

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN NİTELİĞİ

Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL*

Bir konuşmanın konusu «insan hakları açısından temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri» olunca, bunun anlamı olsa olsa şu olabilir: Anayasada «Temel Haklar ve Ödevler» başlığı altında somut biçimde maddelendirilmiş birtakım haklar, özgürlükler ve ödevler sayılmaktadır; bunların «insan hakları» kavramı ile karşılaştırıp değerlendirmek.

Genellikle karşılaştırılarak yapılacak değerlendirmelerde, somut olanı bir ölçüye göre pek o kadar somut olmayan, belirsiz olan birtakım şeyler ölçülür ve değerlendirilir. Oysa, konumuzda, ölçmeye çalışacağımız kavramlar, haklar, özgürlükler ve ödevler pozitif bir biçimde, pozitif hukukun parçası olarak 1982 tarihli Türk Anayasasında sayılmış olan haklar ve ödevlerdir. Dolayısıyla, somut olan, belirli olan, onlardır. Onları, niteliği tam ve genel olarak tanımlanmamış olan, evrensel olduğu ölçüde belirsiz sayılabilen ve daha da önemlisi, bugünün dünyasında son derece tartışmalı bulunan bir kavramlar bütünüyle karşılaştırmak gerekecek. Bu bakımdan, yapacağım iş, oldukça zor bir iş. Eğer tersi geçerli olsaydı, yani belirsiz olan birtakım durumları çok belirgin birtakım durumlarla karşılaştırmak ve ondan sonra değerlendirmek sözkonusu olsaydı, iş biraz daha kolaylaşmış olurdu.

Ama bu karşılaştırmayı bütün güçlüğüne rağmen yapmak gerekecektir. Güçlük, bir ölçüde, bazı bakımlardan aşımış olabilir: eğer «insan hakları» kavramını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kavramları olarak alırsak. Çünkü, o da, tıpkı herhangi bir Anayasa gibi, bağlayıcılığı ortaklaşa kabul edilmiş olan, uygulanan, Mahkeme önünde açılmış davalarda ölçü olarak kullanılan ya da Komisyona başvurmayı gerektiren durumlarda Komisyon'da ölçü olarak alınan bir pozitif hukuk metnidir. Dolayısıyla tartışmanın ya da karşılaştırmanın o bölümü, yani Türk Anayasasındaki haklar ve özgürlükler ile Avrupa İnsan

(* A.Ü. S.B.F. Öğretim Üyesi.

Hakları Sözleşmesi'nin karşılaştırılması, oldukça kolaydır. Çünkü bu-
radaki bağlayıcı metnin karşılaştırılması gerekecektir ve bu aslında bi-
zim hukukumuzda, Avrupa Konseyine üye olan başka devletlerin hu-
kuklarında da olduğu gibi, yapılması gerekli bir karşılaştırmadır da.
Belki bizim hukukumuzda ve bizimle birlikte Malta ve kendisine Kıbrıs
Cumhuriyeti denilen Kıbrıs Rum Yönetimi açısından bu karşılaştırmā-
nın önemi başka yerlerde olduğu kadar büyük değildir. Çünkü biz, bu
öbür devletlerle birlikte, (son olarak Yunanistan aramızdan ayrıldı),
henüz Avrupa İnsan Hakları Komisyonunda kişisel başvuru hakkını ta-
nımış değiliz. Dolayısıyla, iç hukukta bütün yolların tüketilmesinden
sonra, kişilerin haklarını aramak üzere Komisyona bireysel olarak baş-
vurabilmeleri henüz tanımış olduğumuz bir hak değildir. Ama öbür
devletler bu hakkı tanıdıklarına göre, onların hukuklarında bu tartışma-
yı ve bu karşılaştırmayı yapmak daha da önem kazanmaktadır. Ama,
yine de bizim açımızdan, Avrupa Konseyi Üyesi olan bir devlet olarak,
bu haklar ve özgürlüklerle bağlı olduğumuza göre, karşılaştırmānın yi-
ne de pozitif hukuk açısından değeri inkâr edilmez.

Ama öbür karşılaştırmā oldukça zor ve anlamı da oldukça felsefi
bir karşılaştırmadır. Öbür karşılaştırmā dediğim, Avrupa İnsan Hak-
ları Sözleşmesi değil, Birleşmiş Milletlerin 10 Aralık 1948 de kabul
ettiği Evrensel İnsan Hakları Bildirgesidir. «Bildirge» deyimini «beyan-
name» karşılığı kullanıyorum. «Bildiri», «tebliğ» karşılığı kullanıla ge-
len bir söz olduğu için.

Bu karşılaştırmā, yani ikinci karşılaştırmā, niçin önemlidir? Çün-
kü Bildirge, Birleşmiş Milletlerin 1948 de kabul etmiş olduğu Bildirge,
gerçi hukuken bağlayıcı gözükmeyen, yaptırım olmayan bir bildirge-
dir ama, kendi Başlangıç bölümünde de belirttiği gibi, bütün İnsanlık
için İnsan haklarının gerçekleştirilmesinde ortak bir başarı ölçüsüdür,
kistasıdır. Bizim resmî çeviri metinlerimizde bu «ortak başarı ölçütü»
sözü kaybolmuş; «Gerçekleştirilmesini sağlayan» falan gibi yuvarlak
bir cümlelerin içinde yok olmuştur. Oysa, geçerli resmî metinlerine
baktığımız zaman, Birleşmiş Milletlerin geçerli dillerindeki resmî me-
tinlere baktığımız zaman, orada Birleşmiş Milletler Bildirgesi için «stan-
dard» termi kullanılıyor. Bizdeki resmî çeviriye geçmemiş bu. Evet,
«standart» termi kullanılıyor ve bunun «ortak bir başarı standardı»
olacağı, sayılan hakların ve özgürlüklerin bugün dünyada henüz ger-
çekleşmemiş, tam anlamıyla gerçekleşmemiş olabileceği bir ölçüde
kabul ediliyor. Ama, bir ölçüde de, bunun gerçekleştirilme zorunlulu-
ğunu vurgulamakta ve özellikle de bu gerçekleştirilmeye doğru gidiş-
te her toplumun ne kadar başarılı olabildiğinin ölçütü olarak böyle bir

bildirgenin yayınlandığını belirtilmektedir. Dolayısıyla, Bildirge, kendisinden sonra çıkartılan sözleşmelere göre bir bağlayıcılığı olmayan, yaptırımı olmayan, mekanizmaları bulunmayan bir metindir; ama farkına varılmadan aslında bütün o metinlerden, yani yaptırımları, mekanizmaları bulunan metinlerden çok daha fazla ağırlık kazanmıştır zamanla ve belki de hukuk tarihinde yaptırımı, mekanizması falan bulunmayıp da, bu ölçüde ağırlık kazanan tek metindir. Niçin? Çünkü, yapılışında hiçbir devlet aleyhte oy kullanmamıştır. Tarihe dikkatinizi çekmek isterim : 1948, yani İkinci Dünya Savaşının hemen ertesinde, soğuk savaşın başlamakta olduğu, hatta kızıştığı yıl. İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman, İtalyan ve Japon İttifakına karşı, yani değişik bir yönetim anlayışını savunan ittifaka karşı bir araya gelmiş olan, kendisi de çok değişik iki ideolojiyi temsil eden blok; yani liberal devletler bloku ile Marksist Sovyetler Birliği, ortak bir zemin olarak, savaşın gerekçesi diye kullanabilecekleri ortak bir zemin olarak, insan hakları kavramını işlemişlerdi. O ortaklık, yani Atlantik Bildirisi ile başlayan, Birleşmiş Milletler kavramının ortaya atılması ile sürdürülen ve 1944'te Dumbarton Oaks Konferansında işlenen insan hakları kavramı, henüz bu toplumlar arasındaki bağlayıcılığını, yani iki büyük ideolojiyi bir araya getiriciliğini yitirmiş değil. Ama soğuk savaş başlamıştı ve bu soğuk savaş, aslında bildirgenin özünü meydana getiren insan hakkı kavramı, yönetim anlayışı, dünyada egemen olması gereken ideoloji bakımından sürdürülecek olan ve bugün hâlâ süren bir savaştı. Başlangıcında, henüz kutuplaşmalar keskinleşmeden, 1948'de, bu Bildirge üzerinde, öybirliği demiyeyim ama, karşı oy kullanmama başarısı sağlandı; birtakım devletler çekimsiz kaldılar : Sosyalist blok ki, Sovyetler Birliği ile birlikte Doğu ve Orta Avrupa'da savaştan sonra kurulmuş olan sosyalist devletler söz konusu idi; bir de Suudi Arabistan bu Bildirgeye olumlu oy vermediler. Fakat, karşı da çıkmadılar; çünkü savaş sırasında «insanlığın gerçekleştirilmesi gereken ortak değerleri» diye bu değerler vurgulanmıştı; Roosevelt'in dört ana özgürlüğü ile birlikte. Hiçbir devlet, Türkiye de dahil, 1948 yılında, bu Bildirge Paris'te, yani Fransız İhtilalinin çıkardığı «İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi»nin yapıldığı yerde oylanırken, aleyhte oy kullanmamıştı ve o zamandan beri, kutuplaşmalar, ideolojik kutuplaşmalar çok keskinleştiği halde, bugün de hâlâ hiçbir devlet karşı çıkmamaktadır. O zamandan beri, Birleşmiş Milletlere üye olan devletlerin niteliğinde büyük değişiklikler olduğu ve Üçüncü Dünya denen dünya, çok değişik özgürlük hak anlayışı ile birlikte Birleşmiş Milletlere girdiği halde, yine o devletlerden hiçbirisi bu evrensel bildirgeye karşı çıkmamaktadır. Hatta evrensel bildirgeyi kabul edip, Birleşmiş Milletlere gi-

rişin bir çeşit başlangıç adımı ya da anlamını veren bir hareket sayılmaktadır. Birleşmiş Milletlere giren devletler kendi içlerinde ve dışlarında dünyaya gerçekleştirilmesi gereken ortak değerler olarak bu değerleri kabul etmektedirler ve bu gelişme, yani karşı çıkmayıp ve zaman içinde de karşı çıkmayıpın sürmüş olması, yavaş yavaş bu Bildirgeye çok büyük bir ağırlık kazandırmıştır. Öyle ki, bugün insan olmanın ölçüsü, devlet içinde ve devletler arasında insanca yaşamın ölçüsü ya da ölçütü, kıstası, bu Bildirge olmuştur. Bunun için, onunla yapılacak olan bir karşılaştırmanın da anlamı pozitif hukuk bakımından belki pek büyük olmayabilir; ama insanlık yarışındaki başarı derecesi bakımından, her toplumun başarı derecesi bakımından, belki Avrupa Sözleşmesi ile yapılacak bir karşılaştırmadan da çok daha fazladır.

Bunu söyledikten sonra, önce kolay olandan başlayarak söze, yahut konunun özüne girmeyi tercih ediyorum.

Kolay dediğim, iki somut metnin karşılaştırılması, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bizim 1982 Anayasasındaki temel hak ve ödevler düzeninin karşılaştırılması. Şunu başlangıçta kesin olarak söylüyeyim: 1982 Anayasası, görünürde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk arasında uyum sağlamak bakımından 1961 Anayasasına göre çok daha başarılıdır. 1982 Anayasasını eleştiren ve bu konuşmada da eleştirecek bir kişi olarak bu gerçeği de çok büyük bir rahatlıkla saptamakta yarar görüyorum. Niçin böyle olmuştur? Çünkü, daha önceki Anayasa, 1961 Anayasası, bu gereği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuktaki haklar ve özgürlükler düzenini bağdaştırmak, uyumlu duruma getirmek gereğini, 1982 Anayasası kadar duymamıştır. O daha genel bir kavramın peşindedir: insan hakları kavramının peşindedir; fakat aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin varlığından da haberdardır. Yine de, böylesine sıkı bir uyum sağlama gereği duyulmamıştır. Tabii, bunun en aşikâr nedeni, 1982 Anayasasının yapılışı sırasında, 1960-1961 döneminden daha fazla, o dönemden epeyce farklı olarak, Türkiye'nin üye bulunduğu Avrupa Konseyi topluluğu bakımından çok yakın bir gözetleme yeri olarak seçilmiş olmasıdır ve Türkiye Anayasasını yaparken kendisine yöneltilmiş olan eleştirilerin büyükçe bir bölümünü hiç olmazsa Anayasa metni düzeyinde karşılamak gereğini çok yakından duymuştur ve Anayasa ile, yöneltilen eleştirilere bir çeşit yanıt verilmek istenmiştir. Yani «bizim kurduğumuz anayasal düzen, sizin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kabul ettiğiniz düzenden farklı bir şey değildir. Onun için eleştirileriniz, bugünkü uygulamalar bakımından da ileri sürebileceği-

niz eleştiriler geleceğe dönük olarak ve mutlaka düzeltilmesi gereken eleştirilerdir denmiştir.

İkinci neden olarak, belki de Anayasa Komisyonu bünyesinde, yani Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonu bünyesinde bu konunun önemine çok daha yakından vâkıf olan ve doğrudan doğruya da o alanda çalışan insanların bulunması gösterilebilir. Bu nedenlerle, söylediğim gibi, bu uyum çok daha rahat bir biçimde sağlanmış sayılabilir.

Bu uyumun en belirgin özelliği, hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından ya da kullanılmasının durdurulması bakımından, hakların hem sınırlandırılması, hem de kullanılmasının durdurulması bakımından, Türk Anayasasının getirdiği hükümlerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde «sınırlamaların sınırlandırılması» sayılabilecek olan hüküm arasındaki benzerliktir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir toplumun yaşamını doğrudan doğruya tehdit eden durumlarda, bazı hakların ve özgürlüklerin sınırlandırabileceğini kabul eden; fakat bu durumlarda bile, yani bir toplumun yaşamını çok yakından tehdit eden durumlarda bile, bazı çok temel hakların sınırlandırılmayacağını ya da yok edilemeyeceğini vurgulayan bir belgedir. 1982 Anayasası da, bu toplumun yaşamını çok yakından tehdit eden tehlikelere karşı doğmuş bir anayasa niteliği ile ve bu tehlikeler dolayısıyla, hâlâ sürebileceğini varsaydığı tehlikeler dolayısıyla, haklara ve özgürlüklere oldukça önemli sayılabilecek sınırlamalar getirmiş bir anayasa olarak yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel biçimde bazı temel hak ve özgürlüklerin bu durumlarda bile durdurulamayacağını belirtmektedir.

İsterseniz, 15 inci maddenin metnini beraber okuyalım : Belki tuhaf bir raslantı, bizim Anayasamızdaki 15 inci madde ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki maddenin numaraları bile aynı. Bizdeki hüküm şöyle :

«Birinci fıkrada belirtilen durumlarda, yani bazı tehlikeler karşısında hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulabileceğini, tehlikelere karşı, Anayasayla korunmuş hakları ihlal eden önlemlerin de alınabileceğini vurgulayan birinci fıkradaki durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz, kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerin açıklanmaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz, suç ve cezalar geriye yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanmaya kadar kimse suçlu sayılamaz.» Hüküm, «bu durumlar da bile bunlar olamaz» demektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aynı maddesine baktığımız zaman, bu çeşit önlemlerin, yani sınırlayıcı ve durdurucu önlemlerin alınmasını belirten fıkradan sonra, «Yukarıdaki hüküm» diyor sözleşme, «meşru harp filleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, —ki bizim Anayasamızda da o var— ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiç bir surette ihlale mezun kılmaz.» Yani, o durumlar bunların ihlal edilmesine bir devleti mezun, iznli kılmaz.

Bakıyoruz, nelerdir bunlar? Sözleşmenin ikinci maddesinde belirtilen özgürlük ya da hak, bizim Anayasada yaşama hakkı biçiminde geçen ve dolayısıyla bu fıkra ile kendisi arasında bir paralellik kurulabilecek olan hükümdür.

Üçüncü maddeye bakıyoruz : Bu üçüncü madde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde, «hiç kimse işkenceye, zalımane gayri insani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz» biçimindedir. Bizim Anayasamızda, bu çok daha kibarca bir terimle ifade edilmiştir : Anayasa, «Kişinin maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz» demektedir. Oysa, daha sonra gelecek olan 17 nci maddede, yani kişinin hakları ve ödevlerini belirleyen 17 nci maddede, işkenceye doğrudan doğruya atıf vardır, eski anayasalarımızda da olduğu gibi : «Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.» Yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesindeki hüküm, aşağı yukarı kelime kelime tercüme edilerek, eski anayasalarımızda da olduğu gibi, hatta biraz daha genişletilerek, burada da vardır. Onun için, sanıyorum, böyle durumlarda bile, yani vatanın, devletin tehlikeye girdiği, olağanüstü önlemlerin uygulandığı hallerde dahi işkencenin yapılamayacağını belirleyebilmek için, böyle «maddî ve manevî varlık» gibi dolaylı ve üstü kapalı bir terim yerine, bu hüküm, 17 nci maddenin üçüncü fıkrasında olduğu gibi, aynı sözlerle «işkence yapılamaz, eziyet edilemez» tarzında sözlerle buraya aktarılsa idi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çok daha yakın bir paralellik kurulmuş olur ve ülkemizde çok tartışma konusu olan bir konu, bu hallerde dahi tartışma konusu yapılmaması gereken bir konu olarak vurgulanabilirdi. Sanıyorum, bütün bu paralellığe, bu uyuma rağmen, eleştirilmesi gereken noktalardan biri budur.

Öbür hükümler yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bir paralellik hatta, bazı bakımlardan onların da ötesine geçen bir kapsam getirmektedir. Örneğin, «kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz». Belki, işken-

ce konusunda demin hissettiğiniz eksiklik bu hükümle tamamlanabilir, yani özellikle insanların düşüncelerini açıklamak bakımından yalnız işkenceyle değil, herhangi bir zorlama önlemi ile karşılaşmamaları konusunda bu hükme dayanılabilir.

Yine paralellik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde cezaların geriye yürümezliği kavramı ile ilgilidir. Yalnız bizim Anayasamızda benim anlamakta güçlük çektiğim şu : «suç ve cezalar geriye yürümez, yürütülemez» tarzında bir anlatım var. Tabii, cezanın geriye yürümezliği anlaşılıyor da, suçun geriye yürümezliği biraz hukuk bakımından zor anlaşılabilir bir kavram. Aslında, her halde kast edilen, geçmiş Anayasada çok daha açık bir biçimde belirtilen ve bu anayasa da söylenmiş olan, «kimse işlendiği zaman yürürlükte olan yasalara göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmaz» hükmüdür. Yani hep bildiğimiz genel ceza hukuku ve anayasa hukuku kuralı bununla ifade edilmek isteniyor. Ama, sanıyorum, cezanın geriye yürümezliği zaten bunu ifade etmektedir. Suçun geriye yürütülmesi, bu paralellik çizmeye çalışan hükümden, biraz tuhaf gözüküyor.

Yine bu denklik ve paralellik bakımından dikkati çeken bir başka düzenleme var. Belki de bizim Anayasa Hukukumuz pahasına, onun zararına olmuş olan bir düzenleme. Daha doğrusu bizde başlamış olan bir gelişmenin önlenmesini ve yavaşlatılmasını sonuçlandıracak olan bu düzenleme şudur : Eski Anayasamızda, bir «öz» kavramı vardı; yani yapılacak bazı sınırlamaların bir hakkın ve özgürlüğün özünü ortadan kaldıramayacağı; hangi durumda olursa olsun, özünü ortadan kaldıramayacağı yönünde bir sınırlama vardı. Bu gerçi bizim çok orijinal bir buluşumuz değildi; Alman Anayasasından alınmıştı; fakat Alman Anayasa Mahkemesi bu kavramı yeterince geliştirmiş sayılmazdı; çünkü bu sorun çok fazla tartışma konusu olmamıştı, yani işler o öze, o çekirdeğe kadar gelmiş değildi Alman uygulamalarında. Onun için de, öz tartışması yapılmamıştı. Ama, sanıyorum, bugün kuruluş yıldönümünü kutladığımız bizim Anayasa Mahkemesinin belki dünya hukuk literatürüne katkı sayılabilecek olan bir çalışması, bu öz kavramının geliştirilmesi bakımından oldu, yani Almanya'da olmamış olan bir gelişme bizde oldu ve Anayasa Mahkememizin geçmişteki, şimdi ayrıntılarına girmeyeceğim bazı önemli kararlarında «öz» kavramı tanımlanmaya çalışıldı. 1982 Anayasası «öz» kavramını, «dokunulmaz öz» kavramını kaldırmıştır; çünkü bu kavram Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yoktur. Onun yerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki bir kavramı, «demokratik toplumun gerekleri,» ya da demokratik toplumun zorunlu kıldığı gereklilik durumları, demokratik toplumu

ayakta tutmanın zorunlu kıldığı gereklilik ölçüleri dahilinde bir sınırlama olabileceğini söylemiştir. Bir de, aslında İnsan Hakları Sözleşmesinde bulunmayan, ama Avrupa'nın çeşitli hukuk sistemlerinden ve özellikle yine Alman sisteminden alınma bir «ölçülülük» ölçütünü getirmiştir; yani, haklar ve özgürlükler, ancak durumun gereği ölçüsünde sınırlanabilir ve bu sınırlamaların demokratik toplum gerekleri-ne de ters düşmemesi gerekir.

Tabii, bu da yeniden geliştirilmesi gereken bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kendi hukukumuz arasında bir paralellik kurmak gereği dolayısıyla, «demokratik toplum» kavramına atıfta bulunulduğu için, bu kavram eski Anayasamızda böylesine önemli bir yerde vurgulanmamış olduğu için, Anayasa Mahkemesinin şimdi yeniden bu kavramı geliştirmesi ve bununla birlikte yine ölçülülük kavramını da geliştirmesi gerekecektir. Sanıyorum, «demokratik toplum» kavramı yerine, «öz» kavramı muhafaza edilseydi ve bununla birlikte yine «ölçülülük ve demokratiklik» ölçütleri getirilseydi, yani, demokratik toplum ölçüsü, demokratik toplumun gerekleri ölçüsü, öz pahasına getirilmiş olmayıp, onu tamamlayıcı bir ölçü olsaydı, hukuk sistemimizdeki düzenleme çok daha iyi olabilirdi. Dolayısıyla, bizim Anayasamızda ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayan bir düzenlemeye, sınırlamaya ve durdurmaya müsaade vardır ve bu da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle paralellik kurmanın bir gereğidir.

Bu egzersizi, şimdi bir -iki hüküm üzerinde yaptığım bu egzersizi, başka hükümler bakımından da yapmak, ayrıntılara girmek mümkün. Ama, böyle bir toplantıyı, bununla kalabalıklaştırmak istemiyorum. Bu bölümle ilgili olarak, genel olarak söylemek istediğim şu : bir ayarlama vardır, bu ayarlama oldukça başarılıdır. Fakat, bu ayarlama bazı noktalarda birtakım fireler vermektedir. O fireler, aslında ikinci karşılaştırma için içpuçları da olabilecek olan firelerdir.

İkinci karşılaştırmada asıl önemle vurgulanması gereken nedir? O, 1982 Anayasasına egemen olan genel felsefede yatan bir noktadır. 1982 Anayasası, bütün anayasalar gibi kendinden önceki dönemin olaylarından büyük ölçüde etkilenen, dolayısıyla o dönemde tehlikeye girmiş olan kavramların korunmasına çok büyük önem veren, ağırlık veren bir anayasadır. 1982 Anayasasında devlet ön plandadır, otorite ön plandadır, toplumun huzuru ön plandadır, devletin bütünlüğü ön plandadır, millet ve devlet bütünlüğü ön plandadır. Başka kavramlar da var, gerek başlangıçta, gerek maddelerde sık sık tekrarlanan kavramlar da var. Bunlar bireysel özgürlüklerin önüne geçmiştir.

Bu temel yaklaşımın en belirgin ifadesini, devleti tanımlanmasına ilişkin olan 2 nci maddede görüyoruz; 1961 Anayasası, «insan haklarına dayanan» bir devletten söz etmekteydi. 1982 Anayasası, «insan haklarına saygılı» devletten söz etmektedir. Arada çok küçük bir fark varmış gibi gözüköbilir, «dayanan» ve «saygılı» sözleri dolayısıyla; ama, anayasaların bütünü ele alındığı zaman, bu küçük fark, aslında çok büyük bir yaklaşım farkını anlatmaya yarayabilir.

Nedir yaklaşım farkı? 1961 Anayasası, yine kendinden önceki döneme tepki olarak ve yine o dönemin tepkisini belki de abartarak, özgürlük kavramına, hak kavramına, özellikle bireyin topluma karşı, devlete karşı olan korunmasına ağırlık vermiş olan bir Anayasadır. Bunu yaparken hem temel haklarda buna ağırlık vermektedir, hem de gerek devletin tanımlanmasında, gerek Anayasanın başka yerlerinde, Başlangıcında ve başka maddelerinde, insan haklarından söz ederek, arada eğer bir açıklık varsa, insan haklarıyla Anayasadaki temel haklar arasında bir açıklık varsa, o açıklığın da vurgulanmasına önem vermektedir. Çünkü, başlangıçta söylediğim gibi, her devletin kendi temel haklar düzeni nihayet bir pozitif hukuk düzenini oluşturur; ama, onun ötesinde bütün insanlığın başarı ölçüsü olarak da bir «insan hakları» kavramı vardır. Dediğim gibi, bir uluslararası metinde belirtilen fakat o metnin gerisinde, çok büyük tartışmalara da yol açabilen, henüz belki «nebula» halinde, bütün metne dökülmüşlüğüne rağmen nebula halinde; ama, insanlığın ortak idealini meydana getiren bir insan hakları kavramı vardır.

Anayasanın bunu belirtmesi ve «Devlet buna dayanır» demesi devlete bir çeşit yol göstericilik anlamını taşımaktaydı: Devlet, kendi varlığını, varoluş nedenini insan haklarının gerçekleştirilmesine dayandırmalıdır. Devlet bunun için vardır, kendi şemsiyesi altında yaşayan bütün insanların, insan hakları denen o yüce ölçülere erişebilmesi için vardır. Tabii her şeyden önce onların yaşamları için vardır. Ondan sonra da onların kişiliklerini geliştirmeleri için vardır ve onlara bu bakımdan birtakım olanaklar sağlamak için vardır.

Onun için, eski Anayasanın 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasındaki «Devlet, kişinin maddî manevî varlığının geliştirilmesi için birtakım engelleri kaldırır ve ona çalışır» diyen hüküm, bu anlamda, kişinin geliştirilmesi anlamında ve insan hakları denen düzeye çıkartılması anlamındadır. Devletin varlığı budur.

1982 Anayasasında bunun böyle olduğu çok açık bir biçimde vurgulanmış değildir ve belki de bundan farklı bir yaklaşım sezilmektedir. Tabii, «devlet, devlet için vardır» ya da «devlet yüceltilmiştir, ilâ

da devlet vardır, toplum vardır, Anayasa bunun için vardır» demek istemiyorum. 1982 Anayasasını buncasına suçlamak yanlışlık olur; ama, 1982 Anayasasının yaptığı özde şudur; birtakım maddelerde kendisini gösteren, hatta Başlangıç kısmında sık sık vurgulanan iş şudur: Anayasa kendisi birtakım haklar ve özgürlükler düzeni kurmuştur; sınırlılığı ölçüsünde, düzenlendiği ölçüde, kendisinin bir haklar ve özgürlükler düzeni vardır ve devlet buna dayanır, bu haklar ve özgürlükler düzenine dayanır. Bunların gerçekleştirilmesi için vardır. Uzaktaki bir ideal için değil, kendisinin saptamış olduğu bir haklar ve özgürlükler düzeni için vardır. Vatandaşlar bu Anayasadaki haklar ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için de, kendi maddi manevi varlıklarını geliştirirler. Vatandaşlar bu Anayasanın koyduğu ideallere doğru götürülürler. Bunu yaparken —onda da yine haksızlık etmemek lazım— Türkiye Devleti, dayanağı insan hakları olmamakla birlikte, yani kendi Anayasasındaki pozitif hukukun ötesinde bir ideali olmamakla birlikte, insan haklarına da saygılıdır; yani, onları ihlal etmemeye çalışır, onlarla karşılaştığı zaman selâm verir anlamında saygılıdır. İnsan haklarıyla devlet arasında saygıya dayalı bir ilişki vardır. Fakat, amaca dayalı, temele dayalı bir ilişki yoktur. Devlet felsefesi bakımından, sanıyorum bunda önemli bir fark kendisini gösteriyor ve bana sorarsanız eleştirilebilecek olan bir farktır bu. Çünkü, devlete bir duraganlık, durgunluk getiriyor. Kendi hak ve özgürlük düzeniyle bağlı, onun gerçekleştirilmesinden ibaret bir amaç benimseyen bir devlet. Kendi kendisini aşmaya çok fazla niyetli olmayan bir devlet.

O bakımdan, 1982 Anayasasının çok daha pozitivist olduğu söylenebilir, belki de hayalci sayılabilecek olan 1961 Anayasasına göre; ama, bütün toplumlar için böyle bir hayalin gerekli olduğunu da, zannediyorum, hepimiz kabul ederiz. Çünkü toplumları ileriye götürebilecek olan, bu hayallerdir.

Genel olarak bu yaklaşımı belirttikten sonra, sanıyorum yine belirtilmesi gereken, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre belirtilmesi gereken bir başka yaklaşım farklılığı, ödev kavramında ortaya çıkmaktadır.

Aslında, «ödev» sözü 1961 Anayasasında da olan bir sözdür. Oradaki kısım da, «Temel haklar ve ödevler» başlığını taşırdı. Fakat, ödevin gerçekten var olduğunu ve her zaman için söz konusu olduğunu belirten bir hüküm 1961 Anayasasında yoktu. 1982 Anayasası, genel hükümlerin en başında, 12 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, dokunulmaz, vazgeçilmez özgürlüklerden söz ettikten sonra, «Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder» diyor. Yani 1961 Anayasasına göre, zaten

doğal olarak kabul ettiği her hakla birlikte, her özgürlükle birlikte, bir ödev ve sorumluluk da gelir. Onun için bunu ayrıca belirtmeye gerek yoktur. Olsa olsa çok somut birtakım ödevlerin ortaya çıktığı durumlarda —vergi ödevi gibi, savunmaya katılma hak ve ödevi gibi durumlarda— bunları belirtmek gerekir; ama, genellikle böyle bir genel hükme gerek yoktur. Fakat, 1961 Anayasasından farklı olarak, 1982 Anayasası, ödev kavramını altını çizerek vurgulamaktadır. Çünkü, demin söylediğim endişelerle toplumda bir dayanışma, bir bütünlük, devlette bir yıkılmazlık yaratabilmek için, bu ödev kavramının vurgulanması gerekmektedir. Ama, bu temel yaklaşım da yine birtakım tehlikeleri kendi içinde taşıyan bir temel yaklaşımdır ve bu tehlikelerin doğmaması için, yine insanlığın ortak ideali olarak benimsenen Evrensel İnsan Hakları Bildirgesindeki ödev kavramından yararlanmak gerekecektir.

Bu yararlanma olmazsa, Anayasada yer alan ödev kavramı, Türk insanı için rastgele ödevler yaratabilir, Türk insanı için hatta özgürlükleri sınırlayıcı ödevler yaratabilir ve bu ödev kavramından, yani «topluma, insanlara, başkalarına karşı ödevler vardır» düşüncesinden yararlanarak, haklarda ve özgürlüklerde aşırı sınırlamalara gidilebilir. Bunun olmaması için, sanıyorum bir somut örnek olarak, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin, 29 uncu maddesini imdadında çağırmak gerekir. «İmdada çağırmak» diyorum; aslında, bir açıklama, bir yorum ipucu olarak bundan yararlanmak gerekir.

29 uncu madde ne diyor? Bizim resmî metindeki çeviri çok açık değil, şöyle diyor; «Her şahsın şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi ancak içinde yaşamasıyla mümkün olan topluluğa karşı vecibeleri vardır» Kişinin topluma karşı ödevleri vardır, niçin vardır? Çünkü, kişinin serbest ve tam gelişmesi, ancak toplum içinde yaşamasıyla mümkündür. Toplum kendisine bunu sağladığı için, toplum kendisinin tam gelişmesini sağlayan bir birim olduğu için, kişi o birimin içinde, yani kendisinin gelişmesini sağlamak olanağını veren, kendisinin gelişmesini sağlayan birim içinde yer aldığından, ona karşı ödevleri vardır. Dolayısıyla, mantıken bundan çıkarılacak olan sonuç, toplum ya da toplumun örgütlenmiş biçimi olan devlet, kişinin kendi kendisini geliştirmesine olanak sağlaması gereken, bunu ödev olarak alması gereken bir toplumdur ya da devlettir. Ödev, eğer toplum bunu yapıyorsa vardır, bunu yapmıyorsa yoktur. Toplum, bedava ödev isteyemez. Devlet, bedava ödev isteyemez insanlardan. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin bu hükmünün özünden çıkarılabilecek bir anlamla, devlet, kişilerin kendi kendilerini geliştirmelerini sağlayan, sağlaması gereken bir kuruluştur. Onun karşılığında bir ödev bekleyebilir.