken dinamik bir konsepttir.

22 İngiltere'ye karşı açılan Pretty Davası, no. 2346/02, AİHM 2002 - III.

23 Pretty, Adli no. 52.

24 Örneğin bkz. *Christine Goodwin gegen Vereinigtes Königreich* [GK], no. 28957/95, AİHM 2002 VI. ve *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, § AİHM 2003 VII ve son olarak *L. gegen Litauen* no. 27527/03, AİHM 2007 ...).

25 L. Agy, Adli no. 56.

26 L. Agy, Adli no. 59.

27 Örneğin, insan oluş ve yaşamın sona ermesi bağlamında ortaya çıkan sorunlar hararetle tartışılmaktadır; burada bir başlık olarak sadece kök hücre araştırması anılabilir (bu konu için bkz. B.: Ekhardt/Kornack Agy, (Fn.4) ve Jörn Ahrens, *Rechtswissenschaft und Antropotechnik: Bioethik und Menschenwürde*, KritV 2006, içinde, s. 368 v.d.).

# ÖZGÜRLÜK İLE GÜVENLİK ARASINDAKİ GERİLİM İLİŞKİSİNDE İNSAN ONURU

**Christian STARCK**

1. Özgürlük ve Güvenlik, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaşlık Hakları Bildirgesi'nin 2. maddesini anımsatıyor; bu bildirmede, insanın doğal haklarının korunmasının, her politik topluluğun hedefi olduğu söyleniyor. Daha sonra bu haklar: *la liberté, la propriété, la sûreté* [Özgürlük, mülkiyet, güvenlik] şeklinde sıralanıyor. Özgürlüğün ve güvenliğin birbirine bağlanması, özgürlüğü koruyan devletin, özgürlüğünden yararlanan bir yurttaşın, başka bir yurttaşına zarar vermemesine dikkat etmesi gerektiği anlamına geliyor. Bu olgu da Fransız bildirgesinin 4. maddesinde yer alıyor: *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* [özgürlük, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmek demektir]. Özgürlük ile güvenlik arasındaki gerilim ilişkisinin, insan onurunun Anayasa'da dile getirilmesiyle doğrudan bir bağlantısı vardır. Anayasada, insan onurunu "gözetme ve korumanın", her türlü devlet gücünün görevi olduğu söyleniyor. İnsan onurunu gözetmek, olumsuzlayıcı anlamda anlaşılmalıdır ve özgürlükle büyük ölçüde uyum içindedir. İnsan onurunun korunması, güvencelemek anlamındadır ve güvenliğin bir vechesidir. Federal Anayasa Mahkemesinin kararları, temel haklara ilişkin koruma yükümlülüğünü, açıkça Federal Anayasa'nın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki "korumaya" bağlıyor; diğer temel haklara ilişkin koruma yükümlülüğünü de buradan türetiyor ve bu haklardan metninde ayrıca söz etmiyor.<sup>1</sup>
2. Alman Eyalet Anayasalarının yanı sıra, 70'li yıllarda otoriter rejimleri, 1989'dan sonra da komünist rejimleri geride bırakmış olan ülkelerin anayasaları da insan onuru garantileri içermektedir. 70'li yıllardan bu yana yeni Anayasalar hazırlamış olan ülkeler de bir insan onuru garantisini kabul etmişlerdir: Bu ülkeler İsveç, Finlandiya ve İsviçre'dir.
3. Alman anayasasında, insan onuru garantisinin özel bir yeri vardır. Bu garanti temel hakların başında yer alır ve daha sonraki temel hak güvencelerine de bir ölçüde temel oluşturur. İnsan onuru garantisinin özel konumu, anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasının 1. maddesinde, değiştirilemez anayasa kuralı olarak güvencelemiş olmasında da açıkça görülüyor. İnsan onuru garantisi sıradan bir özgürlük garantisi değildir, bununla birlikte özgürlük garantileri, insan onuru garantisinden kaynaklanırlar.
4. İnsan onuru, pozitif anayasa hukukuna ait bir kavramdır. Ancak bu ifade, bu kavramın anlaşılabilmesinin ve hukuk öğretisinde kullanılmasının tın tarihindeki kökenleri dikkate

<sup>1</sup> Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, 45, 187, 254 vd.; 46, 160, 164; 49, 89, 114 vd.; 77, 54, 87; 96, 56, 64.



alınmadan gerçekleştirilebileceği varsayımına dayanmaz. İnsan onuru, anayasa hukukunun, bir anda yaratılmamış olan ve yalnızca tin tarihindeki kökenleri ve anayasadaki sistematik konumları dikkate alınarak doğru anlaşılacak olan temel kavramlarından birisidir.

5. Batı uygarlığında insan bireyine büyük değer verilmesi, bu uygarlığı diğer kültürlerden ayırır. Batı uygarlığı esas olarak Hıristiyanlığın damgasını taşıdığı için, insan onuru garantisinin kökenlerini de Hıristiyanlıkta aramak akla yatkındır.<sup>2</sup> Daha sonra anayasa hukukundaki insan onuru garantisinin oluşturulmasının nüveleri buradadır. Bu nüveler, insan tekine büyük değer veren bir insan imgesinde görülebilirler. Bu değer verme, Eski ve Yeni Ahitlere göre,<sup>3</sup> insanın Tanrı'nın suretinde yaratılmış olduğu ve insanın, ruhunun ölümsüzlüğünde ve Tanrı'ya karşı sorumluluğunda dile gelen, Tanrı'yla kişisel bir ilişkisinin bulunduğu olgusuna dayandırılabilir. Elbette, anayasa hukukundaki insan onuru garantisini tek başına Hıristiyanlık ortaya çıkartmamıştır. Teolojik, öteki dünyaya yönelik bu özgürlük ve onur kavramının dünya içi bir kavrama vaftiz babalığı etmesi için, bir sekülerleşme sürecine dayanan başka bir gelişme daha gerekli olmuştur. Burada Kant'ı alıntılama istiyorum; Kant, *Ahlak Metafiziği'nde* (1797) –Erdem öğretisi § 38–, insanın hiçbir insan tarafından salt bir araç olarak değil, daima aynı zamanda bir amaç olarak görülmesi gerektiğini yazmıştır. Çünkü insanın onuru tam da buradadır ve böylelikle insan, dünyadaki insan olmayan ve kullanılabilen diğer tüm varlıkların ve böylelikle her şeyin üstündedir.
6. İnsan onuru garantisinin tin tarihindeki bu temelleri göz önünde bulundurulursa, bu garantisinin neden özellikle, diktatörlüklerin geride bırakılmasından sonra hazırlanan anayasalarda yer aldığı da açıklık kazanacaktır. Bir anayasanın başında insan onuru ilkesinin yer alması, devletin insan için olduğunu ve bunun tersinin doğru olmadığını açıkça ortaya koyar. Demokratik hukuk devletlerindeki devlet yapılanması, iktidarı denetimle birleştirdiği için, insan onurunun korunması ilkesiyle esasen uyum içindedir.
7. İnsan onuru, devletin görevlerinin algılanması üzerinde de etkilidir. Devletin görevleri üç amaca dayandırılabilir:<sup>4</sup> iç ve dış barışı güvencelemek, özgürlüğü teminat altına almak ve sosyal dengeyi kurmaya çalışmak. Özgürlüğün korunması barışa zarar vermemelidir; yasalar, özgürlüğün toplumsal sözleşmeyle kullanılmasını temin etmelidirler. Barış, yurttaşlara özgürlük tanıyan araçlarla güvencelemelidir. Sosyal dengenin kurulmasının sınırı, özgürlük iradesini engellediği yerdir. Devletin üç ana amacının, barışı güvencelemek, özgürlüğü korumak ve sosyal dengeyi kurmak arasındaki dengeli bir ilişki, ancak her bir insanın onurunun gözetilmesiyle gerçekleştirilebilir. Bu önerme, benim "Özgürlük ile Güvenlik Arasındaki Gerilim İlişkisinde İnsan Onuru" başlıklı konum için çok uygundur. Güvenlik için, devletin amaçlarının oluşturduğu üçgen görüş açısından, burada iki veçhenin kastedildiğini hatırlatmak gerekir. Bu iki veçhe, üçüncü şahısların saldırıları karşısında güvenlik ve geçinmek için asgari gelirin güvencelemesi yoluyla güvenlidir.

2 Christian Starck: *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, S. 186 vd., 193 vd.

3 Tekvin 1, 27; Efeslilere Mektup. 4, 24.

4 Bkz. Christian Starck (dipn. 1) , S. 231 vd., 235 vd.

8. Buraya kadar söylediklerimizden, insan onurunun, insanın devletle ilişkisi açısından, anayasa hukukunun anahtar bir kavramı olduğu sonucu çıkarılır.
9. İnsan onuru garantisini "dolaysız geçerli bir hak"tır. Bu durum, Alman hukukunda, Anayasa'nın her türlü devlet gücünün yükümlülüklerinden söz eden, 1. maddesinin, 1. fıkrasının 2. satırındaki ve dolaylı olarak da 1. maddede "ortaya konulan ilkeleri" her türlü anayasa değişikliğinden muaf tutan yani 1. maddeyi, anayasayı değiştiren kanun hazırlayıcılar için bile bağlayıcı hukuk haline getiren 79. maddesinin 3. fıkrasındaki ifadelerden doğmaktadır. Burada kullanılmış olan "ilke" ifadesi, onur garantisinin normatifliğinin zayıflatılması anlamına gelmez, aksine, burada temel bir hakkın garantilediğini ifade eder.
10. İnsan onuru garantisini, temel hak karakterindedir. Bazı anayasa yorumcuları buna karşı çıkmaktadırlar.<sup>5</sup> Anayasanın 1. maddesinin lafzî yorumundan net bir bilgi elde edilemiyor. Hatta Anayasanın 3. maddesinden, sadece izleyen garantilerin temel haklar olduğu sonucu çıkartılabilir. Ancak 1. maddenin 1. fıkrası temel hakların kaynağı olarak görülürse, bu kaynağın temel hak karakterinde olduğu yadsınamayacaktır. Onur garantisinde insan özellikle bir özne olarak korunduğu için, bu kuralın amacı mantıklı bir sonuç olarak öznenin haklarını korumakla sonuçlanır. Ancak öznel bir hak olarak onur garantisini, anayasayı değiştiren ve insan onuruna saygıyı dikkate almayan yasalara karşı, anayasaya dayanan bir itirazı mümkün kılar. İnsan onurunun, diğer temel hakların çoğunda bulunmayan koruma veçhesi de bu hakkın öznel-hak karakterini gösterir. Her halükârda Federal Anayasa Mahkemesi insan onuruna ilişkin koruma yükümlülüğü düşüncesini, öteki temel haklara da yansıtmıştır.
11. *Gözetme Yükümlülüğü*: Devletin, insan onurunu gözetme yükümlülüğüyle birlikte, devletin insan onuruna –olumsuzlayıcı anlamda– dokunmaması güvencelemiştir. İnsan onurunun devlet tarafından ve devletin görevlendirdiği kamu gücü uygulayıcıları tarafından gözetilmesi söz konusu olduğu sürece, kamu hukukunun pozitif anlamda, kuralların uygulanması sırasında onurun zedelenmesinin mümkün olmayacağı şekilde biçimlendirilmesi gerekir. Yani hâkimiyet tasarrufu yetkileri, devlet gücüne tabi olan yurttaşların onuruna dokunulmayacak şekilde verilmiş olmalıdır. Hâkimiyet tasarrufu yetkilerinin geniş tutulması durumunda, her zaman insan onuru garantisine uyumlu bir yorumlama bulunabilir. Böyle durumlarda idare ve yargı doğrudan doğruya insan onuruna gönderme yapmalıdır. Yasa koyucu, gerektiğinde, genel olarak verilmiş yetkilere yasaların yanlış uygulaması sonucunda onurun zedelenmesi olasılığını en baştan dışta bırakacak hâkimiyet tasarrufu yasakları, yani müdahale yasakları ekleyebilir.
12. *Koruma Yükümlülüğü*: Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasının 2. satırı uyarınca devlete düşen koruma yükümlülüğü, insan onuruna başkaları tarafından yönelik saldırılara karşı koruma, iki alanda ortaya çıkmaktadır. Doğrudan doğruya devlete düşen koruma yükümlülüğü, ilk planda insan onurunun üçüncü kişiler tarafından gözetilmesini garanti etmelidir. Burada kastedilen güvenliktir. İnsan onurunun dokunulmazlığı ayrıntılarıyla bir hukuk düzenlemesi olarak kesinleştirilmezse lex imperfecta [eksiklikleri bulunan yasa] olarak kalır.

5 Özellikle Günter Dürig: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1 (Erstbearbeitung), içinde, Rdnr. 4 fvb.

Ancak, koruma yükümlülüğü bundan başka, insan onurunun tehdit altında bulunması ya da bir vakayla zedelenmesi durumunda, onu korumak için, gerektiğinde devletin etkin bir eylemde bulunmasını da içerir (Polis, ceza davası). – Koruma yükümlülüğünün bir başka vechesi: Federal Anayasa Mahkemesi, kararının başında, devletin maddi sıkıntıya karşı koruma yükümlülüğü bulunduğunu reddetmiştir,<sup>6</sup> ama daha sonra başka bir görüş bildirmiştir. Buna göre devlet, bedensel ya da zihinsel sakatlıkları nedeniyle kişisel ve sosyal gelişimleri engellenmiş bulunan ve geçimlerini sağlayamayacak durumda olan yurttaşlarına “her halükârda insan onuruna uygun bir yaşam sürdürmelerinin asgari koşulunu garanti etmelidir.”<sup>7</sup> Böylelikle, ikinci bir güvenlik vechesi tanımlanmış olmaktadır. Örneğin, vergi hukuku açısından bu, devletin vergi mükelleflerinin gelirlerini, insan onuruna yakışan bir yaşam sürdürmesinin asgari koşulları için kullanmaları durumunda, vergiden muaf tutması gerektiği anlamına gelir.<sup>8</sup>

13. İnsan Onurunun Gözetilmesi ve Korunması: İnsan onurunun gözetilmesi ve korunması konusundaki çatışma, Federal Anayasa Mahkemesi’nin hava güvenliği yasasına ilişkin 15.2.2006 tarihli kararında açıklık kazanmıştır. Mahkeme, güvenlik güçlerinin hava güvenliği yasasının 14. maddesinin 3. fıkrası uyarınca elde ettikleri, insan yaşamına karşı kullanılabilir bir hava taşıt aracını silah gücüyle doğrudan müdahale ederek vurma yetkisinin, hava taşıtının bordasında bulunan ve eyleme katılmayan insanların bundan mağdur olmaları durumunda, Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasındaki insan onuru garantisiyle bağlantılı olarak Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının 1. satırındaki yaşama hakkıyla bağdaşmadığı kararını vermiştir.<sup>9</sup> Kaçırılmış bir uçakta yolcuların ve uçak şirketinin çalışanlarının bulunması durumunda –ki normal durum budur– Alman Silahlı Kuvvetleri’nin uçağı vurması, yukarıda anılan kurallara aykırıdır. Uçak, insanların yaşamına karşı bir saldırı silahına dönüştürülmüştür ve uçaktaki insanlar çaresiz bir durumdadırlar. Sadece eylemcilerin saldırı silahının değil, başkalarını kurtarmak için uçağı vurması durumunda devletin saldırı silahının da nesne olarak şeyeleştirilmiş birer parçası haline gelirler; bu da insan onuruna aykırıdır.

14. İnsan onuru ilkesinden yola çıkılarak yapılan bu ilkesel argümantasyon, pratik düşüncülerle özellikle aşırı zaman baskısı altında kalındığı durumlarda, durumun değerlendirilmesinin yapısal olarak var olan belirsizliğiyle zenginleştirilir. Federal Anayasa Mahkemesi, beş karşı argümanı ele almış ve reddetmiştir. Bu argümanlar şöyle sıralanmaktadır:

- Bir uçağı binen bir kimse, aşırı durumlarda, kendi ölümünü onaylamaktadır;
- uçaktakiler zaten ölüme mahkûmdurlar;
- uçaktakilerin şeyeştirilmesi devlet tarafından değil, hava korsanları tarafından gerçekleştirilmektedir.

6 Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 1, 97, 104.

7 Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 40, 121, 133.

8 Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 82, 60, 85; 99, 216, 233.

9 Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 115, 118, 139 ff.

- uçaktakiler, dayanışma amacıyla, yaşamlarını feda etmekle yükümlüdürler;
- başka insanlara karşı bir eylem silahı olarak kullanılacak olan uçakları, daha önceden zararsız hale getirmek, devletin koruma yükümlülüğünün bir sonucudur.

Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasının geçerliliği halinde, çaresiz durumdaki masum insanları kasten öldürmek için yasal bir yetki verilmesini kesinlikle tasavvur edilemez bulmaktadır. Yine de bir çekince konulmuştur: "bununla birlikte gerçekleştirilen bir uçak vurma eyleminin ve bu eylemle ilişkili olan talimatın ceza hukuku açısından nasıl yargılanacağına" burada karar verilmeyeceği söylenmektedir. Bu not, yaşamsal konulardaki davranışların genel olarak normlara bağlanmasının sınırlarını gösteriyor ve aynı zamanda, olağanüstü durumlarda yasal temeli bulunmayan çok önemli kararlar verilmesinin ve bu kararlar sonucunda gerektiğinde bir ceza davasının sorumluluğunu taşımanın olanaklılığına işaret ediyor.

15. Federal Anayasa Mahkemesi ikinci bir dava konstelasyonunu şöyle betimliyor: Silahlı güç içinde insan bulunmayan bir hava taşıtına ya da sadece, hava taşıtını yeryüzündeki insanların yaşamına karşı bir eylem silahı olarak kullanmak isteyen kişilere karşı yönelir. İçinde sadece teröristlerin bulunduğu bir uçağın devletin yaşamına kastedilen insanlara karşı koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla, önceden uyarılarak vurulması, insan onuruna aykırı değildir. Bu karar, saldırganların olaya egemen olduklarıyla ve saldırıdan vazgeçebilecekleri hasebiyle, onların özne konumunun kuşkulu bir hale sokulmadığıyla, isabetli bir biçimde gerekçelendirilir. İnsan onuru temelinde, aynı sonuca yol açan bir başka argümantasyon tarzı da, saldırganların insan onurunun, saldırının tehdidi altındakilerin onuruyla kıyaslanmasıdır. Ancak insan onurunun karşısında yine insan onuru olduğu zaman bir kıyaslama yapılır; yoksa insan onuru başka şeyle kıyaslanamaz. Burada, kurbanı korumak için saldırganın ölümüyle sonuçlanan, polislin kurtarma atışındaki gibi bir konstelasyon söz konusudur. Federal Anayasa Mahkemesi, saldırganın özne olarak ciddiye alındığını, şeyleştirilmediğini, aksine kendisine uyarıda bulunularak, bir muhatap olarak dikkate alındığını söyleyecektir.

16. Alman Anayasasındaki insan onuru garantisi açısından, saygı ile koruma arasında yer alan özgürlük ile güvenlik arasındaki gerilim ilişkisi, özet olarak şöyle tanımlanabilir: İlk önce devlet açısından, aldığı önlemler ve düzenlemelerle insan onurunu zedelememesi gerektiği anlamında, bir *müdahale yasağı* vardır. Bunun ötesinde dar çerçevede, insanın kendi kendine yardım edemediği durumlarda, insan onurunu maddi olarak güvencelemek için devlete yönelik bir eylemde bulunma buyruğu vardır. Hak sahipleri arasındaki bir insan onuru koruması için, devletin koruma garantisi ceza hukuksal, medeni hukuksal ve idari hukuksal (özellikle de polis hukuku) şekillere bürünebilen düzenli olarak bir *yasaklama ve yaptırım koyma buyruğunda* somutlaşır. Yasaklama ve yaptırım koyma buyruğunun ön alanında ilgili devlet organlarının insan onuru için olası tehlikeleri erkenden fark etmek ve böylelikle bunlara gerekli araçlarla karşı koyabilmek için her türlü çabayı göstermelerini gerektiren bir *bilgi edinme buyruğu* yer almaktadır. Uçak kaçırma örneğinde, devletin birincil görevinin, uçakların terörist amaçlarla kaçırılmasını önlemek olduğu gösterilebilir.

# İNSAN ONURU KAVRAMI VE İNSAN HAKLARI

*Ioanna KUÇURADI*

Yaklaşık on-oniki yıl önce, insan haklarıyla ilgili bir televizyon canlı yayında, söyleşiyi yapan kişi, birdenbire, bildiği kadarıyla benim felsefe ile işkence arasında bir ilgi kurduğumu söyledi ve bu ilginin ne olduğunu sordu. Şaşakaldım. Bir-iki saniye, onun böyle bir sonuca nasıl varmış olduğunu kestirmeye çalıştım. Sonra, şöyle bir cevap verdim: Felsefe ile işkence arasında hiçbir ilgi yoktur. Ne var ki işkence olgusuna felsefi-etik bilgiyle baktığımızda, işkencenin, genellikle kabul edildiği ve örneğin *İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Onur Kırıcı/Aşağılayıcı Muameleye ve Cezaya Karşı Sözleşmede* dile getirildiği gibi, işkenceye uğrayanın insan onuruna bir zarar vermediği, işkence yapanın insan onuruna zarar verdiği görülebiliyor. İnsan onuruna, kendi onurumuza, uğradıklarımızla değil, yaptıklarımızla zarar veririz, çünkü yaptıklarımızdan sorumluyuz, başkalarının bize yaptıklarından değil. Birşeyi yapmak veya yapmamak kendi elimizdedir. Başka insanlarla ilişkilerimizde insan onurunun gerektirdiği gibi eylemde bulunmak, eylemimiz başkasına yönelse de, kendimizle ilişkimizin bir sonucudur.

Bu, çeşitli bağlamlarda, teorik ve pratik amaçlarla sık sık sözünü ettiğim bir olaydır. Bunu yaparken de en temel amacım, kişilerin gördükleri bazı muamelelerle onursuz bir duruma düştükleri kabulünü –bu yaygın kabulü– tersine çevirmek: insan onurunu –kendi onurumuzu– yapıp ettiklerimizle koruduğumuza ya da zarar verdiğimizize dikkat çekmektir.

İleri sürdüğüm bu sav, insan haklarının en temel yönüyle –etik yönüyle– yakından ilgilidir. İnsan haklarının bu yönü bugün, gerek ilgili tartışmalarda gerekse insan hakları eğitiminde gözardı ediliyor, “insan hakları hukuku” üzerine yoğunlaşmakla yetiniliyor. Böylece, insan onuru terimi insan haklarıyla bağlantılı olarak sık sık kullanıldığı halde, insan hakları ile insan onuru arasındaki kavramsal bağlantılanma noktası görülemiyor.

Burada, tek tek insan haklarının kaynağında da bulunan bu bağlantılanma noktasını göstermeye çalışacağım; bunu da, insan hakları kavramını açarak ve insan onuru (*human dignity, dignité humaine, menschliche Würde, ανθρωπινή αξιοπρέπεια*) denileni, insanın değeri kavramı aracılığıyla kavramlaştırarak yapmaya çalışacağım. Ondan sonra da, insan onuru kavramını günlük yaşamda karıştırıldığı bir-iki kavramdan ayırmaya çalışacağım; çünkü sık sık farklı kültürlerde farklı insan onuru anlayışları olduğu savının temelinde bu karıştırma bulunuyor.

Bu yapmaya çalıştığım, oldukça zor bir iştir, çünkü bu tür sözcüklerin her dilde karşılıkları olmuyor ya da, karşılıkları varsa, her zaman aynı anlama gelmiyor.

## İNSAN HAKLARI NEDİR?

'İnsan hakları' dediklerimiz, herşeyden önce bir fikirdir, insan aklının ürettiği bir düşünce. Şu düşünce: insanlar insan oldukları için –yediğimiz ekmeği yapmış, her an kullandığımız elektriği bulmuş, bazılarımızın okuduğu *Küçük Prensi* yazmış, hakkaniyet düşüncesini getirip *ombudsman* kurumunu kurmuş bir türün üyeleri oldukları için– belirli bir şekilde: insanın bir tür yapısal olanaklarının gerçekleştirilmesini olanaklı kılan bir şekilde muamele görmeli. İnsanlar, böyle olanaklarını gerçekleştirebilecek şekilde muamele görmelidir, çünkü yaşamda insanların çoğu başka insanlara bu şekilde muamele etmiyor.

*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin* 1. maddesinde "bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar" denirken, dile getirilmeye niyetlenen, böyle bir şeydir. Ana insan hakları belgelerinin temelindeki insan hakları anlayışını dile getiren ve yanılmıyorsam, bunu yapan tek madde olan 1. maddenin bu dile getirilişinde, bütün insanların onur ve haklar bakımından eşitliği, insanın yapısına özgü iki özelliikle –biri düşünsel ("akıl"), biri de etik ("vicdan") olan iki özelliklikle– temellendirilmeye çalışılıyor; ve bu aynı iki özellikten, insanların birbirine "kardeşçe" davranma gerekliliği de türetiliyor: bütün insanlar onur ve haklar bakımından eşittirler, çünkü akılla ve vicdanla donatılmışlardır; akıl ve vicdanla donatılmış oldukları için de birbirine kardeşçe davranmalıdırlar. Burada insan haklarının aynı zamanda eylem ilkeleri olarak da düşünüldüğünü görüyoruz.

İnsanlar, birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar –ama Habil ile Kabil'in birbirine davrandığı gibi değil. Öyleyse nasıl?

*Bildirgenin* 1. maddesini izleyen 28 madde bu "nasıl"ı belirleme girişimidir. İki *Uluslararası Sözleşme* ve bu gibi diğer uluslararası belgeler de, böyle bir muamelenin olanağının koşullarını ortaya koymayı amaçlarlar; yani toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde, çeşitli düzeylerde hukuk oluşturmada ve kamu işlerinin yönetiminde belirleyici olacak bazı temel, "evrensel" normlar ortaya koymayı amaçlarlar, öyle ki kişiler –herbiri kendi doğal yeteneklerinin sınırları içinde– daha önce sözünü ettiğim insanın yapısal olanaklarını gerçekleştirebilsinler.

Tek tek insan hakları, etkin ve edilgin anlamda etik ilkelerdir: insanların görmesi ve başka insanlara göstermesi gereken muameleyi dile getirirler. Aynı zamanda toplumsal düzenlemeye, hukuka ve siyasete etik talepler getirme girişimidirler –hâlâ pratikte olduğu kadar teoride de yeterli olmayan bir girişim. Talep ettikleri şey ise, insanın belirli olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin genel koşulları sayılan bazı koşulların sürekli gerçekleştirilmesidir.

İnsan haklarına bu antropolojik yaklaşım belirli bir değer kavramına dayanır. Bu kavrama göre insanın değeri, tür olarak insanın diğer canlılar arasındaki özel yeri olarak anlaşılıyor. Bu yeri ona sağlayan, insanın bazı özellikleri ya da diğer canlılarla paylaştığı özelliklere ek bazı özelliklerdir –insanın yapısal olanaklarını da kapsayan özellikler.

İşte insan hakları, tür olarak insanın değerini oluşturan böyle olanakların gerçekleştirilebilirliğinin nesnel koşullarıdır. Normlar olarak ortaya konduğunda, kişilerin böyle olanakları gerçekleştirebilmeleri için nasıl muamele görmeleri ve birbirine nasıl muamele göstermeleri gerektiğini dile getirirler.

'İnsan onuru' (*human dignity*) dediğimiz, insanın bu değerinin farkındalığına işaret ediyor. Her insanı, insanın bu yapısal olanaklarını gerçekleştirebilecek şekilde muamele görmeye lâ-yık kılan da, bu değerdir. İnsan onuru, insanın nesnel değerinin önel karşılığıdır ve tür olarak insanın değerinin felsefi/antropolojik bilgisinden, yani insan türünün belirli yapısal özellikleri ile olanaklarının ve bunlardan kaynaklanan ve ona evrendeki yerini sağlayan tarihteki başarılarının bilgisinden oluşur. Bu bilgi, ona sahip olanlar için, doğal ve rastlantısal özellikleri ne olursa olsun başka insanlara, hatta bu değer farkında olmayanlara da, bu değere uygun muamele etmeyi gerekli kılıyor. Bir kişinin, herşeyden önce bir insan olduğunun bilincine varmasını, tek ortak kimliğimiz olan insan kimliğimizin farkına varmasını sağlayan da, bu bilgidir.

Tek tek insan hakları, insan onurunun pratikteki gerektirdikleridir; bütün kişilerden insanın değerini –evrendeki yerini– koruyan bir muameleyi diğer bütün kişilere göstermelerini talep ederler. Bu nedenledir ki, açık kavranılmış insan hakları "evrensel" normlardır.

İnsan haklarının bu evrenselliği, onları gruptan gruba farklılık gösteren ve aynı grupta zamanla değişen kültürel normlardan; dolayısıyla 'insan onuru'nu, çeşitli kültürlerde, topluluklarda, dinlerde egemen olan değişik ve değişken insan imgeleri ve iyiye-kötüye ilişkin değer yargılarıyla ilgili olan şeref/namusla ilgili kültürel anlayışlardan ayırdeder.

En aslı anlamında 'şeref' (*honor*)<sup>1</sup> bir kişinin değerine (*worth*) ya da farzedilen değerine gösterilen saygıya işaret eder. Bu değer bir kişinin etik özelliklerinden –Aristoteles'in *Nikomakhos'a Etik*'inde betimlediği gibi, kişinin erdemlerinden– oluşabilir, yani gösterilen saygının nesnel bir karşılığı olabilir ve bir kişinin erdemlerinin bilgisine dayanabilir. Ama aynı zamanda bu değer, bir kişinin davranışlarının bir kültürde geçerli olan değer yargılarına, yani belirli bir toplulukta "iyi" sayılan davranış biçimlerine ve tutumlarına uygunluğunda ya da istenilen insan imgesine uygunluğunda– bulunduğu farzedilebilir.

Böylece, insan onuru kavramı insanın yapısına ilişkin (antropolojik) bilgiden oluşurken, şeref kavramı bir kişinin değerine ya da farzedilen değerine –imgesinin değerine– gösterilen saygıyı dile getirir.

İnsan onuru ile şeref arasındaki bu farkı, kişilerin kendilerini görmek istemedikleri bir duruma düşürülme örneklerine bakarak görebiliriz. Bir süre önce basına yansıyan, Amerikalı askerler tarafından işkence gören Iraklı tutuklunun sözlerini çoğunuz okumuşsunuzdur: Bir duvarın önünde çıplak durmak zorunda kalmaktansa, Saddam zamanında tutuklandığında olduğu gibi kendisine elektrik verilmesini tercih ettiğini; çünkü ona elektrik verilmesinin şerefine/namusuna dokunmadığını, çıplak durmasının ise şerefine/namusuna dokunduğunu söylemiş. Burada, her iki muamele biçimi insan onuruna aykırı olduğu halde, bu tutuklu, ona elektrik verildiği zaman değil, başkalarının gözleri önünde çıplak durmak zorunda kaldığı zaman şerefine/namusuna dokunulmuş hissetmiştir.

Yapıp ettiklerimiz ve yapmadıklarımızla insan onurunu korumak, bize, herbirimize bağlıdır, oysa şerefendirilmek başkalarına bağlı. Ne var ki, Iraklı tutuklunun durumunda olduğu gibi, bir insanı düşmek istemediği ve başkaları tarafından görülmesini istemediği bir duruma zorla

1 Türkçe'de 'dignity', 'honor'dan gelen 'onur' kelimesiyle karşılandığından, 'honor' için burada şeref sözcüğünü kullandım.

sokmakla, onunla paylaştığımız insan onurumuza zarar vermiş oluruz. Şereflendirilmek başkalarına bağlıdır, bu başkaları da şeyleri farklı tarzlarda değerlendirirler ve etik değer bilgisiyle donatılmış değilseler, onurlu (şereflendirilmeye lâyık) olmayanları da şereflendirirler.

Bizde onurun ençok karıştırıldığı bir kavram da gurur kavramıdır. Kişi açısından bakıldığında onur, kişilerin insan olarak sahip oldukları değerın öznel karşılığı, yani kişinin bu değere ilişkin bilgisi ve ona ancak kişinin kendisinin zarar verebileceğinin bilincidir. Buna karşılık gurur, kişinin kendisiyle ilişkisinde duyduğu bir duygudur ve ona doğrudan veya dolaylı olarak kendi imgesine uygun davranıldığı zaman yaşadığı bir duygu.

Bundan dolayı yukarıda sözünü ettiğim bilince sahip bir kişi, onu aşağılamak niyetiyle muamele edildiği zaman, kendini aşağılanmış hissetmeyebilir; buna karşılık bu bilince sahip olmayan bir kişi, hak ettiği, ancak kendi imgesine aykırı bir muamele gördüğü zaman gururunu kırılmış hissedebilir.

İnsan hakları insan onuruyla, yani tür olarak insanın bazı yapısal olanaklarının değerinin bilgisiyle ilgilidir. Bu bilgi de, insan hakları normlarının türetiminde büyük öncülleri oluşturur. Böyle normlar oldukları için insan hakları, evrensel etik normlardır, dolayısıyla kültürel/sosyal normlardan ayırt edilmeli. Bu aynı nedenle de açıklıkla kavranılmış insan hakları, pozitif hukukun türetiminde ana öncülleri oluşturmalı: çünkü bu haklar insanın belirli yapısal olanaklarının gerçekleştirilmesinin koşullarını, dolayısıyla insanca bir yaşam sürebilmenin koşullarını dile getiriyor.

İnsan onuru kavramı insan haklarıyla ilgisinde insanın değeri kavramı aracılığıyla ortaya konduğunda, aynı zamanda, farklı kültürlerde farklı onur (*dignity*) anlayışları olduğu savının neden yanlış olduğunu; farklı olanın ise, namus/şeref anlayışlarının olduğunu görebilmemizi de sağlıyor. Eğer insan onurunun içeriği kültürden kültüre fark gösteriyorsa, bütün insanlar onur bakımından nasıl eşit olabilir ve eşitler olarak muamele görebilir?

Bugün sık sık karşı karşıya geldiğimiz, aynı fikirlere ilişkin farklı anlayışlar olgusu karşısında, bu fikirleri felsefeyle kavramlaştırmamız gerekiyor. Bunun nasıl yapılabileceği, Platon'un Menon dialogunu, Aristoteles'in *Nikomakhos'a Etik* başlıklı eserini ve başka felsefe eserlerini okuyarak öğrenebiliriz. Bu şekilde, bu kavramlaştırmaların ışığında böyle fikirleri değerlendirebilir ve bunlarla ilgili kültürel anlayışların ve bunların zemininde oluşturulan normların insan haklarının önüne geçirilmemesine yardımcı olabiliriz, böylece de kültürel anlayışlar uğruna insan haklarının ihlal edilmesini bir yere kadar önleyebiliriz, diye düşünüyorum.\*

---

\* Orijinali İngilizce olan ve Uluslararası Akademiler Birliğinin 24-26 Mayıs 2004'te Barcelona'da düzenlediği, evsahipliğini de Katalan Araştırmaları Enstitüsünün yaptığı "Droits et dignité de la personne humaine" konulu seminerde sunulan bildirden biraz farklı olan bu metin, Arslan Kaynaradağ'a Armağan olarak Mustafa Günay tarafından hazırlanan Türkiye'de Felsefenin Kuruluşması, başlıklı kitapta da yayımlanmıştır (İlya Yay, İzmir 2006, s. 288-294).



## YAZARLAR

### **Dr. Marten BREUER**

1971'de doğdu. Bavyera'daki Würzburg Julius-Maximilians Üniversitesi'nde hukuk öğrenimi gördü. 1997'de birinci hukuk devlet sınavını verdi, 2000 yılında "Anayasa Hukuku Açısından Yurtdışındaki Almanların Seçme Hakkı Talepleri" konulu, Prof. Dr. Dieter Blumenwitz'in yürüttüğü tezle hukuk doktoru oldu. 2002'de ikinci hukuk devlet sınavını verdi. Marten Breuer 2003'ten bu yana Postdam Üniversitesi Kamu, Devletler ve Avrupa Hukuku Kürsüsü'nde asistan (Prof. Dr. Eckart Klein) ve doçent adayı.

### **Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU**

1950'de doğdu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Başkanıdır. Limoges, Montesquieu (Bordeaux IV), Saint-Marne (Paris XII) ve Paris Descartes (Paris V) Üniversitelerinde, "Professeur invite" statüsü ile ders, konferans ve seminerler vermektedir. İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanlığı (1998-2001), Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Kurucu Başkanlığı (2001-2005) ve Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu Başkanlığı (2001-2005) görevlerini yürütmüştür. Uluslararası Anayasa Hukuku Derneği Yürütme Kurulu Üyesi olan KABOĞLU, BirGün gazetesi yazarıdır. Ayrıca, Türkiye Barolar Birliği nezdinde hazırlanan ve 2001'de sonuçlanan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi"nin de Bilim Kurulu'nda da yer aldı.

Yayınlanmış başlıca telif eserleri: Kolektif Özgürlükler, Çevre Hakkı, Anayasa ve Toplum, Özgürlükler Hukuku, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Anayasa Yargısı; editörlüğünü yaptığı başlıca eserler: Les Autorités Administratives Indépendantes (Bağımsız İdari otoriteler, Lâiklik ve Demokrasi, Kopenhag Kriterleri/Critères de Copenhague, Azınlık Hakları/Droits des Minorités.

### **Doç. Dr. Korkut KANADOĞLU**

1968'de Bingöl'de doğdu. İzmir Bornova Anadolu Lisesi'ni ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Doktora ve doçentlik ünvanlarını İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde kazandı. Halen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır. Eserlerinden bazıları, "Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması" ve "Anayasa Mahkemesi"dir.

### **Prof. Ioanna KUÇURADİ**

1936 yılında İstanbul'da doğdu. İstanbul Üniversitesinde felsefe okudu. İstanbul ve Atatürk üniversitelerinde bir süre çalıştıktan sonra, 1968-2005 yılları arasında Hacettepe Üniversitesinde görev yaptı. 1969 yılında bu Üniversitenin Felsefe Bölümünü kurdu ve 2003 yılına kadar başkanlığını yürüttü. 1998'de kurulan İnsan Hakları ve Felsefesi Uygulama ve Araştırma Mer-

kezinin de 2005 yılına kadar müdürlüğünü yaptı. 2006 yılında Maltepe Üniversitesinin Felsefe Bölümüne ve bu Üniversitenin İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezinin müdürlüğüne atandı. 1980 yılından beri Türkiye Felsefe Kurumunun başkanı, 1986 yılından beri de Uluslararası Felsefe Kuruluşları Federasyonunun yönetim kurulu üyesi (1988-1998 arasında bu Federasyonun Genel Sekreteri, 1998-2003 yılı arasında Başkanı), halen de bir Önceki Başkanıdır. Aldığı ödüller arasında Goethe Madalyası (1996) ve Almanya Federal Cumhuriyeti Liyakat Nişanı Büyük Liyakat Haçı (2001) de vardır.

### ***Prof. Dr. h.c. mult. Jutta LIMBACH***

1934'te doğdu. Hukuk öğrenimi gördü. 1966'da doktor, 1971'de doçent oldu. Medeni Hukuk, Ticaret ve İktisat Hukuku, Hukuk Sosyolojisi profesörlüğü yaptı (1971–2002). 1992–1993 yıllarında Federal Almanya Parlamentosu ve Federal Konsey Genel Anayasa Komisyonu üyesi olarak görev aldı. 1989'dan 1994'e kadar Berlin Eyaleti adalet senatörlüğü görevinde bulundu. 1994–2002 yıllarında Federal Anayasa Mahkemesi başkanlığı yaptı. Basel, Rotterdam, York (Toronto) üniversiteleri ile University College London ve Pontificia Universidad Catolica del Peru'dan fahri doktor unvanı aldı. 01.01.2002'den 31.03.2008'e kadar Goethe Enstitüsü'nün başkanlığını yürüttü.

### ***Prof. Dr. Christian RUMPF***

Stuttgart'ta avukat. Bamberg Üniversitesi Türk Hukuku fahri profesörü. 1954'te doğdu. Heidelberg'de öğrenim gördü ve "Türk Hukuk Sisteminde Hukuk Devleti İlkesi" konulu teziyle doktor unvanı aldı. Frankfurt Üniversitesi'nde Profesör Bothe'nin (Kamu Hukuku, Avrupa Hukuku ve Devletler Hukuku) asistanlığını yaptı, ayrıca yaklaşık yirmi yıl boyunca Heidelberg Max-Planck Devletler Hukuku Enstitüsü'nde Türk Hukuku uzmanı olarak görev aldı. Avukatlık mesleğini ağırlıklı olarak İktisat Hukuku alanında sürdürse de, Anayasa Hukuku, Avrupa Hukuku ve Devletler Hukuku alanlarında yazar ve hakem olarak da tanınıyor.

### ***Prof. Michael SACHS***

12 Haziran 1951'de Duisburg'da doğdu. 1969-1973 yılları arasında Köln'de hukuk öğrenimi gördü. Sırasıyla 1973 ve 1978'de birinci ve ikinci hukuk devlet sınavlarını verdi. 1976'da Köln'de hukuk doktoru unvanını aldı. 1978'den 1985'e değin Köln Üniversitesi'nde asistan olarak çalıştı. 1985'te Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doçent, 1987'de Augsburg Üniversitesi'nde Kamu Hukuku profesörü oldu. 1991'de Potsdam Üniversitesi Kamu Hukuku ve Anayasa Tarihi Kürsüsü'nde, 1995'te Düsseldorf Üniversitesi Kamu ve İdare Hukuku Kürsüsü'nde görev yaptı. 1 Ekim 2001'den bu yana Köln Üniversitesi Kamu ve İdare Hukuku Kürsüsü'nde çalışıyor ve Bernhard Kempen'le birlikte Alman ve Avrupa Bilim Hukuku Enstitüsü'nü yönetiyor. 1 Kasım 2005'ten bu yana Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanı.

### ***Prof. Dr. Christian STARCK***

Göttingen Üniversitesi emekli profesörü. Göttingen Bilimler Akademisi Başkanı. 1937'de Breslau'da doğdu. Kiel, Freiburg ve Würzburg'da üniversite öğrenimi gördü, stajyerlik sınavını

1960'da verdi. 1963'te hukuk doktoru unvanını aldı, 1963–64 yıllarında Würzburg'da asistan olarak görev yaptı. 1964'te Münih'te yargıçlık sınavını verdi. 1964–67 yılları arasında Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nde stajyer olarak görev yaptı. 1968–71 yılları arasında Bavyera yerel yönetiminde (kısmen izinli) idari memur olarak çalıştı. 1969'da Würzburg'da Kamu Hukuku ve Hukuk Felsefesi doçenti oldu. 1971'den bu yana Göttingen Üniversitesi'nde devamlı statüde Kamu Hukuku profesörü. 1976/77'de rektörlük, 1991–2006 yılları arasında Aşağı Saksonya Devlet Yüksek Mahkemesi'nde yargıçlık yaptı. 1978–1992 yıllarında ZDF televizyonunda yayın kurulu üyesi olarak görev aldı. 1991–2000 yılları arasında Arte Almanya Televizyonu'nun danışma kurulu başkanlığını yürüttü. 1987'de Paris I Üniversitesi'nde (Panthéon Sorbonne), 1989'da ise Nanking'de konuk profesör olarak bulundu.

### ***Prof. Oktay UYGUN***

1963'te Trabzon'da doğdu. 1985'te İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. Aynı üniversiteden Kamu Hukuku alanında 1987'de Yüksek Lisans, 1991'de Doktora derecelerini aldı. 1992'de Yardımcı Doçent olarak atandı. 1995'te Doçent unvanını aldı. 2005 yılında Profesör oldu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku öğretim üyesi olan Oktay Uygun'un yayımlanmış kitapları şunlardır:

1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992 Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları, TODAİE Yayını, Ankara, 1996 Vatandaşlık ve İnsan Hakları Eğitimi (İlköğretim okulları için ders kitabı), İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2000 Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2003 Federal Devlet: Temel İlkeleri, Başlıca Kurumları ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, 3. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2007.

