

ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Zabunoglu
ARMAĞANI

ANKARA 2011

Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316

© 2011

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Cemal Gürsel Cad. No: 58
06590 Cebeci-Ankara
Tel: (312) 595 50 00 Faks: (312) 363 56 96

Tüm hakları saklıdır.

Kapak Tasarım: Aykut Şengözer

ISBN : 978-605-136-010-2

Baskı Yeri:
Ankara Üniversitesi Basımevi
İncitaşı Sokak No:10 06510 Beşevler / ANKARA
Tel: 0 (312) 213 66 55
Basım Tarihi: 28 / 10 / 2011



ARMAĞAN YAYIN KURULU

Metin Günday (Başkan)

M. Artuk Ardıçoğlu

Metin Kayaçağlayan

K. Burak Öztürk

M. Ayhan Tekinsoy

H. Gökçe Zabunoğlu

Yayın Kurulumuz katkılarından dolayı:

Cavid Abdullahzade, Mustafa Akkaya, Hüseyin Altaş, Kemal Gözler, Çiğdem Güner, Merih Öden, Mehmet Özdamar, Türkan Yalçın Sancar, Ali Ulusoy ve Eylem Ümit Atılğan'a teşekkürlerini sunar.

Fotoğraf: Metin Kayaçağlayan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
ve
TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA
“DEMOKRASİ” KAVRAMI*

Metin KAYAÇAĞLAYAN**

Sayıları iki yüzü aşan dünya ülkeleri demokratik olmayan, yeni demokratikleşmiş ve eski - göreceli olarak - köklü bir demokrasiye sahip olan hükümetleri olanlar olarak sınıflandığında, her grup içerisinde birbirinden son derece farklı ülkeler yer alacağına kuşku bulunmamak gerekir. Yine de bu tasnif, demokratik perspektiften bakıldıkta, her grubun farklı bir zorlukla karşı karşıya olduğunu tespit noktasında önemli ipuçları sunar. Demokratik olmayan ülkeler için zorluk demokrasiye *geçiş* yapıp yapmayacakları ya da nasıl geçecekleridir. Yeni demokratikleşmiş ülkeler için ise zorluk yeni demokratik yöntemlerin ve kurumların zaman, politik fikir ayrılıkları ve krizlere karşı koyabilmek için nasıl *güçlendirileceği* noktasında ortaya çıkarken, eski ve köklü demokrasiler demokrasilerini mükemmelleştirmek ve *derinleştirmek* sorunu ile karşı karşıyadır.

George Orwell, “...*demokrasi gibi bir sözcüğün, hem üzerinde anlaşılmış bir tanımı yoktur, hem de bir tanım yapılmaya kalkışıldığında buna her taraftan itiraz gelmektedir*”, diyerek demokrasi kavramının tanımlanmasındaki güçlüğü işaret etmiş, demokrasinin saydam bir sözcük olduğunu belirten Sartori¹ de, sözcüğün anlamının, dildeki ilk anlamına kolaylıkla bağlanabildiğini, bu nedenle demokrasiyi sözcük anlamına göre

* Bu çalışma daha önce, 2002-2003 öğretim yılında, Prof. Dr. Yahya Kazım Zabunoğlu tarafından verilen “Genel Devlet Teorisi Doktora Dersi”nde sunulmuştur.

** Avukat, Ankara Barosu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı İdare Hukuku doktora programı öğrencisi.

¹ Giovanni Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınevi, s. 4.

tanımlamanın kolay olduğunu ve fakat demokrasi teriminin temsil ettiği şeyler nedeniyle, dildeki ilk anlamın, asıl yanıt verilmesi gerekli olan, demokrasinin nasıl bir şey olduğu sorusuna yanıt veremediğini savunmuştur. Sartori'ye göre, "...demokrasiyi tanımlama sorunu iki yönlüdür, deyim yerindeyse, demokrasi için, hem olanı, hem de olması gerekeni içeren bir tanıma ihtiyaç vardır. Biri olmadan öbürü de olamayacağı gibi, birinin yerine öbürünü koymak da olası değildir".² Bu nedenle çalışmamızın temel kavramı olan "*demokrasi*" kavramını tanımlama çabasına girilerek, tanımlar arşivine bir tanım daha katmak yerine, çalışmamızda bu kavramın üzerinde mutabık kalınan unsurlarını saptamaya çalıştık.

Robert Dahl demokrasinin "*asgari usuli*" şartları adını verdiği listesinde, devlet politikası ile ilgili kararların sık sık yapılan ve dürüstçe idare edilen seçimlerle işbaşına gelen anayasal organlar tarafından yürütülmesi ile *tüm yetişkin yurttaşların* bu organların seçiminde oy kullanma ve seçimle belirlenen organlara seçilebilme olanağına, siyasi sorunlarla ilgili olarak ifade hürriyetine, alternatif bilgi kaynaklarına ulaşma olanağına ve örgütlenme özgürlüğüne sahip olmaları durumunda demokrasiden söz edilebileceğini belirtmiştir.³ Bunlara devletin seçilmiş organlarına seçilmemişlerin müdahale etmemesi/ edememesi ve devletin kendi kendini yönetmesi, bir başka deyişle dış etkilere karşı bağımsız olması koşullarının da eklenmesi mümkündür.⁴

Demokrasi, bir çoğunluk yönetimi olarak tanımlansa bile, demokratik bir rejimde azınlık haklarının çoğunluğa karşı korunmasından vazgeçilemez; çünkü, toplum iradesinin gerçek anlamda ortaya çıkabilmesi için, farklı görüşlerin özgür bir biçimde ifade edilmesi ve tartışılabilmesi gerekir. Sadece, kamuoyunun serbestçe oluşabildiği bir toplumda, çoğunluk iradesi özgür olarak belirebilir. Bu da, azınlıkların haklarının korunmasını gerekli kılar. Aksi halde, belli bir andaki çoğunluğun görüşü her zaman için topluma hakim kılınmış ve bugünkü azınlığın, bir gün çoğunluk haline gelmesi olanağı ortadan kaldırılmış olur. Azınlıkların temel haklarının tanınıp güvence altına alınmadığı bir rejimde, yöneticileri seçme özgürlüğü de

² Sartori, a.g.e., s. 5.

³ Robert Dahl, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, New Heaven, Yale University Press, 1982, s. 11.

⁴ Philippe C. Schmitter, Terry Lynn Karl, *Demokrasi Nedir? Ne Değildir?*, Çev. Levent Gönenç, *Demokrasi'nin Küresel Yükselişi içinde*, Derleyenler Larry Diamond, Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 73 vd.

büyük bir anlam taşımaz; çünkü, serbest biçimde oluşmayan kamuoyu, bu özgürlükten de gereği gibi yararlanamaz.⁵ Çoğulcu demokrasi anlayışı, demokrasiyi mutlak ve sınırsız bir çoğunluk yönetimi olarak kabul etmez. Aritmetik bir çoğunluğun daima kamu iyiliğine yöneleceği, ispatlanması mümkün olmayan bir iddia olduğundan, demokrasi, çoğunluğun yönetimi ilkesine dayanmakla birlikte, bunu azınlığın temel haklarıyla bağdaştıran bir rejimdir.⁶

Batı tipi demokrasilerde ilk bakışta vurgu yapılan kavram çoğulculuktur. Kuramsal düzeyde çoğulculuk, hiçbir düşüncenin ayrıcalığının olmadığı, her düşüncenin özgür olduğu ve özgürce ifade edilebildiği ve iktidara gelebilme hakkının var olduğu yaklaşımdır. Buna göre her düşünce içerik, açıklanma ve örgütlenme bakımından özgürdür.

Siyasal sistemin demokratikleştirilmesi çerçevesinde sürdürülen herhangi bir tartışmayı, ifade hürriyeti sorunundan bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. Özellikle sınırlı ve tarafsız bir devletin gerçekleştirilmesi yönlerinden düşünüldüğün-de, ifade hürriyetinin öncelikli bir sorun olarak belirişi kaçınılmaz bir durumdur. İfade hürriyetinin asıl fonksiyonu, sorgulayıcı ve eleştirel nitelikteki sözlerin korunması bakımından ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla sorgulayıcı bir yanı bulunmayan ve sadece meşru olduğuna inanılan fikirlerin açıklanması şeklindeki bir kullanımı, ifade hürriyetinin varlığı bakımından bir kanıt olarak değerlendirmek mümkün değildir. İfade hürriyeti bakımından öncelik taşıyan husus fikirler arasında ayırım yapılmaması ve bu hürriyetten herkesin yararlanmasının güvence altına alınmasıdır.⁷ Demokratik sistem, düşünce ve görüşlerin serbestçe açığa vurulması esası üzerine kurulmuştur. Modern, katılımcı demokrasilerde, yurttaşlar geleceklerini ilgilendiren konularda düşüncelerini açığa vurmak yoluyla karar alma sürecini etkilemekte ve katkıda bulunmaktadır. Kamuoyunun serbestçe oluşması ilkesine dayanan demokrasilerde, düşüncelerin ve onları açığa vurmaya olanak tanıyan araçların bulunması zorunludur. Bu esaslar bütün olarak ele alındığında, ifade hürriyeti, bireylerin serbestçe bilgiye ulaşabilmesi, edindiği fikir ve

⁵ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları*, Ankara, 1989, s. 14.

⁶ Ergun Özbudun, a.g.e., s. 13.

⁷ Reyhan Sunay, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu*, Ankara, 2001, s. 2.

kanaatlerinden dolayı kaygı duymaması ve bunları serbestçe dışa vurabilme imkanı olarak ortaya çıkmaktadır.⁸

Demokrasi kavramının tarihsel gelişimi/evrimi teorik çerçevesi ve farklı coğrafyalardaki uygulamaları bu çalışmanın kapsamı ve açıklama iddiasının dışında kalmaktadır. Bu çalışmada, Avrupa Anayasası olarak da nitelendirilen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ve Türk Anayasa Mahkemesi kararları ışığında “demokrasi” kavramının nasıl değerlendirildiği analitik bir yöntemle ortaya konmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede baştaki tasnife geri dönüldüğünde, 1946’dan bu yana demokratikleşme macerasını yaşayan Türkiye’nin, demokratik kurumları *güçlendirme* ve *derinleştirme* çabasının hangi aşamasında olduğu, Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde tespit edilecektir.

A - "Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri" ve AİHM

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, “demokratik toplum düzeni ilkesi” bazı hakların sınırlandırılmasına sınır çizen bir ilke olarak kullanılmıştır. Sözleşme’nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında öngörülen meşru nedenlere dayanılarak bu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması, sınırlamanın demokratik bir toplumda “gerekli” olması koşuluna bağlanmıştır.

Komisyon ve Mahkeme kararlarında demokratik toplum düzeni öğeleri ortaya konmuştur. Bu ilkenin hangi öğelerden oluştuğu konusu ele alınmadan önce, Komisyon ve Mahkemenin demokratik toplum düzeni kavramını yorumlarken demokrasi anlayışında ortak bir standart bulma çabası içinde olduğunun belirtilmesi gerekir. Sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukukları, Avrupa genelindeki sosyal, siyasal ve hukuki gelişmeler Sözleşme organlarınca göz önüne alınmakta ve bu yöntemle insan hakları ve demokrasi anlayışında bir Avrupa standardı oluşturulmaktadır.⁹

Demokratik toplum düzeni konusunda ortak bir standart belirlenirken, esnek bir tutum izlenmekte ve Sözleşmeye taraf devletlerin içinde bulundukları somut koşullar dikkate alınmaktadır. Nitekim Delcourt kararında, Sözleşmeye aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin ortak Avrupa standardını yansıtmadığı tespit edilmekle birlikte, Belçika’nın özel koşulları göz önünde bulundurularak, Sözleşme’nin ihlal edilmemiş olduğu sonucuna

⁸ Bülent Tanör, Siyasal Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitebevi, İstanbul, 1969, s. 15.

⁹ Batum, a.g.e., s. 221 vd.

ulaşılmıştır. Görüldüğü gibi, Mahkeme ve Komisyon ülkelerin kendi özelliklerini de göz önünde bulundurarak, genel ve ortak bir standart bulmaya çalışmaktadır.¹⁰

1 - Demokratik Toplumda Gerekli Olma

Mahkeme'ye göre, “*gerekli*” sıfatı, “*vazgeçilemez*” kelimesi ile eş anlamlı değildir. Bu terim, örneğin 2. maddenin 2. fıkrası ile 6. maddenin 1. fıkrasında yer alan “*mutlak surette gerekli*”, “*kesinlikle gerekli*” ya da 15. maddenin 1. fıkrasındaki “*durumun zorunlu olarak icap ettirdiği ölçüde*” deyimlerinin taşıdığı kesinlik ve yoğunluğu içermemektedir. Bununla birlikte, bu terim, “*kabul edilebilir*”, “*normal*”, “*yararlı*”, “*makul*”, “*elverişli*” kavramlarının esnekliğine de sahip değildir. Mahkeme içtihadında, “*gerekli*” sözcüğü, “*zorlayıcı bir toplumsal ihtiya(cı)*” ifade etmektedir.¹¹ Mahkeme'ye göre, söz konusu zorlayıcı toplumsal ihtiyacın tayin ve takdiri ilke olarak öncelikle, ülke gerçekleriyle dolaysız ve devamlı temasta olan ulusal mercilere aittir, ancak yukarıda işaret edildiği gibi, bu tayin ve takdir hakkı üzerinde Mahkeme'nin denetim yetkisi sürmektedir. Bir başka deyişle, “*müdahalenin gerekliliği*” konusunda, devletler Mahkeme'nin denetimine tabi olan bir “*takdir marjı*”na sahiptirler. Bu marjın kapsamı, somut olayda müdahaleye konu olan hak ve özgürlüğe ve güdülen meşru amaca göre değişmektedir. Mahkeme'nin titizlikle göz önünde bulundurduğu unsur, hak ve özgürlüğü sınırlayıcı önlemin, güdülen amaçla oranlı olmasıdır. Bir hakkı sınırlamaya yönelen müdahale aracının amaçla oranlı sayılabilmesi içinse, kullanılan müdahale aracının, yöneldiği amacı gerçekleştirmeye *elverişli, gerekli* ve *ölçülü* olması gerekmektedir.¹²

Gereklilik denetiminde zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı araştırılırken soyut bir değerlendirme yapılmayıp, çeşitli unsurlar göz önünde bulundurulmaktadır. Bu unsurlara örnek olarak, sınırlama amacı ile aracı arasındaki makul denge, sınırlamanın hangi şartlar altında yapıldığı ve sınırlama konusu yapılan hakkın niteliği gösterilebilir. Devletler gereklilik şartının belirlenmesinde, takdir marjına sahip olsalar da, bu yetki denetime tabidir. 10. madde ile koruma altına alınan hak ve hürriyetlerin kullanılması ile ilgili bir müdahale söz konusu olduğunda, bu denetim, anılan hak ve

¹⁰ Batum, a.g.e., s. 224.

¹¹ Mah. K., Handyside, İngiltere, 7.11.1976, A 24, s. 22, par. 48, Sunday Times/ İngiltere, 26.4.1979, A 30, s. 35, par. 59, Barthold/ Almanya, 25.3.1985, A 90, s. 25, par. 55.

¹² Mah. K., Mialhe/ Fransa, 25.2.1993, A 256, par. 55.

hürriyetlerin demokratik toplum bakımından sahip olduğu özel önem nedeniyle, ayrıntılı bir biçimde yapılmakta ve müdahalenin gerekliliğinin inandırıcı bir biçimde ortaya konulması beklenmektedir.¹³

2 - Demokratik Toplum Düzeninin Unsurları

Bu noktada demokratik toplum düzeninin öğelerinin ortaya konulması gerekmektedir. Mahkeme, yukarıda da anılan Handyside kararında, demokratik toplumun en önemli öğelerinin çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık olduğunu belirtmiştir.

Çoğulculuk, kurumsal ve özellikle ideolojik planda bir çoğulculuktur. Kurumsal çoğulculuk, demokratik bir devlet yapısında yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrılığını gerektirir. Özellikle yargı organının, kuruluş ve yetkileri bakımından diğer organlardan farklı bir temele oturması kurumsal çoğulculuğun en önemli yönüdür. Bunun dışında, merkezi yönetimden farklı, özerk yönetim ilkelerine bağlı yerel yönetimlerin bulunması da kurumsal çoğulculuğun diğer yönünü oluşturmaktadır.¹⁴

İdeolojik çoğulculuk, geniş anlamıyla, hak ve hürriyetlerin varlığı ve ifade hürriyetinin sağlanması ile gerçekleşir. Bu kavram özel olarak, siyasal partilerin çokluğunu ifade eder. Mahkeme, Handyside kararında ifade hürriyetinin demokratik toplumun temel dayanaklarından birini oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme, demokratik toplum düzenini, azınlık - çoğunluk karşılığında yorumladığı, Young, James ve Webster kararında¹⁵, demokrasinin, çoğunluğun görüşünün sürekli üstün olmasından ibaret olmadığını, bunun tersine, azınlıklara da hak tanınması ve üstün durumda olan tarafın bu üstünlüğünü kötüye kullanmasına engel olunması yönünden bir dengenin gözetilmesini gerekli kıldığını belirtmiştir.

Mahkeme, demokratik toplum düzeninin örgütlenme özgürlüğü ile ilişkisi konusunda birbirine zıt kararlar almıştır. Mahkeme, Alman Komünist Partisi kararında, bu partinin *muhtemel faaliyetlerini* göz önünde bulundurup, başvurunun yapıldığı tarihteki faaliyetlerinin yalnızca anayasal yollarla iktidarı ele geçirmeye yönelik olsa ve bu durum kanıtlanmış olsa da, bunun anılan partinin *geleneksel* hedeflerinden vazgeçtiği anlamına gelmeyeceğini belirterek, bu partinin kapatılmasının demokratik toplumun

¹³ Mah. K., Glasenapp/ Almanya, 11.5.1984, A 104, s. 49, par. 110.

¹⁴ Batum, a.g.e., s. 229 -230.

¹⁵ Mah. K., Young, James ve Webster/ İngiltere, Seri A no: 44, s. 23, paragraf 57.

gereklerine aykırı olmadığına karar vermiştir. Alman Komünist Partisi kararı, bu yanıyla değerlendirildiğinde, ifade ve örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasında mevcut ve yakın bir tehlikenin varlığı değil, ileride doğabilecek muhtemel tehlike durumunun esas alındığı görülecektir. Bu yaklaşımın, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin geliştirmiş olduğu “açık ve mevcut tehlike” ile “zararlı eğilim” ölçütlerinden ikincisine daha yakın olduğu açıktır.

Oysa Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında daha farklı bir tutum sergilemiştir. Bu kararında Mahkeme, örgütlenme özgürlüğünü koruma altına alan 11. maddenin, özerk anlamına ve özel uygulama alanına karşın, 10. madde ışığında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve düşüncenin korunması ve bunu açıklama özgürlüğünün 11. maddede öngörülen toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün önemli unsurlarından biri olduğuna işaret edip¹⁶, siyasal partilerin demokrasinin layıkıyla işleminde ve çoğulculuğun korunmasındaki önemli rolüne vurgu yaparak, bu hükmün öncelikle uygulanacağı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, ifade hürriyeti yalnızca inandırıcı ve zorlayıcı sebeplerle kısıtlanabileceğinden, 10. maddede öngörülen istisnalar, siyasal partiler söz konusu olduğunda dar bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle taraf devletler, 10. maddenin 2. fıkrasında öngörülen zorunluluğun varlığının tespiti konusunda; hem yasalar, hem de bu yasaların uygulanması için alınan kararlar üzerinde sıkı bir Avrupa denetimi olan, sınırlı bir takdir marjına sahiptirler.

Mahkeme, Alman Komünist Partisi kararında kullandığı “zararlı eğilim” ölçütünü terk ederek, TBKP'nin faaliyetlerine başlayamadan kapatıldığını ve kapatma kararının partinin tüzük ve programı temelinde alındığını belirtmiştir. Mahkeme, bir partinin kendisine verdiği adın, ilke olarak, diğer ilgili ve yeterli koşullar olmaksızın, tek başına, kapatılma gibi radikal bir tedbiri haklı göstermeyeceğini, TBKP'nin “komünist” adını seçerek, Türk toplumu veya devleti için gerçek bir tehlike oluşturan bir politikayı benimsemiş olduğunu gösteren somut kanıtlar olmaksızın, sadece ismin partinin kapatılması için yeterli sebep olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

¹⁶ Bkz. diğerleri yanında, 13 Ağustos 1981 tarihli Young, James ve Webster/ Birleşik Krallık Davası kararı, Seri A no: 44, s. 23, paragraf 57, 26 Eylül 1995 tarihli Vogt/ Almanya kararı, Seri A no:323, s. 30, prg. 64).

TBKP'nin kapatılmasının ikinci nedeni, bu partinin ayrımcılığı ve Türk ulusunun bölünmesini teşvik etmeyi hedeflemesidir. Mahkeme, TBKP'nin tüzüğünde, Kürt "halkı" ve "ulusu" ile Kürt "yurttaşlarına" gönderme yapılmasına karşın, Kürtler bir "azınlık" olarak nitelendirilmediği gibi, onlara farklı muamele yapılması ya da haklar tanınmasını ya da geri kalan Türk nüfusundan ayrılması hakkında söz edilmediğini belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre, demokrasinin temel özelliklerinden birisi bir ülkenin karşılaştığı sorunları, taciz edici olsalar da, şiddete başvurmaksızın, diyalogla çözmesidir. Demokrasi ifade özgürlüğü ile beslenir. Bu bağlamda, bir siyasal grubun bir devletin bir kısım halkının kaderini aleni olarak tartışmak istemesi ve tüm ilgilileri tatmin edecek çözümler bulmayı hedeflemesi nedeni ile endişe duyulmamalıdır. Ancak bir siyasi partinin, programında alenen açıklananlardan farklı hedef ve niyetlerinin varolma olasılığı dışlanamaz. Bundan emin olmak için, bu programın içeriği ile, sahibinin eylemleri ve tutumlarını karşılaştırmak gerekir. Bu olayda TBKP'nin programının herhangi bir somut eylemi tarafından yalanlanması olanağı yoktur, zira kurulur kurulmaz kapatılmış ve TBKP programını uygulama zamanı bile bulamamıştır. Böylece sadece ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan bir davranış cezalandırılmış olmaktadır.

Mahkeme'ye göre, TBKP tüzük ve programı, TBKP'nin, Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlükleri tahrip etmeyi hedefleyen bir faaliyete girişmek veya bir eylem yapmak için Sözleşme'den yararlanacağı sonucuna varmaya hiçbir şekilde izin vermediğinden, 17.maddenin uygulanmasına da yer yoktur.¹⁷

Tüm bunlar karşısında, Mahkeme, daha faaliyetlerine bile başlamadan önce verilen ve yöneticileri için siyasal sorumluluk alma yasağı getiren; TBKP'nin derhal ve nihai olarak kapatılması gibi radikal bir tedbirin, hedeflenen amaca göre orantısız olduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

Demokratik toplumun diğer unsurlarından olan hoşgörü kavramı konusunda da Mahkemenin çeşitli alanları ilgilendiren kararları bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hürriyetlerin sınırlandırılmasında "genel ahlak" sebebinin kullanılıp kullanılamayacağı ve bu konudaki ölçü sorunudur. Mahkeme Handyside kararında, ahlaki değerlerin korunması amacıyla hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi ve bu gibi değerlerin

¹⁷ Mah. K., Lawless/ İrlanda, 1.7.1961, A 3, s. 45-46, par. 7.

korunmasında devletlerin takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde siyasal alan ve sistemi ilgilendiren ve siyasal sistemi eleştireci ve sorgulayıcı türdeki görüşler karşısında da Mahkeme, hoşgörü kavramı çerçevesinde, serbest fikri tartışma ile demokrasi arasındaki bağlantıyı ele alarak, resmi görüşe ve statükoya aykırı olan görüşlerin de ifade hürriyeti çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu belirtilenlerin dışında hukukun üstünlüğü, ölçülülük ilkesi ve kamu yararı ile bireysel hakların korunması hususları da esas itibarıyla demokratik toplum kavramı içerisinde değerlendirilmekte ve diğer unsurlarla birlikte, devlet yetkilerinin maddi içeriğinin belirlenmesinde hukuki bir çerçeve oluşturulmaktadır.¹⁸

B - Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi

Anayasa, bir siyasal topluluğun temel düzenini ifade eder. Daha “mutlak” bir tanımlamayla ise anayasa, bir devletin siyasal ve sosyal düzeninin somut bütünsel durumu demektir. Yukarıda da değinildiği gibi, anayasacılık hareketlerinin temelinde, iktidar sahiplerinin mutlak gücünü sınırlama çabalarının yattığı görülür. Bir bakıma, anayasacılık hareketlerinin tarihi, iktidarı çeşitli yöntemlerle sınırlama arayışlarının tarihidir denilebilir.

1982 Anayasası, liberal batı demokrasisinin anayasalarını doğuran sosyal ve siyasal dinamiklerden farklı bir varlık nedenine dayanmaktadır. Batı liberal anayasacılığının özü, siyasal iktidarın sınırlanmasına dayanırken, 1980 müdahalesiyle yeni bir anayasa yapılmasının esas dürtüsü özgürlüğün ve demokrasinin korunması ve pekiştirilmesi değil, otoritenin ve devletin güçlendirilmesi esası olmuştur.¹⁹ Bu anlayış, Kenan Evren’in Anayasayı tanııtma konuşmalarında da açıkça ifadesini bulmuştur. Evren, devletin bir ayağı olmayan ve koltuk değneğiyle yürüyen bir insan olmaktan öteye geçemediğini belirtmiş ve yeni anayasanın bu sakıncayı bertaraf edeceğini ileri sürmüştür.²⁰ Evren, bütün anayasayı tanııtma konuşmalarında, yeni bir anayasanın hazırlanmasını gerekli kılan nedenler arasında birinci sırayı,

¹⁸ Sunay, a.g.e., s. 110, Uygun, a.g.e, s. 181-183.

¹⁹ Bülent Tanör, İki Anayasa (1961-1982), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1991, s. 97.

²⁰ Türkiye Cumhuriyeti Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren’in Yeni Anayasayı Devlet Adına Resmen Tanıtma Programı Gereğince Yaptıkları Konuşmalar (24 Ekim-5 Kasım 1982), TBMM Basımevi, Ankara, 1982, s. 12, 46, 87, atfen Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989, s. 49.

otoriteye duyulan ihtiyaca vermiştir.²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, 1982 Anayasasının, kendisinden önceki anayasalardan farklı olarak, devlet otoritesine yaptığı vurguyu şöyle ifade etmiştir:

“ 1982 Anayasasının, 1961 ve hatta 1924 Anayasalarına karşı güçlü devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verdiği ve özellikle yürütmeyi yasama ve yargı karşısında daha da güçlendirdiği tartışmasızdır. Anayasanın birçok maddesi bu temel düşünceye uygun olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir.”²²

1 - 1982 Anayasası’nın Biçimsel Kaynakları

1982 Anayasasının biçimsel kaynakları, ilk bakışta, 1961 Anayasası (1971 ve 1973’de değiştirilmiş şekliyle), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve MGK tarafından çıkarılan yasalardır.²³ Değiştirilmiş 1961 Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi daha ziyade biçimsel olarak ve özleri değiştirilerek kullanılmıştır. Bu durum temel hak ve özgürlüklerin rejimi konusunda çok açık bir şekilde fark olunmaktadır. Burada her iki belgenin temel hak ve özgürlükler sistematığı ve listesi, başka yeni bazı uluslararası metinlerden de yararlanılarak geliştirilmiş, fakat işin özüne gelince, bu tamamen tersine çevrilmiştir.²⁴

2 - 1982 Anayasası’nın Temel Özellikleri

Özbudun 1982 Anayasa’nın temel özelliklerini şöyle sıralamıştır; 1982 Anayasası, 1961 Anayasası’na oranla daha kazuistik bir yöntemle hazırlanmıştır, 1961 Anayasası’ndan daha katı bir nitelik taşır, otorite-hürriyet dengesinde otoritenin ağırlığını arttırmıştır, devlet yapısı içinde yürütme organını güçlendirmiştir, siyasal karar alma mekanizmalarındaki tıkanıklığı giderici hükümler getirmiştir ve daha az katılmacı bir demokrasi modelini benimsemiştir.

Sancar, 1982 Anayasasının iktidar lehine kullandığı açık tercihin, buna bağlı olarak insan haklarına üstün yapısal konum tanımayışının ve nihayet insan haklarını evrensel boyutlarından soyutlama çabasının, bu anayasanın amacının, insan haklarının potansiyel gücünün samimi şekilde

²¹ Tanör, İki Anayasa ..., s. 98.

²² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, KT. 14.9.1983, E. 1980/4 - 1714, K. 1983/803, Yargıtay Kararları Dergisi, C. 9, Kasım 1983, S. 11, s. 1591.

²³ Tanör, İki Anayasa ..., s. 108.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tanör, İki Anayasa ..., s. 109 vd.

tanımak olmadığını gösterdiğini savunmuş ve bu anayasanın gerçek amacının, insan haklarının potansiyel gücünü denetim altına alıp bastırmak, giderek etkisizleştirmek ve böylece iktidara ayak bağı olmasını önlemek olduğunu ileri sürmüştür.²⁵

1982 Anayasasının insan hakları ve demokrasiyi evrensel boyutlarından soyutlama çabası başlangıç bölümünde açık bir şekilde göze çarpmaktadır: “... hiçbir kişi ve kuruluş, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı gibi, kişi ancak bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden yararlanarak (...) maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahiptir”. Böylece insan hakları ve demokrasi kavramları evrensel boyutlarından kopartılarak “millileştirilmiş” olmaktadır.²⁶

1982 Anayasası’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri sayılmaktadır. Bu madde uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, *inter alia*, insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletidir.

a) İnsan Haklarına Saygılı Devlet

1982 Anayasası’nın 2. maddesinde, Cumhuriyet’in nitelikleri arasında, “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı devlet” ilkesi sayılmıştır. Bu düzenlemede ilk göze çarpan konu, 1961 Anayasası’ndaki “insan haklarına dayalı” deyiminin yerine, 1982 Anayasası’nda, “insan haklarına saygılı” deyiminin kullanılmış olmasıdır. Bu ifadenin, basit bir üslup farkı mı, yoksa bir yaklaşım farklılığı mı olduğu hususu doktrinde tartışılmıştır. Soysal²⁷, Tanör²⁸ bunun çok temel bir yaklaşım farklılığı olduğunu savunurken; Özbudun²⁹ bunun bir anlatım farkı ötesinde temel bir anlam ve yaklaşım farkı olduğunu savunmanın güç olduğunu ileri sürmektedir. Bu konuda sağlıklı bir sonuca ulaşmak için 2. maddenin yazılış tarzının uyandırdığı bir başka kuşkuya da değinmek gerekmektedir. Bu maddede yer alan “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı tümcesi” değişik biçimlerde yorumlanmaya elverişlidir. Tanör³⁰ ve Soysal³¹ bu yazılış tarzının, toplumun

²⁵ Sancar, İnsan Hakları ..., s. 10.

²⁶ Bülent Tanör, Türkiye’nin İnsan ..., s. 255.

²⁷ Soysal, a.g.e., s. 188-190, 393-394.

²⁸ Tanör, a.g.e., 318-321.

²⁹ Özbudun, a.g.e., s.80.

³⁰ Tanör, a.g.e., s. 319-321.

huzuru, milli dayanışma ve adalet kavramlarının, “insan haklarına saygılı devlet”i nitelendiren, onun sınırlarını ve çerçevesini oluşturan kavramlar olarak okunup, yorumlanmaya elverişli olduğunu; bu durumda da, insan haklarına ancak toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet çerçevesi içinde ve bu kavramlar öncelikli saygı gösterilmesi gerektiği sonucunun çıkarılabileceğini savunmaktadırlar. Özbudun³² ise, maddenin yazılışındaki tereddüdü kabul etmekle birlikte, “içinde” sözcüğünden sonra virgül geldiğini, böylece “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet” kavramlarının, devletin insan haklarına saygılı olma borcunu sınırlamayan, onu çerçevelemeyen, ondan bağımsız bir blok oluşturduğunu kabul etmenin daha doğru olacağını savunmaktadır. Tanör ve Soysal görüşlerinin kabul edilmesi durumunda, insan haklarına saygı, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet gibi son derece sübjektif, soyut ve geniş kavramlarla çerçevelenmiş olarak değerlendirilecektir ki, bu yorum insan haklarına saygı ve devlete karşı korunan insan hakları anlayışına ters düşmektedir. Bu nedenle özgürlüklerin geniş yorumlanması ilkesinden hareketle, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet kavramlarının insan haklarına saygı ilkesinde ayrı bir ilke olarak kabulü ve bu suretle insan haklarına saygı kavramının bu ilkelere bağımsız bir boyut arz ettiği belirtilebilir.

1982 Anayasası’nın insan hakları yaklaşımı öğretide haklı olarak, devlet-birey, devlet-toplum ve toplum-birey arasındaki hak ve özgürlük ilişkilerinde, devleti toplum ve bireye ve toplumu da yine bireye tercih ettiği şeklinde yorumlanmıştır. Başka ifade ile temel hak ve özgürlüklerin zeminini teşkil eden “otorite özgürlük” dengesinde, 1982 Anayasası’nın devlet otoritesinin güçlenmesine ağırlık verdiği ileri sürülmüştür.³³

Öğretide olduğu gibi, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası’nı devlet otoritesine öncelik veren bir anayasa olarak değerlendirmiş ve yorumlamıştır

1982 Anayasası’nın getirdiği düzenleme Anayasayı devletçi ve otoriter bir biçimde değerlendirmeye elverişlidir. Ancak bu anayasanın özgürlükçü bir biçimde değerlendirilemeyeceği anlamına gelmez. Hukukçuların ve asıl misyonu temel hak ve özgürlükleri korumak olan

³¹ Soysal, a.g.e., s. 189-190, 393-394.

³² Özbudun, a.g.e., s. 80.

³³ Tanör, a.g.e., s. 323, Soysal s. 190.

Anayasa Mahkemesi'nin, anayasayı özgürlükçü olarak değerlendirmesi en başta gelen ödevidir.³⁴

b) Demokratik Devlet

1982 Anayasası'nın benimsediği demokrasi anlayışı, “insan haklarına saygılı”, yani anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatüründe “hürriyetçi demokrasi”, “Batı Demokrasisi” gibi çeşitli adlarla adlandırılan demokrasi türüdür.³⁵ Demokratik rejimin özellikleri, ülkeden ülkeye değişiklikler göstermekle birlikte, bu rejimin vazgeçilmez, asgari şartı olarak kabul edilmesi gereken bazı unsurlar da vardır. Bunların en önemlileri, siyasal sistemdeki temel siyasal karar organlarının genel oya dayanan serbest seçimlerle oluşması, serbestçe örgütlenen siyasal partiler arasında eşit şartlarla yürütülen iktidar yarışması ve tüm vatandaşların temel hak ve hürriyetlerinin tanınarak hukuki güvence altına alınmış olmasıdır.

Türkiye’de çok partili siyasi hayata geçildiğinden bu yana, klasik liberal demokrasi ölçütü çerçevesinde iki demokrasi anlayışı etkili olmuş ve bunlara da yine iki Anayasa anlayışı cevap olmuştur.³⁶ Bu anlayışlardan ilki, halkın siyasete oy verme dışındaki yollardan da aktif ve sürekli şekilde katılmasına ve daha geniş çerçevede bir çoğulculuğa taraftar olduğu gibi; seçimle oluşan devlet organlarının yetkilerinin, diğer anayasal kurum ve kuruluşlarla dengelenmesini gerekli görmektedir ki, 1961 Anayasası bu tür demokrasi anlayışının bir örneğidir.

İkinci demokrasi anlayışı ise, daha sınırlı bir katılma ve çoğulculuk yanlısıdır. Bu anlayışa göre halkın esas rolü, seçimlerde kendisini yönetenleri seçmek için oy vermekten ibarettir. Milli irade bu şekilde ortaya çıktıktan sonra, seçilmiş organlar devleti yönetmeli, halk ya da çeşitli gruplar bu aşamada siyasal kararları etkilemeye çalışmamalı veya en azından bu etki olabildiğince düşük düzeyde tutulmalıdır. Yine bu anlayışa göre, iktidarın kullanılması konusunda da, seçimle oluşan organların yetkileri yargı organları ve özerk kuruluşlar gibi genel oyla oluşmayan kurum ve

³⁴ Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, Üni. Yay. No: 3762, Fak. Yay. No. 703, İstanbul, 1993, s. 146.

³⁵ Özbudun, a.g.e, s. 68.

³⁶ Tanör, İki Anayasa 1961-1982, İstanbul, 1986, s. 77.

kuruluşlarla sınırlanmamalı³⁷ ya da en azından en alt düzeyde sınırlanmalıdır.

1982 Anayasası bu anlayışa daha yakın bir örnektir. Her iki Anayasa hükümleri karşılaştırıldığında, 1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'na göre daha az katılmacı ve daha az çoğulcu bir modeli benimsediği kuşkusuzdur. Nitekim siyasi faaliyetin sadece siyasal partiler ve seçilmiş devlet organları tarafından yürütülmesi ve böylece ülke düzeyinde belli ölçüde depolitizasyon sağlanması isteği, 1982 Anayasası'na son şeklini veren Milli Güvenlik Konseyi'nin temel amaçlarından birisidir ve bu istek Anayasanın çeşitli hükümlerinde cevabını bulmuştur.³⁸

c) Hukuk Devleti

Gianfranco Poggi, Çağdaş (Modern) Devletin Gelişimi adlı yapıtında; modern devletin kendiliğinden gelişmiş bir yapı olmaktan çok yapay bir yapı olduğunu belirttikten sonra, bu yapay yapının/modern devletin Almanların, bir devlet yaratma isteği (Wille zum Staat) olarak adlandırdıkları olguya dayandırılabilirliğini belirtmiş, bir başka deyişle modern devletin “yapma” bir gerçeklik olduğunu savunmuştur.³⁹ Devletin, bir kez kurulduktan sonra, bir amaca ya da işleve göre faaliyet göstereceğini belirten Poggi; devleti, salt bir amaç ya da işlevinden hareketle tanımlamanın doğru olmayacağını, tanımlama çabasına girilirken yapılması gerekenin (modern) devletin yapısal özelliklerinden hareket etmek olduğunu belirtmiş ve modern devletin en önemli yapısal özelliklerinden birinin şiddete başvurmayı meşru olarak tekelinde tutması olduğunu savunmuştur.⁴⁰

Şiddet, en temel anlamıyla; öldürerek, sakatlayarak ya da canını yakarak insanlara zarar vermek olarak tanımlanabilir. Anlamı genişletilerek bu tür zarar verme tehdidi, fiziki zarar kadar psikolojik zararı da içerebilir. Bazı siyaset kuramcıları şiddet kavramını, yurttaşlara zarar veren baskıcı siyasal, toplumsal ve iktisadi sistemleri de kapsayacak şekilde genişletmişlerdir. Siyasal kuramda asıl ilgi konusu, devletin örgütlü şiddet kullanımıdır. Bu noktada önemli bir kuramsal sorun olarak, şiddetin erkle

³⁷ Özbudun, a.g.e., s. 53.

³⁸ Örn. bkz. 1982 Anayasası'nın 68/6, 68/7, 69/ 2, 69/ 8, 33/ 4, 135/ 3-4 maddeleri.

³⁹ Gianfranco Poggi, Çağdaş Devletin Gelişimi, Çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1991, İstanbul, s. 98 vd.

⁴⁰ Poggi, a.g.e., s. 98.

ilişkilendirilmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Çoğu yazar, şiddetin erkin kullanımındaki unsurlardan birisi olduğu kanısındadır.⁴¹

Devletin şiddet tekeline sahip oluşunun iki önemli ve birbirine zıt boyutu vardır. Bunlardan birincisi, şiddetin toplumsal ilişkilerden arındırılmasıdır. Böylelikle şiddetin kullanım imkanları sınırlandırılmaktadır. Bu adım tek elde toplanan şiddetin toplumsal barışı sağlama potansiyeline sahip oluşu noktasından hareketle uygarlaşma sürecinde önemli bir adım olarak nitelendirilebilir. İkincisi, devletin şiddet tekeline sahip oluşu ve aynı zamanda hak ve özgürlüklerin potansiyel ihlalcisi olması nedeniyle kurumsallaşan şiddetin, bireylerin hak ve hürriyetlerini etkisiz hale getirme olasılığının varlığıdır. Böylece, toplumsal ilişkilerden arındırılıp devletin tekeline sunulan şiddet, toplumsal barışı sağlama ülküsünü bir kenara bırakıp, bireylerin kâbusu haline gelebilmektedir. Nitekim, Bauman, moderniteyi ve modern devleti eleştirdiği yapıtında, “Holocaust, modern biçimde yapılmış her şey gibi, sözde modernlik öncesi tüm benzerlerinin, kendisi ile karşılaştırıldığında ne denli ilkel, savurgan ve yetersiz olduklarını göstererek geride bırakmış ve rezil etmiştir⁴²” diyerek modern devletin şiddet tekelinin yarattığı tehditleri ortaya koymuş ve Holocaust’u modern devletin ilk kıyımı olarak nitelendirmiştir.

Hukukun rolü de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Şiddet kullanımının sakıncaları karşısında Hannah Arendt, şiddetten arınmanın yollarını aramış ve sonuç olarak şiddete karşı sığınılacak tek merciin hukuk olduğunu savunmuştur.⁴³ Hukuk bir yandan şiddeti kurumsallaştırıp çerçevesini çizirken; diğer yandan da şiddetin kullanım imkanlarını sınırlandırmaktadır.

Hukuk devleti kavramının esasını devlet kudretinin hukukla bağlanması ve sınırlanması fikri oluşturmaktadır.⁴⁴ Hukuk devletinde yeni olan şey (devlet iktidarının sınırlandırılmasının) kendi başına bir amaç olarak değil, bireysel özgürlük yararına gerçekleşmesini mümkün kılacak ilke ve

⁴¹ Blackwell’in Siyasal Düşünce Ansiklopedisi, C. II, D. Miller, J. Coleman, W. Connolly, A. Ryan, Çev. Bülent Peker, Nevzat Kırac, Ümit Yayıncılık, 1995, Ankara, s. 351 vd..

⁴² Zygmunt Bauman, Modernite ve Holocaust, Çev. Suha Sertabiboğlu, Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1997, s.122.

⁴³ Hannah Arendt, Şiddet Üzerine, Çev. Bülent Peker, İletişim Yayınları, İstanbul, 1997, s. 49 vd..

⁴⁴ Mithat Sancar, Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve, *Birikim* içinde, Şubat 1996, s. 37.

kurumların somut bir görünüm içinde ortaya konmuş ve tek bir kavram altında formüle edilmiş olmasıdır.⁴⁵

On dokuzuncu yüzyılın başlarından itibaren Alman siyaset ve anayasa hukuku tartışmalarının merkezine doğru ilerleyen (hukuk devleti idesi) anayasacılık hareketleri ve liberalizmle yakın bağlantı içindedir.⁴⁶

Hukuk devleti çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır: *Hukuka bağlı olarak yönetilen devlet*⁴⁷, *yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devlet*⁴⁸, *faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve yönetilenlere hukuki güvenceler sağlayan devlet*.⁴⁹ Hukuk devleti ile ilgili bütün tanımlarda, bu kavramın esasını, devlet kudretinin hukukla bağlanması ve sınırlanması fikrinin oluşturduğu söylenir. Bu fikrin klasik formülasyonu, “bir veya birkaç kişinin keyfiliği değil, yasalar egemen olmalı” şeklindedir.⁵⁰

Hukuk devletinin gereklerinin ne olduğu konusunda da esasta birbirine benzemekle birlikte, birbirinden farklı unsurlar ortaya konmuştur. Günday hukuk devletinin gereklerini özetle; temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, *bağımsız ve tarafsız yargısal denetim (özellikle anayasa yargısı ve idari yargıya vurgu yaparak)*, kanuni idare ve idarenin mali sorumluluğu olarak sıralamıştır.⁵¹ Soysal⁵² ve Gözübüyük⁵³ de hukuk devletinin gereklerini Günday’a benzer bir şekilde sıralamışlardır.

Alman hukukçu Heinrich Sidentopf, 1871 tarihli Alman Anayasasının hukuk devleti ilkesine dayanan çeşitli kurallara yer verdiğini, Weimar Anayasası’nda ise hukuk devletinin kendisini kuvvetler ayrılığı ve idarenin yasallığı ilkelerinde gösterdiğini ve yine bu anayasada bir temel haklar

⁴⁵ Sancar, Hukuk Devleti: Kavramsal..., s. 38.

⁴⁶ Sancar, Hukuk Devleti: Kavramsal..., s. 37.

⁴⁷ Heinrich Siedentopf, The Principle of the Rule of Law, *The Rule of Law in Public Administration: The German Approach* içinde, Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung, 2. Baskı, 1993, s. 3.

⁴⁸ Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, &. Baskı, Ankara, 1993, s. 22, aynı tanım için bkz. Mümtaz Soysal, Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 6. Basım, İstanbul, 1986, s. 243.

⁴⁹ Metin Günday, İdare Hukuku Dersleri, İmaj Yayıncılık, 1996, Ankara, s. 34.

⁵⁰ Sancar, a.g.e., s. 37.

⁵¹ Günday, a.g.e., s. 34-47.

⁵² Soysal, a.g.e., s. 243-6.

⁵³ Gözübüyük, a.g.e., s. 23-26

katalogunun yer aldığını belirtmiştir.⁵⁴ Siedentopf, Alman Anayasasını da göz önünde tutarak, hukuk devletinin unsurlarını şöyle sıralamıştır.⁵⁵ Kuvvetler ayrılığı ilkesi, idarenin hukuka bağlılığı ilkesi (kanunun önceliği ve kanun tarafından düzenlenme), temel haklar, mahkemeye başvuru hakkı, orantılılık ilkesi ve hukukun açıklığı ilkesi.

Yukarıda ayrıntılı bir biçimde çeşitli hukukçuların hukuk devletinin gerekleri üzerindeki görüşlerini aktardık. Tüm bu görüşlerde ortak olarak, devlet kudretinin sınırlanmasına hizmet edecek biçimler arasında, devletin üstün bağlayıcı güce sahip bir hukuk metni çerçevesi ile sarılması, devlet kudretinin değişik organlar arasında paylaşılması, bütün devletsel faaliyetlerin hukuk kurallarına bağlanması ve bu bağlılığın bağımsız yargı organlarınca yürütülecek bir yargısal denetime tabi olması sayılmaktadır.⁵⁶

Sayılan tüm bu ilkeler, ilk bakışta bireyi devlet otoritesi karşısında korumaya muktedir gibi gözüktü de bu biçimsel güvenceler beklenen amaca hizmet etmeye elverişli olmayabilir. Devletin, üstün bağlayıcı güce sahip bir anayasa tarafından sınırlanması ancak bu metnin, sınırlandırmadan beklenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması durumunda anlam ifade edecektir. Andığımız bu sorun, biçimsel güvencelerin tümü için geçerlidir.

Bu tespitten hareketle, hukuk devleti, yalnızca yürürlükte olan hukukun kuru bir üstünlüğüyle değil, aynı zamanda belli bir içerikle de nitelenmelidir. Biçimsel ve maddi yönleri içeren bütünsel hukuk devleti anlayışında, özgürlük ve insan onuru, devletsel düzenin temeli olarak görülür. Bu anlayışta, devlet kudretinin hukukla bağlanması, yalnızca biçimsel prosedürel güvencelerle sınırlı tutulmamakta, bu gücün, içeriksel olarak da bağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Devlet gücünü, içerik açısından bağlayan-sınırlayan değerlerin merkezinde ise, özgürlük ve insan onuru ya da insan hakları yer alır.⁵⁷

Özetle, demokratik bir toplumda *hukuk devleti* ancak, hukuku, hukuka dayanarak zorlayanlara, eşdeyişle “*sonuçlar amaçları meşru kılar*” (ends

⁵⁴ Siedentopf, a.g.e., s. 3.

⁵⁵ Siedentopf, a.g.e., s. 3-10.

⁵⁶ Sancar, a.g.e., s. 38.

⁵⁷ Sancar, a.g.e., s. 38.

justifies the means) mantığına sahip olanlara, geçit verilmemesi durumunda anlam ifade edecektir.⁵⁸

Anayasa Mahkemesi'nin çağdaş hukuk anlayışına gönderme yaptığı bir kararında, hukuk devleti ve yargısal denetim arasındaki ilişkiyi şöyle ifade etmiştir:

“... Çağdaş hukuk anlayışına göre, hukuk devleti bütün iş ve işlemleri hukuk kurallarına bağlı olan devlet demektir. Bütün iş ve işlemlerin hukuk kurallarına bağlı olmasını gerçekten sağlayacak tek ilke ise, bu iş ve işlemlerin yargı yoluyla denetlenmesidir.”⁵⁹

Anayasa Mahkemesi daha yakın tarihli bir başka kararında ise hukuk devletini şöyle tanımlamıştır:

“Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurarak; bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, tüm davranışlarında, hukuk kurallarına ve anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık olan devlettir.”⁶⁰

1982 Anayasası'na göre Türkiye Cumhuriyeti'nin değiştirilemeyen niteliklerinden bir diğeri de hukuk devleti olma niteliğidir. Uygulamada Anayasa Mahkemesi, anayasallık bloku içinde hukuk devleti ilkesine bu önceliği ve önemi vermiş; başta Anayasa değişikliği olmak üzere, birçok kanunu Anayasaya aykırı bulurken, hukuk devleti ilkesini ölçü norm olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, Mahkeme'nin kullandığı ölçü normlar içinde “eşitlik ilkesi” ve “hukuk devleti ilkesi”ne özel bir önem verdiği görülecektir.⁶¹

D.Değerlendirme

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte pozitif bir ilke haline gelen “demokratik toplum düzeni ölçütü”, Anayasa Mahkemesi'nin

⁵⁸ Thompson, Allen, a.g.e., s. 190.

⁵⁹ AYM, E. 72/4, K. 72/14, KT. 24 Şubat 1972, RG. 13 Mayıs 1972, 14186, AYM, E. 76/1, K. 76/28, KT. 25 Mayıs 1976, RG. 16 Ağustos 1976, 15679, AYM. E. 85/31, K. 86/11, KT. 27 Mart 1986, RG. 9 Mayıs 1986, 19102.

⁶⁰ AYM, E. 96/2, K. 97/2, T. 18 Şubat 1997, AMKD S. 33, C. 2, s. 752.

⁶¹ AYM, E. 72/4, K. 72/14, KT. 24 Şubat 1972, RG. 13 Mayıs 1972, 14186, AYM, E. 76/1, K. 76/28, KT. 25 Mayıs 1976, RG. 16 Ağustos 1976, 15679, AYM. E. 85/31, K. 86/11, KT. 27 Mart 1986, RG. 9 Mayıs 1986, 19102.

pek çok kararında kullanılmıştır. Bununla birlikte, ilk birkaç yıl içinde, bu ilkenin açıklığa kavuşturulduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonraki ilk kararlarında, demokratik toplum düzeni ilkesini oldukça dar bir biçimde eşitlik ilkesi çerçevesinde ele almış ve “*milli irade*”yi demokratik toplum düzeninin temeli olarak kabul etmiştir.⁶² Anayasa Mahkemesi'nin, demokratik toplum düzeni ilkesinin açıklığa kavuşturulması konusunda önemli saptamalarda bulunduğu kararında⁶³, özgürlük – otorite dengesini yeni bir yaklaşımla ele alarak, Anayasa'nın 2, 5, 12, 13, 14 ve 15. maddelerinden özgürlük lehine bir genel ilke çıkartmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeni ilkesi içinde değerlendirdiği öğeleri iki grupta toplamak mümkündür. Bunlar; sınırlamaların demokratik kural ve yöntemlere uygun olması ve temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulmaması esaslarıdır.⁶⁴

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi, sınırlama ilkeleri içinde en geniş kapsamlı olanıdır. Anayasa sözü ve özüyle diğer bütün sınırlama ilkelerini içerir. Anayasanın sözü denildiğinde, genel olarak, anayasa metninde açık olarak düzenlenen kurallar anlaşılır. Konuya temel hak ve hürriyetler açısından bakıldığında, sınırlamanın, anayasanın diğer maddelerinin yanı sıra hak ve hürriyetlere ilişkin maddelere ve özellikle bu maddelerde belirtilen “*ek güvenceler*”e aykırı olmaması gerekir.

Anayasa, sözüyle olduğu kadar, özüyle de bazı kurallar koyar. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların Anayasanın özüne de uygun olması gerekir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, anayasanın yalnız sözü ile değil, özü ile de bir takım kurallar koyduğuna işaret etmiştir.⁶⁵ AYM, anayasanın özünün belirlenmesinde, ilgili maddenin konuluş amacını ve diğer maddelerle olan ilişkisini göz önüne almıştır. Bir anayasa kuralının, diğer anayasa kurallarının göz önüne alınarak yorumlanması anayasa yorumunun en önemli ilkelerindendir.⁶⁶ Anayasanın bütünlüğü ilkesi olarak adlandırılan bu yorum yöntemi uyarınca, bir anayasa normu, diğer normlarla çelişkiye düşmeyecek ve sonuçta anayasanın bütünlüğü içinde uyum sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır. Belirtmek

⁶² AYM. K., E. 1984/ 1, K. 1984/ 2, AMKD S. 20, s. 161-254.

⁶³ AYM. K., E. 1985/ 8, K. 1986/ 27, AMKD S. 22, s. 323-418.

⁶⁴ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Uygun, a.g.e., s. 185 vd..

⁶⁵ AYM. K., E. 1967/ 41, K. 1967/ 57, AMKD, S. 8, s. 18-133.

⁶⁶ Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yay., Ankara, 1982, s. 65.

gerekir ki, anayasanın bütünlüğü ilkesine dayanarak anayasa normları arasında bir değerler hiyerarşisi kurulamaz.⁶⁷

Ölçülülük ilkesi, anayasa yargısının kurulması ve gelişmesinden sonra, anayasa hukukunda giderek yaygınlık kazanmış, özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmiştir. Bu ilke yukarıda da işaret edildiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da uygulanmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini, sınırlamanın aracı ile, sınırlamada başvuru araç arasındaki ilişkiyi niteleyen bir kavram olarak görmektedir. Buna göre, ölçülülük ilkesi üç alt ilkedен oluşmaktadır: Elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkeleri. Elverişlilik ilkesinde, amaç ile araç arasındaki ilişkinin niteliği önem taşır. Temel hak ve özgürlüğü sınırlamak için kullanılan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından elverişli olmalıdır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bir yasal önlemin sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını denetlerken, yasal önlemin sınırlama amacına katkıda bulunup bulunmadığını araştırmaktadır.⁶⁸ Gereklilik ilkesinde, elverişlilik ilkesinden farklı olarak, amaç ile araç arasındaki ilişkinin niceliği önemlidir. Bu ilke gereğince, sınırlamada başvuru araç, sınırlama amacına ulaşmak bakımından gerekli olmalıdır. Sınırlama amacını gerçekleştirmek için, aynı derecede etkili birden çok araç söz konusu ise, bu araçlar arasında temel hak ve hürriyeti en az sınırlayıcı olanı seçilmelidir.⁶⁹ Oranlılık ilkesinde de araç ile amaç arasındaki ilişkinin niceliğine bakılmaktadır. Bu ilkeye göre amaç ve araç karşı ölçsüz bir oranda olmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini ilk kez 23.6.1989 tarihli kararında açık bir biçimde tanımlamıştır⁷⁰: “*Yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk – gereklilik’, ayrıca amaç ve aracın ölçsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen ‘oranlılık’ ilkeleri(dir)*”.

⁶⁷ Uygun, a.g.e., s. 144.

⁶⁸ Sağlam, a.g.e., s. 114.

⁶⁹ Uygun, a.g.e., s. 162.

⁷⁰ AYM. K., E. 1988/ 50, K. 1989/ 27, RG, 4.10.1989, S. 20302, s. 11-28.

KAYNAKÇA

- Ahmet Mumcu**, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 2. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 1994.
- Anıl Çeçen**, İnsan Hakları, 2. Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995.
- Bülent Tanör**, İki Anayasa (1961-1982), 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1991.
- Bülent Tanör**, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitapevi, İstanbul, 1969.
- Ergun Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 1989.
- Fazıl Sağlam**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yay., Ankara, 1982.
- Feyyaz Gölcüklü**,
- Şeref Gözübüyük**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 1996.
- Gianfranco Poggi**, Çağdaş Devletin Gelişimi, Çev. Şule Kut, Binnaz Toprak, Hürriyet Vakfı Yayınları, 1991, İstanbul.
- Giovanni Sartori**, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınevi.
- Hannah Arendt**, Şiddet Üzerine, Çev. Bülent Peker, İletişim Yayınları, İstanbul, 1997.
- Heinrich Siedentopf**, The Principle of the Rule of Law, *The Rule of Law in Public Administration: The German Approach* içinde, Forschungsinstitut für Öffentliche Vervatung, 2. Baskı, 1993.
- İbrahim Ö. Kaboğlu**, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınları, İstanbul, 1993.
- İlhan Akipek**, Devletler Hukuku, Ankara, 1970, c.1, s.28.
- J. Macdonald**,
- F. Matscher**,
- H. Petzold**, The European System for The Protection of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

Mesut Gülmez, İnsan Haklarının Uluslararası korunması, TODAİE Yay., Ankara, 1996.

Metin Günday, İdare Hukuku Dersleri, İmaj Yayıncılık, 1996, Ankara.

Mireille Delmas Marty,

Christine Chodkiewicz, The European Convention for The Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions,

Mithat Sancar, Hukuk Devleti: Kavramsal Bir Çerçeve, *Birikim* içinde, Şubat 1996.

Mustafa Yılmaz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998.

Mümtaz Soysal, Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, 6. Basım, İstanbul, 1986.

Münci Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, Yenilenmiş İkinci Basım, Ankara, 1991.

Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, 3762, 703, İstanbul, 1993.

Philippe C. Schmitter,

Terry Lynn Karl, Demokrasi Nedir? Ne Değildir?, Çev. Levent Gönenç, Demokrasi'nin Küresel Yükselişi içinde, Derleyenler Larry Diamond, Marc F. Plattner, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.

Reyhan Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001.

Robert Dahl, Dilemmas of Pluralist Democracy, New Heaven, Yale University Press, 1982.

Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Kavram Yayınları, İstanbul, 1996.

Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İ.Ü.Y.N. 3761, Fakülte Yay. No: 702, İstanbul, 1993.

Şeref Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 1993.

Şeref Ünal, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, TBMM Yay. No: 89, Ankara, 2001.

Tekin Akılhoğlu, İnsan Hakları, AÜSBF İHM Yay. No. 17, Ankara, 1995.

Zygmunt Bauman, Modernite ve Holocaust, Çev. Suha Sertabiboğlu, Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1997.