

HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ANLAYIŞINDAKİ GELİŞMELERİN ANAYASA'YA YANSITILMASI SORUNU

Prof. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU()*

Plan

I. İnsan Haklarının kuramsal temelleri ve evrimi üzerine

- A) Sosyal Sözleşme ve Sosyalist katkının sürekliliği
- B) "Doğa Sözleşmesi" fikrinin güncelliği

II. Özgürlükler Anayasa Hukuku

- A) "Olan"ın kritiği
- B) Olması gereken ve gerekçesi
 - 1. Tanıma ve düzenlemede bütünsellik
 - 2. Sınırlama ve güvencede farklılaşma
 - a) Sınırlamada ortak ölçütler
 - b) Ortak güvence ve koruma hükmü gerekli mi?
 - c) Çatışmadan "uzlaşma"ya
 - ç) Kamu düzeni
 - d) Gündümlü özgürlükler ve gözetilen özgürlükler ayrımı
 - e) Ödev mi, yükümlülük mü?

Yeni bir Anayasa'da nasıl bir özgürlükler rejimine yer verilmesi gerektiği sorunu, bir yandan İnsan Haklarının kuramsal temelleri ve evriminin gözden geçirilmesi, öte yandan pozitif hukuk bağlamında Özgürlükler Anayasa Hukuku bakışıyla irdelenebilir.

(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (Anayasa Hukuku Anabilim Dalı) ve Limoges Üniversitesi Hukuk Fakültesi konuk öğretim üyesi (Professeur invité).
Telif eserleri:
- Kolektif Özgürlükler, 1989.
- Çevre Hakkı, 1992.
- Özgürlükler Hukuku, 1993.
- Anayasa Yargısı, 1994.

I. İnsan Haklarının Kuramsal Temelleri ve Evrimi Üzerine

A) Sosyal Sözleşme ve Sosyalist katkının sürekliliği

Tarihsel gelişim bağlamında biri diğzerinin antitezi olarak ortaya çıkmış ise de çağdaş insan hakları anlayışı, her iki kuram ve akım arasında bir sentez (bireşim) olarak yorumlanabilir.

1. XVIII. yüzyılda formüle edilen liberal anayasa hukuku öğretisinin temelini oluşturan "*Toplum Sözleşmesi*" kuramına göre, "tabiat hali"nde insanlar, barış içinde yaşayırları savaşa dönüşünce kendi aralarında yaptıkları bir sözleşme ile siyasal iktidarı kurmuşlardır. Bu varsayıma göre, hak ve özgürlüklerinden bir kısmını devlet ve iktidarına devreden bireyler, haklarının sahibi olarak kalmışlardır. Siyasal iktidarın amacı ise, insan haklarının kullanıldığı güvenlik ortamını yaratmaktır. İktidarın kötüye kullanılması durumunda toplum üyeleri, "direnme hakkı" nı kullanarak özgürlüklerini geri alacaklardır.

Klasik Anayasa hukukunun dayandığı Devlet-İnsan Hakları İkilemi (dilemma), esin kaynağını "*Toplum Sözleşmesi*" kuramında bulmaktadır. "Devlet iktidarının sınırları" nı çizen Anayasa, "hak ve özgürlüklerin güvencesi" ni de koymuş olmaktadır. Tabii hukuk öğretisinin dayanağı, bu doğal ortam ve insanın sahip olduğu haklar varsayımından başkası değildir. Bu nedenle, tabii (doğal) hukuka göre, İnsan Hakları devletten önce gelir; çünkü bunlar insan olmak nedeniyle sahip olunan haklardır. Devlet ise, sadece onları tanır ve güvenlik içinde kullanımını sağlar.

Bu anlayışın Anayasalara yansımaları, hak ve özgürlüklerin anayasaların hemen başında, ilk bölüm veya kısım olarak düzenlenmesi şeklinde olmuştur. Buna karşılık, siyasal kurumların sonraki bölümlerde, hak ve özgürlükler sistemine uygun olarak örgütlenmesi sözkonusudur. Bu gelenek günümüzde de sürmektedir.

Liberal öğretisi, toplum karşısında kişiyi ayrıcalıklı kılan bireycilik temelini dayanır. Toplumda birey ilk değer, hatta toplumsal örgütlenmenin erekliliği olarak düşünöldüğünden, bireysel inisiyatif ve tercihlere saygı göstermek esastır. İnsanın gelişimi için gerekli olan toplum, ancak ikinci derecede ve "araçsal" dır. Bireyin en önde gelmesi, tarihsel olarak "toplum sözleşmesi" kuramı ile açıklanır.

Liberal bakış açısından birey böylece "özgöl" hakların sahibi kılınmaktadır. Hukuktan da önce gelen bu haklar, kişinin bedeni üzerinde serbest tasarrufu, düşünce ve davranışlarını serbest tercih haklarıdır; en geniş özerklik yoluyla bireyin serpilip gelişimini hedef alan bu haklar, siyasal-toplumsal sistemi de yönlendirir. Devlet-toplum ve birey ilişkisinde; devletin toplumdaki, toplumun da bireyden sonra geliyor olması, toplum halinde yaşam gerekleri hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirirse de,

insanın bireysel ve bağımsız belli bir varlık alanı, hukukun tamamen toplumsal yetki dışında kalır. Kısaca, Özgürlükler Hukuku bağlamında liberalizm, bireycilik (individualisme) ile özdeşleşir. Liberalizmin babaları, Locke olduğu kadar Montesquieu, hatta Rousseau'dur. J. Locke'a göre, toplumun kurulması, daha iyinin -özgürlük ve güvenlik- araştırılmasını hedefler. Montesquieu'de iktidarın sınırlanması kaygısı öne çıkar. Gerçek liberal olmaktan çok demokrat olan J.J. Rousseau, insan özgürlüğünü hareket noktası almıştır. 1762'de yazmış olduğu "Contrat Social", "insan özgür doğar" sözleriyle başlar.

Bugün birinci kuşak olarak nitelendirilen bu insan haklarının özgül karakteri, insanların özgür ve eşit doğduklarını gerçeklemesi, kendilerine iktidar emanet edilen kişilerin neyi yapamayacağını belirlemesidir. Bu kuşağın ikili görünümü, "sivil" ve "siyasal" alanda kendini gösterir. Sivil alan, her insanın özerkliğini, yaşam ve davranış tercihinin serbestçe ortaya koyabildiği özgürlük alanıdır (bireysel özgürlükler). Ancak bu alan, "bireysel kendini belirleme" olarak "soyut" insanın özgürlükleriyle sınırlı olmayıp, kişilerarası ve toplumsal ilişkileri de kapsamına alır (toplu eylem özgürlükleri). Siyasal alan ise, "katılma" haklarında somutlaşır. Bireylerin yönetime katılması, demokrasi ve liberalizm bağlantısını da ortaya koyar. Siyasal alan ile sivil alan birbirini tamamlar. Gerçekten insan hakları ile yurttaş hakları içiçe geçmiştir.

Soyut insanın hakları ya da birinci kuşak özgürlükler⁽¹⁾, doğal hukuk ve bireycilik değer sistemine dayanan Amerikan ve Fransız Hak Bildirgeleri ile formüle edilmişlerdir. Gerçekleşmesi, ilke olarak siyasal iktidarın müdahale etmeme koşuluna bağlı olan ve bu yönüyle mutlak addolunan burjuva özgürlüklerinde herkes, soyut olarak metinlerin tanıdığı olanaklardan yeteneklerine göre yararlanabilir. Bu nedenle ilk kuşak, hukuksal özgürlükler dönemi olarak da adlandırılabilir.

Bununla birlikte, hemen belirtmek gerekir ki, değinilen hak ve özgürlükler *ilk anlaşılış biçimiyle ne formüle edilebilir ne de yorumlanabilir günümüzde. Devletin "kaçınma" yükümlülüğü ile adı geçen özgürlüklerin gerçekleşmesi değil, ancak devletin güvencesi ya da kimi zaman olumlu anlamda müdahalesi ile ilgili hak ya da özgürlük kullanılabilir. Klasik özgürlüklerin değerini korumakta olduğu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin sadece bunları düzenleme konusu yapmasıyla da anlaşılabilir. Böyle bir düzenlemeye karşılık, "Avrupa güvence sistemi"nin işleyişi, hukuksal özgürlüklerin ilk anlaşılış şeklinin ne derecede aşıldığını da ortaya koymuştur. Öte yandan, Kişi Özgürlükleri ve Siyasal Haklar*

1. Hak ve özgürlüklerin sınıflandırılmasının tarihsel gelişim çizgisine göre yapılması ve hukuksal rejiminin kuşaklar gözönüne alınarak incelenmesi üzerine bkz. İ.Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku* (İnsan Haklarının hukuksal yapısı üzerine bir deneme), Afa Yay., İstanbul 1994.

Uluslararası Paktı, (1966), bütünüyle olmasa bile ilke olarak, bireycilik ve liberalizm ürünü olan geleneksel hakları yansıtır.

2. Liberalizm ve bireycilik postüلالalarını çürüten öğretiler arasında en radikali ve güçlüsü *Marksist sosyalizmdir*. Özgünlüğü, alternatif bir İnsan Hakları öğretisi olarak, hatta liberal kuramın aşılması şeklinde ortaya çıkmasına bağlanabilir. Klasik Marksist analizin dayandığı "biçimsel" özgürlükler ve "gerçek" özgürlükler ayırımına göre, liberal öğretinin özgürlükleri olan, birinciler yararlanılması zenginlik ve maddi araçları gerekli kılan soyut özgürlüklerdir. Bunlar aslında, toplumsal sömürü ve eşitsizlik karşısında, bireyin temel gereksinimlerine hiçbir şekilde uygun düşmezler. Bu "sözde" özgürlükler gereksizdir; toplumsal ve iktisadi eşitsizlikleri maskeleydikleri ve sonuçta bunlara hizmet edip dayanak oluşturdukları için tehlikelidirler de. İşte Marksizm, belirtilen nedenlerle bu biçimsel özgürlüklerin karşısına "gerçek" hakları; bir işe giriş, uygun bir yaşama ulaşma ve daha geniş olarak toplumsal "yabancılaşma" karşısına gerçek bir bağımsızlığı elde etme özgürlüklerini çıkarır.

Bu ayrımın gerçeği yansıtması, bireylerin sefalet içinde yaşamaya mahkûm edildiği yerde, İnsan Hakları'nın varlığı bir yana, a priori "ihlal edilmiş" olmasından kaynaklanır. Ayrımın göreceli yönü ise, sosyal hakların, biraz aşağıda görüleceği üzere, birincileri yadsımayıp, tam tersine onları tamamlayıcı özelliğinden ileri gelmektedir.

"Somut" özgürlüklere kapitalist devletlerin, "soyut" haklara ise Marksist devletlerin öncelik vermiş olmaları, büyük ölçüde, "biçimsel" özgürlükler ve "gerçek" özgürlükler ayırımının, sırasıyla liberalist-bireyci ve Marksist-sosyalist "gözlükler"le yorumlanmış olmasına bağlanabilir. Ancak yüzyılımızın ikinci yarısından itibaren ikinci kuşağın genelleşmesiyle, her iki kategori arasında çekilmek istenen ideolojik renk ağırlıklı kesin çizgiler de ortadan kalkmaya başlamıştır.

Kültürel, sosyal ve iktisadi hakların yeni bir insan hakları kategorisi olarak genelleştirilmesi fikri, Birleşmiş Milletler Şartı'nda (San Fransisco, 22 Temmuz 1945) görülmektedir. 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ise, birçok maddesinde bu kuşakta yer alan hakları açık biçimde ilan edecektir.

"Herkesin, toplumun bir üyesi olarak, sosyal güvenliğe hakkı olduğu gibi, onuru ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların...sağlanmasına da hakkı vardır." (m.22).

Bildirge; herkesin çalışma, işsizliğe karşı korunma, adil ve tatmin edici bir ücret hakkını (m.23), herkesin kendi sağlık ve huzuru ile ailesini sağlıyarak uygun bir yaşam düzeyine... sahip olma hakkını (m.25), herkesin öğrenim hakkı (m.26) vb.'ni düzenlemektedir.

İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Paktı (1966) da büyük ölçüde ikinci kuşağa denk düşen hakları öngörmektedir.

Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ilk örneklerini 1917 Meksika, 1919 Almanya ve 1924 Sovyetler Birliği Anayasalarının sunduğu yeni kuşak, İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasalarında yaygın bir biçimde tanınacak ve düzenlenecektir. Bu doğrultudaki gelişmeler, "Sosyal Devlet" ya da "Refah Devleti" fikir ve hedeflerine koşutluk gösterecektir.

Bütün bu gelişmeler, "soyut" özgürlüklere rağmen değil, tam tersine onların gerçek yaşamda kullanılabilmesi, pekiştirilmesi ve derinleştirilmesi yönünde olmuştur. Bu hedefin en uç örneğini bizde 1961 Anayasası'nda görmek mümkündür. Kişinin "vazgeçilmez, dokunulmaz ve devredilmez" hak ve özgürlüklerini sınırlayan "siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırma" görevi ötesinde, Devlete "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" görevini de yüklemektedir (m.10).

"Zengin ve fakir karşı karşıya kaldığında özgürlük ezer, yasa ise kurtarıcı olur"² deyişi, günümüzde devletin sadece yasa ile değil, oluşturacağı düzenek ve sistemle hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlama görevi ile tamamlanmalıdır. Devletin "müdahalesi" ölçütü, özellikle ikinci kuşak haklar için öne sürülmekte ise de, birinci kuşak açısından da gereklidir. "Kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkının sağlanması için devlet ne derecede gerekli ise, herkesin insan onuruna uygun bir yaşam sürdürebilmesi için, -yararlanması gereken hakları sağlamak amacıyla- devletin sosyal güvenlik sistemini kurması o derecede önem taşımaktadır. Birincisinde "güvenlik içinde" ikincisinde ise "onur içinde", ancak her ikisinde de "yaşama hakkı" için.

Kısacası, "kapitalist özgürlükler ve Marksist haklar yoktur, fakat insan hakları vardır, bunlar insan onuruna uygun bir yaşam sürdürebilmek amacıyla herkesin yararlanabilmesi gereken haklardır" görüşü³, insan hakları kavramına, liberal ve sosyalist kuram ve uygulamaların -olumlu ve olumsuz- deneyimleriyle ancak her ikisinin birikimiyle ulaşılabildiği gerçeğini gözardı etmeksizin paylaşılabilir. Kişi özgürlükleriyle sosyal hakların bölünmezliği, kaynağını, bugün "eşit özgürlük" formülü ile ifade edebileceğimiz kapitalist "özgürlük" ve Marksist "eşitlik" deyimlerinde bulmuyor mu?

B) "Doğa Sözleşmesi" fikrinin güncelliği

1. İkinci Büyük Savaş'tan sonra, İnsan haklarının sadece Devletlerin iç sorunu değil, uluslararası topluluk bütününe ilişkin sorun olduğu bilin-

2. Locadaire, aktaran D. Turpin, *Droit Constitutionnel*, PUF, 1992, s. 25.

3. P.H. Imbert, "Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)?" (Reflexions sur les droits économique, sociaux et culturels), *Revue de Droit Public*, 1989, s. 751.

ci doğuyor. Büyük uluslararası belgeler, yavaş yavaş hukuki özgürlükleri, isteme haklarını ve yeni hakları birlikte ilan etmeye başlıyor. İşte bu dönem, özellikle sömürgeci kurtulan Üçüncü Dünya Devletlerinin baskısı ile "dayanışma" adı verilen hakları ortaya çıkaracak olan uluslararasılaşma çağıdır. Bu yeni dönemin birikimi sonucu 1982 yılında "Dayanışma Haklarına İlişkin Uluslararası Üçüncü Pakt Öntasarısı" hazırlanmış ve bu belgede dört özgün hak formüle edilmiştir: Barış hakkı, gelişme hakkı, çevre hakkı ve insanlığın ortak malvarlığına saygı hakkı.

Konularını temel evrensel değerlerin oluşturduğu yeni haklar, devlet sınırlarının ötesinde insanlık ailesinin bütün üyeleri arasında "dayanışma"yı ifade eder.⁴) Gerçekten yeni hakları, büyük uluslararası toplantılar ya da metinler olgunlaştırmıştır. Gerçi BM Şartı'nda bunun ilk tohumlarına, 1966 Paktlarında açık sayılabilecek formülasyona rastlanmaktadır. Ancak bu konuda en önemli adım, 1968 İnsan Hakları Uluslararası Konferansı sonunda yayımlanan Tahran Bildirgesi ile atılmıştır. 1982 Pakt Öntasarısı'ndan sonra, La Haye'de toplanan 24 Devlet, La Haye Bildirgesi (Mart 1989) ile yeni hakların somutlaştırılmasında katkıda bulunmuşlardır⁵). 1992 Rio Dünya Çevre Zirvesi ve orada kabul edilen belgeler, önemli bir aşama olarak görülebilir. Nihayet, Haziran 1993'te Viyana'da gerçekleştirilen İnsan Hakları Dünya Konferansı da, "Bildirge ve Eylem Programı"nda yeni hakları doğrulamıştır⁶).

2. XX. yüzyıl biterken, klasik kavram ve kuramlar köklü değişimlere uğramaktadır. Doğal olarak nitelenen geleneksel kişi özgürlüklerinin temelini Sosyal Sözleşme oluşturmaktadır. Ne ki, doğa eksenine dayandırılan kuram ve kurumlarda "Doğa"nın kendisi hiç gözönüne alınmamıştır. Günümüzde, klasik özgürlüklerin varoluş koşulunu oluşturan "doğal ortam"ın korunma ve iyileştirilmesi için yeni bir anlaşma formüle etme gereği öne sürülebilir. Bu ise "*Doğa Sözleşmesi*" eksenine dayandırılabilir. Mülkiyet ve çevre hakları örneği, klasik olanı sorgular, önerileni anlamlandırır. Toplum Sözleşmesi esinli bildirgelerde "doğal hak" olarak tanıyan mülkiyet karşısında, yeni bir hak olan çevre, ancak bir "Doğa Sözleşmesi" ile güvence altına alınabilir. Böylece "doğal hukuk" bağlamında "tabii" hak sayılan mülkiyet, "Doğa Sözleşmesi" ile sözcüğün gerçek anlamında doğal olan çevre hakkının tanınması karşısında göreceli konuma gelir⁷).

4. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. İ.Ö. Kaboğlu, "İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*-9, 1993, s.121-136.
5. Üçüncü kuşak haklar için "yeni" sıfatının kullanılması, Dördüncü kuşak haklardan sözedilebilmesi ölçüsünde yerinde olmayabilir. Bilimsel gelişmelerin insan ve yaşamı üzerindeki etkileri, daha yeni hakları gündeme getirmektedir. Bioetik ve özgürlük, bilişim ve özgürlük kavramları bu çerçevede değerlendirilmelidir.
6. Doğa Sözleşmesi fikri ve kuramsal temelleri üzerine bkz. krş.: Michel Serres, *Le Contrat Naturel*, Champs/Flammarion, Paris 1992.
7. Bkz. ve krş. Jean Morange, "Ethique et droits de l'homme" in, *Présence du Droit Public et des Droits de l'Homme*, (Mélanges offerts à Jacques Velu), Bruylant Bruxelles, 1992, s.1153-1156.

Yeni bir Sözleşme gerekliliği üzerine yapılacak tartışma, anayasa hukukunun klasik konularını olduğu denli, insan hakları anlayışını da sorgulatabilir. Siyasal iktidar-yurttaş karşıtlığı ve özgürlükler için devlet erkinin sınırlanması ereği, klasik şemayı yansıtır. Yeni yaklaşımda ise, her iki tarafa da muhatap olarak almadıkları "Doğa" karşısında sınırlamalar getirilmesi söz konusudur. Çünkü son yıllarda devlet-birey ikilemi, devlet ve birey (geniş anlamda) işbirliği- doğa karşıtlığına dönüşmüştür. Hedefi, devlet-insan ve doğa ilişkilerini düzenlemek olan Doğa Sözleşmesi, insan hakları anlayışını nitelik ve boyutları yönünden dönüşüme uğratacaktır. Anayasa hukukunun konusu da bir yandan birey-iktidar ilişkileri, öte yandan, maddi-şekli anayasa ayrımı yönünden değişecek, "doğa-iktidar-birey" sacayağında yeni bir bağlama oturacaktır.

"İnsan Hakları"nın simetrisi (bakışımı) olarak öne sürülen "İnsan Ödevleri Bildirgesi" görüşü, aslında öncelikle "Doğa Sözleşmesi" bağlamında geçerli kılınmalıdır. Çünkü, hak'kın öte yanında ödev değil, daha çok "yükümlülük" yer alır. Örneğin anayasaların ödev olarak öngördükleri, ülke savunması, vergi ödemesi birer basit 'ödev' olmayıp, yükümlülüklerdir. Haklarla ödevlerin bütünleştirilmesi tehlikelidir de. Sadece devletle olan ilişkileri değil, insanların kendi aralarındaki ilişkileri de düzenleyen kurallar bütünü olarak ödevlere yer verilmesi, insan bilincinden kaynaklanan özgürlüğe değil, iktidarca belirlenen emirlere bağlıdır. Bu da tehlikeli sonuçlara varabilir. Ödevlerin öngörülmesi gereksizdir de. Çünkü, ödevlerin kaynağı "etik" (ahlakî), hakların kaynağı ise "hukuki"dir. Hukuksal olan, sorumluluk ve yükümlülüğü de kapsamına alır. Ayrıca, insanların kendi aralarındaki ilişkilerde karşılıklılık ilkesi de geçerlidir. Kaldı ki birey klasik özgürlüklerinden yararlanıp yararlanmama yönünde karar serbestliğine sahiptir.

İşte doğa ile ilişkilerde "ödev"lerin gündeme çıkarılması bu noktada önem kazanmaktadır. Bir kez, burada tek yanlılık sözkonusudur. Devlet, birey ve kuruluşlar karşısında edilgen konumda bulunan doğa, hep verendir. Sonra bu, aynı zamanda etik bir sorundur. Doğa geniş anlamında kullanıldığından bu sorun, insan-hayvan ilişkilerini de kapsamına almaktadır. Üçüncü Kuşak Haklar üzerine yürürlüğe konacak bir "Uluslararası Pakt" bir "Ödevler Bildirgesi" ya da demeti ile tamamlanabilir. Çünkü yeni hakların uygulamaya geçirilmesi, klasik haklar anlayışında olanaklı görünmemektedir. İnsan ve iktidar ile "Doğa" arasında kurulacak yeni ilişkiler, hak ve özgürlükler sorunun aynı zamanda "dayanışma bağlamı"nda algılanmasını gerekli kılmaktadır⁸.

II. Özgürlükler Anayasa Hukuku⁹

Hem çağdaş gelişmeleri, hem de global bir kavrayışı yansıtacak ana-

8. Konuya ilişkin uluslararası ölçekte metinler üzerine gelişmeler konusunda bkz.: Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s.286-297.

9. Kavram ve alt başlıkları üzerine bkz. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s.33 vd.

yasal düzenleme nasıl olmalıdır? İnsan hakları, demokratik rejimin normatif altyapısını oluşturduğuna göre yeni bir Anayasa çalışmaları, hak ve özgürlükler alanındaki gelişmeleri yakından izlemek zorundadır.

Konuya demokrasinin normatif temeli olarak yaklaşıldığında, "İnsan Haklarına dayanan Devlet" ve "İnsan haklarına saygılı Devlet" ayrımı, 1961 ve 1982 Anayasalarının İnsan Hakları "ideolojisi"ni farklı biçimlerde yansıttığı öne sürülebilir. Bu bakımdan 1982 Anayasası'nda insan haklarının rejiminde, sınırlama daha katı, güvence ve koruma hükümleri yönündense daha gevşek olduğu anlaşılabilir. Yürürlükteki Anayasa, öncekinin hak ve özgürlükler rejimini değiştirmiştir, ama sistematığıne dokunmamıştır. Benimsenen ve yüzyıllık bir geçmişe sahip bulunan üçlü ayrımın önem ve değeri teslim edilmekle birlikte, artık aşılması gereği de kabul edilmelidir.

A) "Olan"ın kritiği;

1961 ve 1982 Anayasalarına göre;

- Kişinin Hakları ve Ödevleri (II. Kısım, II. Bölüm),
- Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler (II. Kısım, III. Bölüm),
- Siyasi Haklar ve Ödevler (II. Kısım, IV. Bölüm), olmak üzere üç başlık altında toplanan haklar ve özgürlükler, 1890 yılında Alman kamu hukukçusu G. Jellinek tarafından, pasif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü hakları biçiminde yapılan bölümlenmeden esinlenmektedir.

Ancak bu bölümlenme, iki açıdan eleştirilebilir.

1. S.B. Değinen bölümlere ve bölüm başlıklarına ilişkin olarak; sorun, pasif, pozitif ve aktif statü haklarından herbirinin kapsamına aldığı hak ya da özgürlük türünün niteliğini ne derecede yansıtmakta olduğudur.

İlkin nitelendirme bakımından, kişi özgürlüklerinin yalnızca pasif (edilgen) statü haklarını yansıttıklarını söylemek güçtür. Örnek olarak, "adil yargılanma hakkı", Devletin ya da kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın gerçekleşebilir mi? Sonra, pozitif statü hakları içerisinde yer alan sendika özgürlüğünün devletten edim biçiminde bir yapma ödevini gerekli kıldığını söylemek kolay değildir. Nihayet, üçüncü başlık altında yer alan siyasal hakların aktif statü hakları olarak nitelenmesi yerinde ise de, "katılma" olgusunun günümüzde kazandığı boyutlar gözönüne alınarak, birinci başlıkta yer alan toplu eylem özgürlüklerinin, ikincisinde formüle edilen sendika özgürlüğünün de katılımın önemli araçlarından biri haline geldiğinde kuşku bulunmamaktadır. Kaldı ki, siyasal haklar bölümünde düzenlenen hak ve özgürlüklerin hepsi aktif olmadığı gibi, büyük bir kısmının hak değil, daha çok "yükümlülükler" olduğu görülmektedir.

2. Anayasalarımızın öngördüğü sistematik, *bütün olarak* da eleştiriye açıktır:

Bir kez, kullanılan ayırım ölçütleri nedeniyle ilgili bölümlerde toplanan hak ve özgürlüklerin türdeşliği sorunu yanında, Anayasa tanınip güvencelenmesi gereken bütün hak ve özgürlükleri kapsamına almamaktadır.

Sonra, 1982 Anayasası sisteminde her üç kategori de ödev "şalı" ve sınırlama örgüsü ile kaplanmıştır.

Nihayet, daha genel olarak 20. yüzyıl sonunda sahip olunan hak ve özgürlükler anlayışını ve insan haklarının ilerlemeci özelliğini yansıtmaktan uzaktır.

B) Olması gereken ve gerekçesi

Yeni bir Anayasa, hak ve özgürlüklerin gelişimini yansıtan sistematik yanında, içerik yönünden insan haklarının demokrasinin altyapısı olma özelliğini gözönüne almalıdır. Bu konuda şöyle bir ayırım önerilebilir: Tanıma ve düzenlemede bütünsellik; sınırlama ve güvencede ise farklılaşma.

1. Tanıma ve düzenlemede *bütünsellik*

Anayasa, insan haklarını, tarihsel evrim çizgisini ve gelişimci özelliğini gözönüne alarak tanıyıp düzenlemelidir. Kuşaklara göre ayırım, hem hak ve özgürlüklerin günümüze değin geçirdiği evreleri hem de gelişim perspektifini yansıtmaya elverişli görünüyor.

Bu çerçevede 1961 ve 1982 Anayasalarında;

- II. ve IV. Bölümlerde düzenlenen hak ve özgürlükler birleştirilerek, "Kişi özgürlükleri ve siyasal haklar" başlığı altında gruplandırılabilir (Birinci kuşak).

- Üçüncü Bölümde düzenlenen "Sosyal ve İktisadi Haklar"a kültürel haklar eklenerek, her üç kategori bir bölüm altında formüle edilebilir (İkinci kuşak).

- Üçüncü bölüm olarak sa, "dayanışma hakları" tanınip düzenleme konusu yapılabilir (Üçüncü kuşak)⁽¹⁰⁾.

10. Tartışılması gereken, bilim ve teknolojinin gelişimi karşısında insan ve haklarının korunması bağlamında bir "dördüncü kuşak" haklar ve özgürlükler sorunudur. Bu bağlamda formüle edilecek haklar, üçüncü kuşakta yer alan haklarla birlikte, 21. yüzyılın "İnsan Hakları Anlayışı"na yeni perspektifler kazandırmaya aday görünüyor.

Yeni bölümlenmede, hak ve özgürlüklerin "öznelere" öne çıkarılıp "yaşama hakkı" eksen kavramı olarak alınabilir:

- İlke olarak "Soyut İnsan"ı özne olarak alan birinci kuşak, "güvenlik içinde yaşama hakkı" eksenine dayandırılabilir.

- Hakkın öznesini toplumsal ortamında gözönüne aldığından "Toplum içinde insan"ın haklarını formüle eden ikinci kuşak, "onur içinde yaşama hakkı" temel kavramını öne çıkarır.

- Çevre ve doğal ortamında insanın haklarına ağırlık veren üçüncü kuşak ise, yine gelişme ve yaşama (dengeli bir çevrede ve barış içinde) hakkı eksenine oturtulabilir.

"Yaşama hakkı" eksenini, bölümler arasında yaratılan hiyerarşiyi ve değer farklılığını ortadan kaldıracaktır. Böylece, Anayasa'nın hak ve özgürlüklere ilişkin yeni sistematigi, "Doğal Hukuk"tan, "Doğa Sözleşmesi"ne, insan haklarının hem ilerlemeci özelliğini hem de kapsayıcı karakterini yansıtabilecektir.

Hangi haklar nerede düzenlenecektir?

Birinci kuşak içerisinde, kişi özgürlükleri ve siyasal haklar, bireysel ve toplu boyutlarıyla yeniden düzenleneceğinden bu bakımdan pek sorun bulunduğu söylenemez. Böyle bir yaklaşım, kişi özgürlükleri ve siyasal hakların toplum sözleşmesi bağlamında ortaya çıkış birlikteliğini de yansıtır.

İkinci kuşak haklar yönünden durum farklıdır: Bir kez, "İktisadi haklar" ikinci kuşak içerisinde yer alıyor olmakla birlikte, özellikle mülkiyet hakkının, bir yandan sosyal haklarla ilişkisi, öte yandan (çevre hakkı gibi) üçüncü kuşak haklarla sıkı bağlantısı, hangi başlık altında düzenlenmesinin yerinde olacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır⁽¹⁾. İkinci olarak, kültürel hakların kapsamı ve düzenleme biçimi önem taşımaktadır. Şöyle ki; bireysel boyutları ötesinde, örneğin "kültürel kimlik" toplu bir hak olarak daha çok gelişme hakkı bağlamında yer almakla birlikte, kültürel haklar kategorisine dahil olduğunda kuşku yoktur. Üçüncü olarak, sosyal haklar yönünden güçlük bulunmamakla; ancak, bunlar içerisinde bazılarının yeniden formülasyonu düşünülebilir. "Sosyal güvenlik hakkı" örnek alınır, bu hakkın gerçekleşmesinde Devletin edimde bulunması karşılıksız olmamaktadır. Devlet ilke olarak bir sistem kurma yükümlülüğü ile karşı karşıya bulunmaktadır. Bu ise, devletin artık klasik hale gelen görevleri arasında yer almaktadır⁽²⁾.

11. 1961 Anayasası'nda "sosyal ve iktisadi haklar" bölümünde düzenlenen mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası'nda "kişinin hakları" bölümüne alınmıştır.
12. Sosyal güvenlik hakkını, Türkiye gibi az gelişmiş bir ülke Anayasası'nda daha ayrıntılı düzenlemenin yerindeligi öne sürülebilir. (Örnek olarak bkz. Portekiz Anay. m.63). Bununla

Çevre ve doğa ortamında insanın sahip olduğu haklar üçüncü kuşak olarak tanınıp düzenlenebilir. Başta, çevre hakkı, sadece bir program hükmü olarak değil, aynı zamanda, yükümlülük ve sorumluluk ilkeleriyle yaptırım öğelerini de kapsamına almalıdır (Bu arada, çevreyi iyileştirme, onarma ve eski hale getirme gibi yükümlülükler öngörülebilir). Çevre başlığı altında, geniş anlamda hangi çevresel koruma alanlarına yer verilebileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kıyıların korunması, tarihsel ve kültürel varlıkların muhafazası ve iyileştirilmesi, şehircilik ve planlaması, ormanların düzenlenmesi ve yönetimi akla ilk gelen konulardır. Burada öne çıkarılacak ölçü, çevre hakkının koruduğu değerler olmalıdır⁽¹³⁾. Önerilen "Bölüm" içerisinde çevre, barış ve gelişme hakları arasındaki sıkı ilişki de vurgulanarak bu değerlerin ancak birlikte güvence altına alınabileceği öngörülmelidir. Yine, mülkiyet hakkı, girişim ve ticaret özgürlüğüne verilen yere göre, çevre ile çatışma içine giren bu haklar, çevrenin genel çıkar ve kamu yararını yansıtması olgusu karşısında göreceli bir konuma getirilmelidir⁽¹⁴⁾. Nihayet, Anayasa'nın tanıdığı özgürlükler, özellikle bilgi edinme, katılma ve başvuru haklarıyla toplu eylem özgürlükleri, çevre hakkı ve barış hakkının kullanılmasına elverişli düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

Gelişme hakkının formülasyonu Türkiye bağlamında nazik bir sorun oluşturmaktadır: Konu, özgürlük ve eşitlik ekseninde tartışılabilir. Çağdaş Anayasalar, üniter Devlet yapısı çerçevesinde konuyu "gelişme hakkı", "etnik gelişme hakkı", "kültürel kimlik" hakkı ve benzeri formüllerle düzenleme yapmaktadırlar. Örnek olarak Romanya Anayasası, Üniter Devlet kapsamında "kimlik hakkı" öngörmüş (m.6), Portekiz Anayasası ise, "ortak kültürel kimlik" (m.78/2, c) formülasyonuna gitmiştir. Bizde konuya Anayasal çerçeve arayışında, "kişinin...maddi ve manevi varlığının gelişmesi" biçiminde (1961 Any., m.10, 1982 Any. m.5) gelişme hakkını bireysel boyutta tanıyan formülasyon hareket noktası olarak alınabilir. Bu hak, ilgili bölümünde "toplu boyutu"yla birlikte düzenlenebilir.

Anayasal sistematik açısından son nokta, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin insan ve yaşamı üzerindeki etkilerinin anayasaya nasıl yansıtı-

birlikte, yeni bir Anayasa'da, 1961 Anayasası'nın 53., 1982 Anayasası'nın ise 65. maddesindeki, "Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ile sınırlı"lık kaydı yer almamalıdır. Zira, böyle bir hüküm, Devletin edimini gerekli kılmayan sosyal hakların savsaklanması konusunda siyasal iktidarlar için "mazeret" oluşturabilmektedir.

13. Çevre ve doğa ortamında "insan öznesi" öne çıkarılarak formüle edilen haklar ya da hükümler, 1982 Anayasası'nda oldukça dağınık bir görünüm arz etmektedir: Yerleşme özgürlüğü (m.23), mülkiyet hakkı (m.35), kıyılardan yararlanma (m.43), toprak mülkiyeti (m.44), Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması (m.45), sağlık ve çevre ve konut (m.56, 57), Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması (m.63), Planlama (m.166), Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi (m.168), Ormanların korunması ve geliştirilmesi (m.169), Orman köylüsünün korunması (m.170).
14. Romanya Anayasası'na göre, "Mülkiyet hakkı, çevre ortamının korunmasına; (...) ilişkin çabalara saygıyı gerekli kılar." (m.41/6).

lacağı sorunudur. Burada, bioetik ve insan hakları ile bilişim (enformatik) ve kişi özgürlüğü sorununa işaret etmekle yetinelim⁽¹⁵⁾.

2. Sınırlama ve güvencede *farklılaşma*

Farklılaşma, ortak ilkelerden hareketle ortaya konabilir.

a) Sınırlamada ortak ölçütler

Hemen hemen her hak ve özgürlük için geçerli sınırlar şunlardır:

- Şiddeti dışlama: Hiçbir hak ya da özgürlük zor kullanma ögesini kapsamına almaz. Bu, hakların nesnel sınırlılık ilkesinin sonucu ve doğaları gereğidir.

- Kötüye kullanamama: Hukuk, hiçbir özgürlüğün kötüye kullanımını meşru kabul edemez.

- Kamu düzenini ihlal etmeme: Sübjektif ögeler içeriyor olmasına karşılık kamu düzeni -öteki sınırlama nedenleri arasında-, hak ve özgürlüklerin kullanımında doğrudan ya da dolaylı biçimde geçerli kılınabilecek başlıca sınırlama nedenidir.

- Çatışmayı uzlaştırmaya dönüştürme: Toplumsal yaşamda hak ve özgürlükler arasında uzlaşma sağlanması zorunludur. Birbiriyle çatışan hak ve özgürlüklerin uzlaştırılması, onları sınırlama sonucunu doğurur.

- Ölçülülük ilkesi: Hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar ancak makul ölçülerde yapılabilir⁽¹⁶⁾.

Her hak ve özgürlüğün niteliğine göre, farklı biçimlerde uygulama alanına sahip olan bu ölçütler dışında, Anayasalar ilke olarak "özgül ya da farklılaşmış" bir sınırlama sistemi öngörürler. Bununla birlikte 1982 Anayasası genelden özele uzanan geniş bir sınırlamalar yelpazesi öngörmüş bulunmaktadır ki, benzeri bir düzenlemeye çağdaş demokratik anayasalarda rastlamak olası değildir. Burada sadece üç farklı aşamaya değinelim: genel sınırlama hükmü (m.13), "Sosyal ve ekonomik haklar"ı sınırlama hükmü (m.65), özel sınırlama hükümleri (hemen hemen her hak ve özgürlük maddesinde öngörülen, ancak toplu özgürlüklerde çok

15. Anayasaca tanınıp düzenleme konusu yapılan hak ve özgürlükler çizelgesinin uzatılması, "insan haklarının enflasyonu" sorununu gündeme getirmekte ise de; konu, ilkin, teknik anlamda hak niteliği taşımayan hükümlerin (vergi ödevi, ispat hakkı örneği) Anayasadan ayıklanması, sonra da, bilimsel-teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı "yeni haklar"ın önemi açısından tartışılmalıdır.

16. Ölçülülük ilkesini Anayasa Mahkemesi özlü bir biçimde tanımlamıştır: "Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru aracının, amacı gerçekleştirilmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması"dır (E.1990/25, K.1991/1, Kar.günü: 10.1.1991, AYMKD-27, c.1, s.97).

yönlü ve katı biçimde formüle edilen "Sınırlama" konusunda yapılması gereken, yeni bir Anayasa'da, çağdaş veriler ışığında yeni bir düzenleme yapmaktır.

b) Ortak güvence ya da koruma hükmü gerekli mi?

Bu konuda ilkin 1982 Anayasası'nın 40. maddesine işaret edelim:

"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."

Koruma hükmü şeklinde, ancak kullanım araç ve yolları bakımından belirsiz böyle bir düzenlemeye karşılık çağdaş anayasalar daha çok kurumsal mekanizmalar öngörmektedirler: Romanya Anayasası'nda "Halkın Avukatı" (Avocatul Poporului) (m.55-57), İspanyol Anayasası'nda da "Halkın Avukatı" (Defensor del Pueblo) (m.54), Portekiz Anayasası'nda ise, "Provedor de Justiça" (m.23) adı verilen "Ombudsman ve medyatör" benzeri kurumların ortak özelliği, Anayasaca tanınan hakları korumak amacıyla oluşturulmuş olmalarıdır. Türkiye açısından, anılanlara benzeri bir "ortak güvence kurumu" nun öngörülmesinde çok geç kalmıştır⁽¹⁷⁾.

Ortak bir güvence kurumunun öngörülmesi⁽¹⁸⁾, belli hak ve özgürlükleri düzenlemek için uzmanlaşmış-özerk bağımsız idari otoritelerle (Rad-yo TV Yüksek Kurulu örneği) spesifik birimler oluşturularak farklılaşmaya gidilmesine engel değildir⁽¹⁹⁾.

Hak ve özgürlüklerin anayasal statüsünü belirlerken ortak hukuki rejimin sınırları görmezlikten gelinemez. Zira, "dokunulmaz alanlar" dan doğası gereği sınırlı olanlarına değin, İnsan Hakları oldukça geniş, farklılaşan bir hak ve özgürlükler yelpazesini kapsamına alır. Belli alanlar, hemen hemen bütün önemli uluslararası metinlerde mutlak olarak koruma altına alınmıştır. Bunların başında, yaşama hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı, düşünce-kanaat, din ve vicdan özgürlükleri, suçsuzluk karinesi, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi gelmektedir. İnsan haklarının sert çekirdeği olarak da adlandırılan ve sınırlama dışında tutulan bu alanlar, her ortamda, her zaman ve herkes için geçerli addolunmaktadır.

17. Böyle bir kurum yerine, önce "İnsan Hakları Bakanlığı", sonra "İnsan Hakları Teşkilatı" ve nihayet şimdilerde "İnsan Hakları Müşavirliği" kurulması yönündeki siyasal-idari faaliyetler, Türkiye'de insan haklarının korunmasına katkıdan çok insan haklarının gelişimini köstekleyici yöndedir. Konunun eleştirisi için bkz. İ. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s.112-113.

18. Ankara Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültelerinin ilgili Öğretim Üyelerince hazırlanmış olan *Gerekçeli Anayasa Onerisi* (AÜSBF yay., 1982), "temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini gözet"mesi amacıyla bir Kamu Denetçileri Kurulu öngörmüştü (m.114 b). Ancak 1982 Anayasası yapımcılarınca böyle bir düzenleme kabul görmemiştir.

19. Bağımsız idari birimler üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s.110, 115-116.

Buna karşılık, kimi hakların güvence altına alınabilmesi, ancak sınırlanması ile mümkün olabilir. Görsel-işitsel iletişim özgürlüğü örnek gösterilebilir. Bu hakkın güvencelenmesi, sözkonusu alanın örgütlenmesi, denetim altına alınması ve sınırlanması gereği bulunmaktadır. Kısacası, "sınırlama, hakkı zedeler; ancak sınırlamanın kendisi hakkın güvencesi"ni oluşturabilir, Sonuç olarak; hem genel hem de farklılaşmış güvence mekanizma ve hükümlerini Anayasa'ya koyma yerindeliği ve gereği bulunmaktadır.

c) Çatışmadan "uzlaşma"ya...

Birbirleriyle çatışan ya da çelişir addedilen hak ya da özgürlüklerin uzlaşmaya dönüştürülmesine ya da birinin öne geçmesine ilişkin ayrıntılı anayasal düzenleme gereği bulunmamakla birlikte; formülasyon biçimi, çatışma ya da yarışma halindeki haklardan hangisine öncelik tanınacağı ve bu yolla uzlaşma sağlanmasına ilişkin genel çerçeve ve espriyi yansıtmalıdır. Burada söz konusu olan, hak ve özgürlükler arasında hiyerarşik ilişki yaratmaktan çok, ortam ve koşullara göre "denge" sağlamaktır.

Birbiriyle çatışma olasılığı bulunan haklar arasında uzlaştırma, somut durumda korunan değerler öne çıkarılarak sağlanmalıdır. Ölçüt olarak, ilgili hakkın kullanılma ortam ve koşuluna göre, "amaç" ve "kamu yararı" öne çıkarılabilir. Çevre hakkı ile mülkiyet hakkı arasındaki çatışmada, kamu yararı ya da genel çıkar ölçütü kullanılabilir. Kıyıların düzenlemeye tabi tutulması ve oralarda mülkiyet hakkı ile girişim özgürlüğünün sınırlanması, hem çevre hakkı hem de bunun alt kavramı olan, "doğaya eşit giriş hakkı"nın öne çıkması ile açıklanabilir. Bu konuda Romanya Anayasası'nın öngördüğü spesifik hükmü anımsatalım. Bizde, insanın doğa ve çevre ortamında sahip olduğu hak ve özgürlükler ekseninde düzenleme azlığı, bütünsel bakış açısının anayasal rejime yansıtılmamış olması, hak ve özgürlükler çatışmasında bir etmen olarak belirtilebilir. Daha spesifik olarak, öğrenim özgürlüğünden yararlanılması, kurumsal örgütlenme bağlamında bu hakkı öne çıkarır; bu alanda öteki hak ve özgürlüklerin kullanımını ikinci plana iter. Tıpkı genel yol ve caddelerin halkın dolaşımına özgülenmiş olup, öncelikle bu amaçla kullanımının bu yerlerde toplantı ya da gösteri özgürlüğünü sınırlaması gibi.

ç) Kamu düzeni

Hak ve özgürlükleri kayıtlama nedeni olarak kamu düzeni, genel ölçüt niteliğinde ise de, bu kavramın uygulanmasında da farklılaşmalara gidilmesi kaçınılmazdır. Önce bu kavramda içerik genişlemesine işaret edilmelidir. Ekonomik kamu düzeni, çevre kamu düzeni, orman kamu düzeni gibi kavramlar hukuk metinlerine girmeye başlamış, böylece düzenin sadece sokak dinginliği anlamındaki düzenle sınırlı olmadığı ortaya çıkmıştır.

Öte yandan, kamu düzenini ihlal derecesi gözönüne alınarak bir hak ya da özgürlüğün amaç dışı ya da kötüye veya yasadışı kullanımının yol açtığı olumsuz etki, geçici ya da kalıcı biçimde ikiye ayrılabilir. Buna göre, bir toplantı ya da gösteri özgürlüğünün kötüye kullanılması "geçici kamu düzeni" ihlaline yol açmasına karşılık; yasadışı veya şehircilik ilkelere aykırı olan ve çevreyi bozan bir inşaatın yolaçtığı kamu düzeni ihlali "kalıcı"dır. Bir hak ya da özgürlüğün kötüye kullanımı sonucu yol açılan ihlal derecesine uygulanacak yaptırım da farklı olmalıdır. Bu da, sınırlama nedenlerinde sözkonusu hak ya da özgürlüğe göre farklılaşmaya gidilmesini haklı gösterir.

d) Gündümlü özgürlükler ve gözetilen özgürlükler ayrımı

1982 Anayasası'nda, siyasal ve toplumsal hak ve özgürlükler kayıtlanmış, kullanım alanları daraltılmış ya da yasaklanmıştır. Bunların başında, bütün sistemin, demokratik çoğulcu rejimin dayanağı olan düşünce özgürlüğü gelmektedir. Derneklere, sendikalara ve siyasal partilere, geçici gruplaşmalar olarak toplantı ve gösteri özgürlüklerine ilişkin kayıtlamalar, çoğulcu bir siyasal ve toplumsal ortamın oluşumunu engellemektedir. Özetle, anılan özgürlükler gündümlü bir statüye sokulmuş, siyasal liberalizm yolu tıkanmıştır.

Buna karşılık, son çeyrek yüzyıl boyunca, siyasal ve toplu özgürlükler alanında daraltılma yönündeki eğilimin tersine, iktisadi özgürlüklerin genişletilmesi yönünde kamuoyu oluşturulmuştur. Siyasal söylem gündemi, anayasal düzenlemeleri de etkilemiştir. Post-sosyalist dönemde ise, ülkemizde mülkiyet hakkı ve hür teşebbüs daha da yüceltilmiş, adeta kutanmıştır. Ne var ki, iktisadi liberalizmin altyapısını oluşturan bu "gözetilen özgürlükler", en çok kötüye kullanılan⁽²⁰⁾, sonuç olarak iktisadi bunalımda rol oynayan özelliğiyle, istikrarlı bir demokratik rejimin kurulmasını da engellemektedir.

Ülkemizde kazanç getirici faaliyetlerle, kazanç getirmeyen toplumsal amaçlara yönelik gönüllü etkinlikler karşılaştırıldığında, birinciler için geçerli "daha çok güvence ama daha az sınırlama kuralı", ikinciler açısından "daha çok kayıtlama, ama daha az güvence"ye dönüştürülmüştür. Yeni bir anayasal düzenlemede bu dengesizliğin ortadan kaldırılması gerekmektedir⁽²¹⁾.

20. İktisadi özgürlüklerin kötüye kullanılmasını işleyen birçok kaynak arasında örnek olarak bkz.: Türkân Arıkan, "İhracatta Teşvik Vurgunu", (yazı dizisi), Milliyet, 28 Ocak-1 Şubat 1992; Öztin Akgüç, "Banka Batırmak", Milliyet, 8.5.1994; Sakıp Şeker, "Kayıtdışı Ekonomi", Milliyet (Türkiye Forumu), 4.5.1994; Erdoğan Soral, "Açılan Paket", Cumhuriyet (Olaylar ve Görüşler), 19.4.1994.

21. Türkiye'de Devlet, örneğin bütün dernekleri ayrıksız olarak "kayıt altına" almıştır; ancak onca yüceltilen iktisadi faaliyetleri "kayıt altına" alamamıştır. Oysa liberal bir toplumda serbestlik alanı, baskı grubu işlevi için ne derecede önemliyse, kapitalist sistemde ekonomik yaşamın düzene bağlanması da o derecede gereklidir. Bugün ülkemizin karşı karşıya bulun-

e) Ödev mi, yükümlülük mü?

Hak ve ödevler rejimini 1982 Anayasası derecesinde içiçe geçiren bir başka çağdaş anayasa örneğine rastlamak güçtür. Anayasalar, yükümlülük ve mecburiyetler yanında ödev kavramına da yer vermekle birlikte; en azından hak ve özgürlük tür ve kategorilerine göre bir farklılaşmaya da gitmektedirler.

Gerçekten, insan ve çevre-doğa arasındaki ilişkiyi yansıtan haklar, kuramsal açıklama kısmında belirtildiği gibi, ödevle anlam kazanırlar ancak. Toplum içinde insan öznesini öne çıkaran hakların bir kısmıyla ödev birlikteliği savunulabilir ise de, birinci kuşak özgürlüklerle ödevlerin bağdaştırılması güçtür. Bu nedenle yeni Anayasa'da, ödevlerin anlamlandırılarak hak ve özgürlükler sistematiğinden ayıklanması, gerektiğinde sorumluluk ve yükümlülüklerin öngörülmesi, aynı zamanda "hukuki kriter"lerin benimsenmesi anlamını taşıyacaktır.⁽²²⁾

Sonuç olarak, hak ve özgürlükler alanındaki çağdaş gelişmeler ışığında, toplumumuzun deneyimlerini de gözönüne alarak, yeni bir Anayasa'da ya da gerçekleştirilecek köklü değişiklikler sırasında, gerek sistematik gerek içerik yönünden aynı zamanda bütünsel ve farklılaşmalar ekseninde bir "Sosyal Anayasa" (Özgürlükler Anayasa Hukuku) önerisi en azından tartışmaya değer....

duğu iktisadi krizle bu sektörde tanık olunan "başıboşluk" arasında korelasyon kurulabilir; ancak, toplu özgürlüklerin güdüm altına alınmasıyla terörizm ya da toplumsal çalkantı arasında doğrudan bir nedensellik ilişkisinin varlığı öne sürülemez. Belki de tersine, yasal örgütlenme olanağının daraltılıp birçok yönden kayıtlanması, toplumda tek yanlı olarak farklı biçimlerde grup ve örgütlenmelerin sürekli güçlenmesiyle demokratik düzeni tehdit eden bir dengesizliğe varılmıştır. Eğer gönüllü kuruluşlar özendirilseydi, "sivil toplum"un kurulma olasılığı yükselecek, bu da demokrasi ve özgürlüklerin güçlü bir güvencesi olabilecekti (....).

22. Bkz. ve krş.: Zafer ÜSKÜL, Geniş Tabanlı Bir Uzlaşma Arayışı İçin Karşılaştırmalı *Anayasa Taslağı* ve Anayasa Anketi, Toplumda Diyalog Forumu, Yayın no: 1 Nisan 1992.