BÜLENT TANÖR

TÜRKİYE'NİN İNSAN HAKLARI SORUNU

GENİŞLETİLMİŞ 2. BASKI YENİLENMİŞ

HUKUKİ BOYUTLAR 1

BDS YAYINLARI

BİR "POST SCRIPTUM": TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu/I (Hukukî Boyutlar) kitabının dizilmesi bitmiş, Nisan 1991'de baskıya verilmek üzereydi ki, 12 Nisan 1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu çıkageldi. Yasanın, bu kitapta değinilen sorunlara önemli değişiklikler getirdiği açıktı. Bu nedenle, BDS Yayınevinin de gösterdiği anlayışla, basımın bir süre ertelenmesi ve değişikliklerin eklenmesi yoluna gidildi.

Ancak, teknik zorunluluklar kitabın içeriğinin değiştirilmesine izin vermiyordu. Bu nedenle, Sonradan Yazılmış Bir Ek'in (Post Scriptum) kitabın gövdesine iliştirilmesi yoluna gidildi. Yine aynı zorunluluklar, bu Ek'in kitabın sonuna değil başına konmasını gerektirdi. Ancak bunun bir sakınca oluşturmadığı, hatta tersine, bir yarar sağladığı da kabul edilmelidir. Çünkü böylece, ilkin baştaki Ek'i okuma durumunda olan okuyucu, kitabın içeriğinde değişen ve değişmeyen verileri baştan süzebilme olanağına da sahip olacaktır.

Bu Ek Bölüm, sözkonusu yasa hakkında toplu ve kucaklayıcı bir değerlendirme değildir. Amaç, kitabın yeni veriler karşısında nasıl okunması gerektiği konusunda yol göstermekten ibarettir. Bu nedenle de, Ek Bölüm'ün ele aldığı konular yasanın sistematiğine göre değil, bu kitaptaki başlıklara göre sıralanmıştır. Yasanın, kitapta ele alınmayan konulara (infaz hukuku, vb.) ilişkin yönleri üzerinde de bu yüzden durulmamıştır. Kitabın İnanç ve Din Özgürlüğü (Birinci Bölüm, III) ile ilgili başlığı bu yasadan etkilenmiş olmadığından, bunun yerine, sonraki bölümlere de ışık tutmak için Suç ve Cezalar (III) başlığı konmuştur. Yasa hakkında daha genel bilgi edinmek isteyen okuyucu, burada gösterilen kaynaklara ve ilişikteki yasa metnine başvurabilir.

Belge ve kaynaklar konusundaki yardımlarından dolayı İstanbul Barosu Başkanı Sayın Turgut Kazan ile, Avukat Sayın Atilla Coşkun'a teşekkürlerimi sunarım.

BT/1.8.1991

3713 SAYILI "TERÖRLE MÜCADELE KANUNU" ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Terör, özellikle günümüzde pekçok ülkenin karşılaştığı bir olgudur. Bunu önlemek ve suçluları etkin bir şekilde cezalandırmak amacıyla çeşitli yasal düzenlemelere gidilmiştir: Gözaltı sürelerinin uzatılması (Almanya Federal Cumhuriyeti, İngiltere, İtalya, İspanya), sanıkların tecrit edilmesi ve gıyapta yargılanabilmesi (Almanya), cezaların ağırlaştırılması (İspanya, İtalya, İsviçre, Fransa), cezalarda indirime gidilememesi (İngiltere), yargılamanın merkezileştirilmesi (İspanya, Fransa), jüri yerine yargıç sistemine geçilmesi (İngiltere), pişmanlık bildirenlerin cezalarının hafifletilmesi ya da ertelenmesi (Federal Almanya, İtalya, İngiltere, vb.). Bütün bu düzenlemeler, anayasalara ve hukuka uygunlukları yer yer kuşkulu bir *anti-terör mevzuatı* oluşturmaktadır (1).

Türkiye'de çıkartılan Terörle Mücadele Kanunu da (TMK) bu bağlamda yeralmaktadır. Yasa, yayımlandığı tarihten başlayarak (2) hukuk çevrelerince eleştirilmiştir. İstanbul Barosuna sunulan raporlar (3), yayımlanan kitapçıklar (4), günlük basında çıkan eleştiriler (5) buna örnektir. SHP, Özek ve Toroslu raporlarını esas alarak Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Öteyandan, TMK'nın infaz sistemiyle ilgili bazı hükümleri de iki Sıkıyönetim Mahkemesi tarafından

(1) bkz. M. Şükrü ALPASLAN, *Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik* (Doktora tezi), Tekin yayınları, İstanbul (bütün kitap); J. ROBERT, "Terrorisme, idéologie sécuritaire et libertés publiques". RDP, 1986, p. 1655; *Bulletin d'Information sur les Activités Juridiques* (BIAJ), Conseil de l'Europe, No 1, p. 36, No 16, p. 30, No 27, p. 37)

(2) Kanun No: 3713, Kt. 12. 4. 1991 (RG. 12 Nisan 1991- 20843/ mükerrer).

(3) Sözkonusu raporlar Sahir Erman, Çetin Özek, Nevzat Toroslu ve Bakır Çağlar tarafından ayrı ayrı hazırlanmıştır.

(4) *Anti-Terör mü, Anti-Demokrasi mi?* İHD Ankara Şubesi yay., Ankara 1991; *Terörle Mücadele Yasası ve İnsan Hakları*, İHD yay., 1991; *Terörle Mücadele Yasası, Demir Kafes*, Çağdaş Hukukçular Derneği yay., Ankara 1991.

(5) Erdener YURTCAN, "Terörle Mücadele Yasası", *Cumhuriyet*, 20.5.1991; Faruk EREM, "Terörle Mücadele Kanunu ve Vatana İhanet", *Cumhuriyet*, 10.6.1991 Atilla Coşkun, "Çeşitli yönleriyle Terörle Mücadele Kanunu", *Güneş*, yazı dizisi, 3-7 Mayıs 1991.

"itiraz" yoluyla Anayasa Mahkemesine iletilerek iptal isteminde bulunulmuştur (6). Yüksek Mahkeme, TCK md. 146 ile ilgili suçlardan hüküm giyenlerin salıverilmeleri konusunda eşitsizlik yaratan hükümleri iptal etmiştir (7).

TMK'nın, bu kitapta değinilen konularda getirdiği değişiklikler nelerdir?

I) KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

Kişi dokunulmazlığının üç önemli sorunu ölüm cezaları, yargısız infazlar ve işkence gibi olgulardı.

Ölüm cezası konusundaki yenilik, 8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle verilen ölüm cezalarının yerine getirilmemesi (Geçici md. 1/a) hükmünden ibarettir. Bunlarla ilgili olup da TBMM'de onay bekleyen dosyalar Adalet Bakanlığına geri gönderilmiştir. Durum, sözkonusu sanıkların yaşama hakları açısından olumlu bir adımdır. Ancak, ölüm cezalarına yer vermeye devam eden Türk ceza hukukunun uluslararası standartlar karşısındaki geriliği yine sürmektedir.

Yargısız infazlar açısından yasa adeta özendirici hükümlerle doludur. Terörle mücadelede görev yapanların kimliklerinin açıklanmasını cezalandıran (md. 6/1), bunların tutuksuz yargılanmalarını buyuran (md. 15) hükümler bu niteliktedir. Nitekim yasanın yürürlüğe girmesinden sonra, "ölü olarak ele geçirme" ya da "kaçarken vurulma" olaylarında ciddi bir artış görülmüştür (8). Yasanın en tehlikeli boyutlarından biri budur.

İşkence konusunda da durum aynıdır. Görevlilerin kimliklerinin saklı tutulması (md. 6), gözaltı süresinin uzunluğu (md. 11), ifade alan ya da tutanak düzenleyenlerin ancak "zaruret görülmesi halinde" ve o da "gizli duruşma"da dinlenebilmeleri (md 12), tutuksuz yargılanma kuralı (md. 15) bu nitelikte düzenlemelerdir. Özellikle bu sonuncusu, faillerin kaçmasına ve delillerin karartılmasına yolaçabile-

(6) Ankara Sıkıyönetim 1 Numaralı Askerî Mahkemesinin Esas 1981/50 sayılı başvuru kararı metni: *Terörle Mücadele Yasası ve İnsan Hakları*, s. 60-64.

(7) E. 1991/15, K. 1991/22, Kt. 19.7.1991 (RG. 31.7.1991 - 20946) (bkz. Ek'teki yasa metni geçici md. 4) Mahkeme, "istemle bağlı" olduğu için sadece iptali istenen bu hükümle ilgili karar vermiştir. TCK 125 ile ilgili olarak mahkemelerdenbir itiraz geldiğinde ya da bu alanı da iptal istemi içine alan SHP başvurusu incelenirken, Anayasa Mahkemesi bu konuda da karar alacak ve herhalde iptal yoluna gidecektir. Bu nedenle, şu aşamada, "Kürt tutukluya haksızlık yapıldı"ğı, "eşitsizliğe ayrımcılığın eklendiği" iddialarının (D. Perinçek'in yazılı açıklaması, *Güneş*, 24. 7. 1991, s. 5) hukukî temeli yoktur.

(8) Örnekler ve sayılar için bkz. *Güneş*, 5, 15 ve 17 Temmuz 1991.

cegından, işkence ve kötü muameleye özendirici bir koruma olarak kabul edilmek gerekir (9). Öte yandan, terör örgütü mensubu olmayanların da örgüt adına suç işlemeleri durumunda terör suçlusu sayılacaklarını bildiren hüküm de (md. 2/2) sanığın bir örgüte bağlı olduğu yolunda zorlama ve baskılarla karşılaşmasına yolaçacak karakterdedir (10). TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra "gözaltında ölüm" olayları ile işkence iddialarındaki artış (11), yasanın bu hükümleriyle ilgili tedirginliklerin haksız olmadığını ortaya koymuştur.

Özetle, yargısız infazlar ve işkence gibi olaylar açısından TMK, zaten olumsuz olan tabloyu daha da karartmaktan başka bir sonuç vermeyecektir.

II) KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ

Bu haklar açısından önemli iki kurum "gözaltı" ile "tutuklama"dır. TMK bu iki alanda da insan hakları ihlâlleriyle doludur.

Gözaltı süresinin uzunluğu burada bir kez daha vurgulanmalıdır. Yasanın yanlış ifadesiyle "Gözetim süresi", toplu olarak işlenen suçlarda 15 gündür. Ancak, "en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli makul süre" buna dahil değildir (md. 11). Kişi özgürlüğünün yargıç kararı olmadan bunca süre kayıtlanması, Avrupa uluslarüstü ve ulusal anayasa mahkemelerinin benimsemiş oldukları tavanın çok üstünde kalmaktadır (12). Ne var ki, 15 günlük süre 1982 Anayasasının da öngördüğü bir tavandır (md. 19). Bu bağlamda, Türk Anayasasının uluslarüstü standartlara tersliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Tutuklama konusuna gelince, bu alandaki sakıncalı hüküm, "tutuklamama zorunluluğu" getiren kuraldır (md. 15). Buna göre, "Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve zabıta amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin bu görevlerin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı haklarında açılan kamu davası sonuçlanıncaya kadar (bunlar/BT) tutuksuz yargılanırlar" (fıkra 1). Bu hükmün, kişi dokunulmazlığı üzerinde doğuracağı kötü sonuçlara yukarda değinilmişti. Buradaki, "ve bu amaçla görevlendirilmiş diğer personel" ifadesinin, "kışkırtıcı ajan" ya da "kontrgerilla" mensubu kişileri de kapsaması ve koruması tehlikesi vardır. Öteyandan bu düzenleme, tutuklama kurumunun "ihtiyariliği" ile de bağdaşmamaktadır. Türk sistemi, tutuklama nedenleri olsa bile yargıcı buna zorlama-

(9) Ç. ÖZEK, *Rapor*, s. 18; *SHP iptal davası dilekçesi*, s. 16.
(10) N. TOROSLU, *Rapor*, s. 3, 6.
(11) bkz. *Cumhuriyet*, 15. 7. 1991.
(12) B. ÇAĞLAR, *Rapor*, . 4.

mıştır (AY md. 19, CMUK md. 104). Dolayısıyla tutuklama yasağı da olamaz. Bu konuda tek ve haklı istisna, 15 yaşından küçüklerin tutuklanmaması zorunluluğunu getiren, 25.2.1988 gün ve 3412 sayılı yasayla değişik Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 12. md.sinin son fıkrası hükmüdür (13). TMK'daki düzenleme; tutuklamayı zorunlu kılan kuralları, tutuklamanın ihtiyariliği ilkesine ve yargıcın takdir hakkına bir müdahale sayarak iptal eden Anayasa Mahkemesinin kararlarından da çıkan "ihtiyarilik" düsturunu bozmuş bulunmaktadır (14).

III) SUÇLAR VE CEZALAR

TMK'nın getirdiği suçlar başlıca iki öbekte incelenebilir: terör suçları ile teröre destek suçları.

1) Terör ve Terör Suçları

Terör, tanımlanması zor bir kavramdır. Bu güçlük, Avrupa Konseyi bünyesinde sürdürülen hukukî çalışmalarda da kendini göstermiştir (15). Dolayısıyla genel-geçer, tek tipte ve evrensel bir tanımlamada bulunmak kolay bir iş değildir. Nitekim, 4 Ağustos 1978 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye'nin de onayladığı *Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi* (16) de (No:90) bir "terör tanımı" getirmiş sayılamaz.

TMK ise "Terör tanımı" başlıklı 1. maddesinde böyle bir tanımlama girişiminde bulunmuştur. Buna göre: "Terör; baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylemlerdir" (fıkra 1). Yasaya göre terör örgütü, "iki veya daha fazla kimsenin aynı amaç etrafında birleşmesiyle mey-

(13) N. CENTEL, "Tutuklamama zorunluluğu", *Cumhuriyet*, 12. 6. 1991.

(14) E. 1963/136, K. 1963/285, Kt. 2.12.1963 (AYMKD sayı 1, s. 435-437), ve E. 1963/121, K. 164/74, Kt. 17. 12.1964 (AYMKD sayı 2, s. 230-233).

(15) bkz. "La lutte internationale contre le terrorisme", *Probèmes Politiques et Sociaux*, La Documentation Française, No: 259, 30 mai 1975; BIAJ, No 15, Mars 1983, p. 13.

(16) *Resmî Gazete*, 26.3.1981-17291; Ergin NOMER/ Özer ESKİYURT, *Avrupa Sözleşmeleri*, c. II, İÜHF yay., İstanbul 1982, s. 375 vd.

dana gelmiş sayılır" (fıkra 2). "Terör suçlusu" da, yukarıda belirtilen örgütlerin suç işlemiş üyeleri ya da suç işlememiş olsa bile bu örgütlere girmiş kişilerle, bu örgütler adına suç işleyenlerdir (md. 2).

TMK, üç ana terör suçu kategorisi öngörmektedir. Birincisi *"terör suçları"* olup, bunlar TCK md. 125, 131, 146, 147, 148, 149, 156, 168, 171 ve 172'de yazılı suçlardır (md. 3). İkinci kategori, *"terör amacı ile işlendiği takdirde terör suçu sayılanlar"*dır. Bunlar da TCK md. 145, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 169, 499/2 ile, DGM yasasının 9. md.sinin (b), (c) ve (e) bentlerinde yazılı suçlar olarak gösterilmiştir (md. 4). Bu iki kategoriye giren suçları işleyen ve bu kanunun kapsamına göre "terör suçlusu" sayılan kişilerin cezaları yarı oranında artırılarak verilir (md. 5). Üçüncü kategori ise, *terör örgütlerini kurma, faliyetlerini düzenleme, yönetme veya bunlara girme* suçlarından oluşmaktadır (md. 7/1).

Yasanın terör suçu saydığı ya da sayılabilmesini kabul ettiği suçların sayısının kabarıklığı dikkat çekici ve ürküntü verici boyuttadır. İki kişinin aynı amaç etrafında anlaşmış sayılmasının "terör örgütü" kurmuş sayılmaya yetmesi bir başka tehlikeli düzenlemedir. Terör suçları listesine, sağcı eylemcilerin yargılandığı TCK md. 313, 314 ve 315 gibi hükümlerin alınmamış olması da gözden kaçırılmaması gereken bir eşitsizliktir. Bu suçlar doğrudan terör suçu sayılmamışlardır. Böylece uygulama, TMK md. 1'den çıkan yoruma bırakılmıştır (17).

Yasanın bu düzenlemelerine karşı başlıca iki kanaldan eleştiri getirilmiştir. Birincisi, bunlardaki belirsizliğin "suçların yasallığı" ilkesine ve Anayasanın 38. md.sine ters düştüğü görüşüdür ki (18), buna katılmamak mümkün değildir. İkinci kanal, yasanın 1. maddesinin ilk fıkrasının "Anayasada belirtilen..." şeklinde başlayan ve "...her türlü eylemlerdir" diye biten bölümünün, ekonomik düzende değişiklik önerilerini tehdit edebilecek (19), hatta baskı gruplarının demokratik eylemlerini engelleyebilecek (20) esneklikte olduğu eleştirisini getirmektedir. Yasanın öngördüğü suçların işlenmiş saylabilmesinin, maddenin başında yeralan terör yöntemlerinden biriyle işlenmiş olmasına bağlı olduğu kabul edilecek olursa, bu endişelerin pek de yerinde olmadığı sonucuna ulaşmak gerekecektir. Yasanın bu şekilde yorumlanması mümkündür ve hatta daha doğru olanıdır. Çünkü TMK, "baskı, cebir ve şiddet, vb." yöntemleriyle işlenen terör suçlarını cezalandırmakta, düşünce ve propaganda suclarını biri hariç (md. 8; TCK eski md. 142/3) kaldırmakta, bunlarla ilgili örgütlenme hakkını da tanımaktadır (Geçici md. 23). Nitekim, DİSK'in açılmasına ve yönetici-

(17) *Terörle Mücadele Yasası, Demir Kafes*, s. 20.

(18) Ç. ÖZEK, *Rapor*, s. 1-4; N. TOROSLU, *Rapor* s. 1.

(19) B. ÇAĞLAR, *Rapor*, s. 2.

(20) *Terörle Mücadele Yasası, Demir Kafes*, s. 13-20; *Terörle Mücadele Yasası ve İnsan Hakları*, s. 10-11, 34,37 (Cem Eroğul ve Halit Çelenk'in görüşleri).

lerinin aklanmasına karar veren Askeri Yargıtay 3. Dairesi de yasayı haklı olarak böyle yorumlamıştır. Bu konulara ilerde yeniden dönülecektir.

Bununla birlikte, terör yöntemlerinin "cebir" kavramıyla, yani maddî cebir (şiddet) ve manevî cebir (tehdit) unsurlarıyla sınırlı tutulmayıp, "baskı", "korkutma", "yıldırma" ve "sindirme" gibi deyimlerle de beslenmiş olması eleştirilebilir. Bu terimler ya "şiddet" veya özellikle "tehdit" dünyasına aittirler, ve bu takdirde bunlara ayrıca yer verilmiş olması fuzulîdir, ya da ne anlama geldikleri belli değildir (21). Asıl vahim olan da bu sonuncu olasılıktır.

Şu var ki, "korkutma", "yıldırma", ve "sindirme" terimlerinin ingilizce ve fransızca karşılıkları olan "intimidation" sözcüğünün gerek doktrinde gerekse anti-terör mevzuatlarında kullanılmakta olduğunu da hatırlatmak gerekir. Türkçede kullanılan arapça "tedhiş" kavramının sözlüklerdeki karşılığı da "şaşırtma, ürkütme, yıldırma, korku salma" şeklinde açıklanmaktadır. Türk ceza hukuku doktrininde de Prof. Dr. Öztekin Tosun "Yıldırganlık suçları" deyimini kullanmaktaydı (22). Öteyandan, yine içeriği belirsiz görünen ve baskı gruplarının demokratik eylemlerine karşı bile işletilebileceği endişesini doğuran *"baskı"* kavramının da, "cebir" kavramıyla aynı potada mütalaa edilebileceğine işaret edilmiştir (23).

Sonuçta, bu kavramların bulanıklığının "suçların yasallığı" ilkesi yönünden sorun yarattığı görüşü Anayasa Mahkemesi tarafından da tartılacaktır. Yüksek mahkemenin bu konuda iptal kararı verme yoluna gitmemesi durumunda ise ceza yargıcının olayları ve olguları "terör", "terör örgütü" ve "terör suçlusu" üçgeni içinde yorumlama sorumluluğu daha da önem kazanacaktır.

"Terör yöntemleri" açısından yukarda sayılan suç paketlerinin gözden geçirilmesi de yararlı olabilir. Böyle bir tarama yukarki sorunlara biraz daha ışık serpecektir.

TMK'nın *"terör suçları"* saydığı ve TCK'da gösterilen eylemler esas olarak özlerinde "şiddet" unsuru taşımaktadırlar: egemenliğin ve toprak bütünlüğünün bozulması (md. 125), tahrip (md. 131), anayasal düzeni değiştirmeye ya da TBMM'yi görev yapmaktan alıkoymaya "cebren teşebbüs" (md. 146), Bakanlar Kurulunu görev yapmaktan "cebren men" (md. 147), yabancı hesabına askere alma ve silahlandırma (md. 148), isyana ya da halkı birbirini öldürmeye teşvik (md. 149), cumhurbaşkanına suikast (md. 156), silahlı cemiyet ya da çete

(21) N. TOROSLU, *Rapor*, s. 2.

(22) J. ROBERT, "Terrorisme", p. 1655; BİAJ, No 27, Juillet 1988, p. 37; Ş. ALPASLAN, *Tedhişçilik*, s. 4, 8, 101.

(23) E. YURTCAN, "Terörle Mücadele Yasası", *Cumhuriyet*, 20.5.1991.

kurmak (md. 168) ve cürüm işlemek için gizli anlaşma yapmak(md. 171). Bazı suçları işlemek üzere halk topluluklarını alenen tahrik eylemi de şiddete çağrı niteliğindedir (md. 172). Bu bakımdan, yukarda "birinci kategori" diye başlıklandırılan "terör suçları" açısından Anayasaya aykırılık iddiaları geliştirebilmek pek kolay değildir.

Aynı saptama, terör tanımındaki bulanıklığın yarattığı sakıncalarla ilgili eleştiriler saklı kalmak kaydıyla, "üçüncü kategori" diye nitelenmiş olan "terör örgütü kurma, yönetme ve bunlara girme" suçları için de geçerli olabilmelidir.

İkinci kategoriyi oluşturanlar, yani terör amacıyla işlendikleri takdirde terör suçu sayılacaklar içinse durum farklı görünmektedir. Bunlar arasında öyleleri vardır ki, "terör amacıyla" işlenmiş bile olsalar, bunların "terör suçu'" sayılmaları büyük bir aşırılık örneğidir. Üstelik bazılarının, yasasının 1. md.sinde anılan "baskı, cebir ve şiddet.." gibi yöntemlerle işlenmeleri olasılığı da zayıftır; nitelikleri buna elverişli değildir. İhbarda bulunmamak (TCK 151), askeri itaatsizliğe teşvik etmek (TCK 153), halkı cürüm işlemeye teşvik edecek yayınlarda bulunmak (md. 154), halkı yasalara karşı gelmeye, ülke güvenliğine zarar getirmeye veya halkı askerlik hizmetinden soğutmaya yönelik yayın ve telkinde bulunmak (md. 155) gibileri bunlara örnektir. Bu sonuncu suçun kolayca "düşünce suçu"na dönüşmeye elverişli olduğu da unutulmamalıdır. Ayrıca TMK, DGM yasası yoluyla gönderme yaptığı bazı suçlarla, "terör suçu" kavramının kapsamını tehlikeli bir şekilde genişletmeye de devam etmektedir: Yasanın suç saydığı yayınları nakletmek (md. 162), memurun suç ihbarında bulunmaması (md. 235), ve görevini topluca (üç ya da daha fazla kişi) terketmesi (md. 236), din görevlilerinin hükümet ve yasaları yermesi ve aşağılaması (md. 242), ölüm ya da yaralanmayla biten kavgaya karışmış olmak (md. 464). Nihayet, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu, Telsiz Kanunu gibi yasalarda yeralan ve devletin iç ve dış güvenliğiyle ilglii suçlar da bu listeye eklenmiştir. Böylece, ikinci kategoriyi oluşturan suçlar paketinin "terör suçları " sayılabilmesi, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde uyulması gereken ilkelerden olan *"oranlılık"* ve *"ölçülülük"* kriterlerini de bozmuştur.

2) Teröre Yardım ve Destek Suçları

TMK, teröre dolaylı-dolaysız yardım ve destek niteliğinde saydığı bazı eylemleri de cezalandırmaktadır. Bunlardan, hukuka ve anayasaya uygunlukları son derece şüpheli olanlar dört kalem altında toplanabilir.

Birincisi, kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğinin veya terörle mücadelede görev yapan kamu personelinin kimlikleri-

nin açıklanması ve yayımlanmasının cezalandırılmasıdır (md. 6/1). Terör hedeflerinin açıklanmasının neden teröre destek anlamına geldiğini anlamak imkânsızdır. Aksine, geçmişte de görüldüğü gibi, bu tür açıklama ve yayımların caydırıcı olabileceği ve koruma önlemleri alınmasına olanak sağlayacağı açıktır. Kamu görevlilerinin kimliklerinin açıklanmasının cezalandırılması da, yurttaşlara kötü muamele alışkanlığının sürdüğü ortamlarda, kanunsuz davranışları sergileme olanağını ortadan kaldırır. Bu açıdan sözkonusu düzenlemelerin hem orantısız ve ölçüsüz, hem de basının haber alma ve haber verme özgürlükleri üzerinde vahim bir tehdit oldukları söylenmelidir.

İkincisi, terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan ve yayanların ağır para cezalarına çarptırılmasıdır (md. 6/2). Oysa, bu örgütlerin hedef ve taleplerinin öğrenilmesi düşünce ve kanaatlere ulaşma hakkının bir parçası olduğu gibi, basın için de haber alma ve haber verme özgürlüğü çerçevesine giren bir durumdur. Buradaki kısıtlama, "düşünce suçları"nı büyük çapta ortadan kaldırdığı iddiasıyla ortaya sürülen TMK'dan önce bile bu çapta değildi. Yayımın önlenmesi ve dağıtımın durdurulması gibi, en başta Anayasadan kaynaklanan ama antidemokratikliği tartışma götürmeyen önlemlerin uygulanmış olmasına karşın, yine de bazı örgüt liderleriyle yapılan röportajların yayımı tamamen engellenmiş değildir. Yeni düzenleme, bu türden bilgi alma/bilgi veme haklarını da zedeleyecektir. Üstelik bu, kamuya güvensizlik, terör örgütlerinin fikriyatına ise haksız bir iltimastır.

Üçüncüsü, terör örgüleriyle ilgili propagandanın ağır hapis ve ağır para cezalarını gerektirmesidir (md. 7/2). Buna benzer düzenlemeler başka ülkelerin (İspanya, Federal Almanya) yasalarında da varsa da (24), buradaki propaganda suçunun kolayca bir düşünce suçu haline dönüştürülmesi olasılığı yüksektir.

Dördüncüsü; dernek, vakıf, sendika ve benzeri kurumların teröre destek olduklarının tespiti halinde bunların faaliyetlerinin durdurulması, mahkemece kapatılmalarına karar verilmesi ve mal varlıklarının da müsadere edilmesidir (md. 7/4). Sözkonusu kuruluşlarla ilgili yasalarda bunların faaliyetleri zaten çok sık çemberler içinde tutulmuşken, bunlara bir de "teröre destek olmak" gibi belirsiz bir ölçünün eklenmesi, dernek ve sendika özgürlükleri açısından katmerli bir olumsuzluktur (25) Ayrıca, "faaliyetlerin durdurulması" yetkisinin kime ait olduğu da belirsizdir. Anayasa ve yasaların bu terimleri daha çok idareye, yani mülkî âmirlere ait yetkileri ifade etmek için kullandıkları hesaba katılır ve burada da sözkonusu yetkinin bunlar

(24) BIAJ, No 8, Juin 1981, p. 51 ve No 22, février 1986, p. 43.

(25) Nitekim bir gazete haberine göre İstanbul Kadıköy Halkevi, TMK uyarınca faaliyetten alıkonmuştur (*Güneş*, 6.7.1991).

tarafından kullanılacağı düşüncesi savunulursa, bunun en azından sendikalar için kesin bir anayasaya aykırılık sorunu yaratacağı açıktır. Çünkü 1982 Anayasası dahi, sendikaların faaliyetten alıkonmaları konusunda (örneğin derneklerden farklı olarak), mülkî amirlere hiçbir yetki tanımamış, bu konuda yalnız mahkemeyi yetkili saymıştır. Ayrıca, bu fiillerin işlenmesi durumunda sözkonusu kuruluşların malvarlıklarının müsadere edilebilmesi de, yine anayasanın yasaklamış olduğu "genel müsadere cezası" niteliğinde bir yaptırımdır (Anayasa md. 38).

Özetle, "teröre destek ve yardım suçları" (özellikle md. 7/2, 3 ve 4) ile buna dolaylı hizmet anlamı verilen faaliyetlerin cezalandırılması (md. 6). orantısız, suçların yasallığı ilkesine ve düşünce ve basın özgürlüklerine ters düşen düzenlemelerdir.

IV) DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Yasanın, düşünce özgürlüğü alanında getirdiği yenilikler son derece önemli ve esas olarak da olumludur. Dolayısıyla bu kitabın ilgili bölümündeki veri ve saptamalarda büyük çapta değişmiş bulunmaktadır.

TMK, "Devletin bölünmezliği aleyhinde propaganda" suçu dışında (md. 8), TCK md. 140,141, 142 ve 163'ü, dolayısıyla TCK md. 142/3 dışında kalan "düşünce suçları"nı kaldırmıştır (md. 23). Bu çerçevede artık propaganda ve övme suçu yoktur. TMK'nın genel gerekçesinde sözkonusu maddelerin uygulamada "düşünceyi ifade hürriyeti ile düşüncelerin örgütlenebilmesi hürriyetini kısıtlayıcı" hale geldiği belirtildikten sonra, bu kısıtlamaları kaldırarak, "bunların yerine kaim olmak ve fakat *şiddeti vasıta kılmayan düşünceyi ifade hürriyeti ile bu düşünceler etrafında örgütlenme hürriyetini koruyan düzenleme*"lerin yapılmakta olduğu açıklanmıştır (26). Şu halde yasakoyucunun da amacı, kuşku götürmez bir şekilde, şiddet içermeyen (TMK 8 hariç) düşünce ve örgütlenmenin mümkün kılınmasıdır.

Siyasal düşünce ve ideolojiler açısından soruna şöyle de yaklaşılabilir: Komünist, anarşist, cumhuriyet ve demokrasi karşıtı, ırk mülahazasına dayalı, millî duyguları zayıflatıcı sayılan düşünceler ile (TCK 142), anti-laik düşüncelerin propagandası (TCK 163) ya da övülmesi artık suç değildir. Bu tür siyasal görüş ve ideolojilerle ilgili "düşünce suçları" kalkmıştır. Yasanın bu yönde yorumlanması gereklidir. Bu bağlamda; laiklik karşıtı, dini istismara yönelik, krallık, padişahlık, monarşi yanlısı propaganda dahi yapılabileceğini ifade eden, hatta "cebir" propagandasının bile artık suç sayılmayacağını vur-

(26) *TBMM Terörle Mücadele Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu* (1/802), 8.4.1991, s. 3 'S' sayısı 554 (*TBMM Tutanak Dergisi*, c. 59, Birleşim 106'ya ek)

gulayan Adalet eski Bakanı Oltan Sungurlu'nun görüşleri son derece yerindedir, ve yasanın bu konudaki amacını da bir kez daha açıkça ortaya koymaktadır (27).

Öteyandan, TCK md.140 gibi bir korkutucu hükmün kaldırılması da önemli bir yeniliktir.

Bir başka olumlu gelişme "dil özgürlüğü" ile ilgilidir. Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun'un kaldırılmış olması (md. 23/e), her dilde basın-yayın hakkının (kitap, dergi, video, ses bandı, vb.) iade edildiğini ortaya koyar.

TMK'nın açıkça öngördüğü tek düşünce suçu, "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda" başlıklı 8. maddesinde yeralmaktadır: "Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz". Bu hükümle, eski maddedeki (TCK 142/3) suçlar daha da muğlak hale getirilerek sürdürülmüş, öngörülen ceza miktarında ise bir azaltma yapılmıştır. Maddenin düzenleniş biçimi, "ayrılıkçılık" noktasına varmayan düşünce açıklamalarının bile cezalandırılmasına olanak sağlayacak esnekliktedir. Oysa, ayrılıkçı ve terorist eylemlere sahne olan bazı batı ülkelerinde, ayrılıkçı talep ve düşüncelere bile bir sınır konmadığı burada bir kez daha hatırlatılmalıdır. Kaldı ki, bu yöndeki faaliyetlerin ya da yasanın deyimiyle "Devletin bölünmezliği aleyhine" davranışların eylemli ve silahlı karakter kazandığı durumlarda, bu amacı güden düşüncelerin yasaklanması ve cezalandırılması, yasama ve ceza siyaseti ile siyasal yerindelik (opportunité) açısından da anlamsız ve fuzulî sayılmak gerekir.

Bununla birlikte, Türkçeden başka bir dille yapılmış yayınların, sırf bu nedenden dolayı TMK md. 8 uyarınca cezalandırılması yoluna gidilemeyeceğini de bu arada vurgulmak gerekir. Yoksa, bu konuyu düzenlemiş olan 2932 sayılı yasanın yürürlükten kaldırılmış olmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır.

TMK'nın düşünce özgürlüğü çerçevesine giren düzenlemeleri bunlardan ibaret değildir. Yukarda da değinildiği gibi, terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan ve yayanların (md. 6/2), bu örgütlerle ilgili propaganda yapanların (md. 7/2) cezalandırılması, düşüncelere ulaşma ve bunları yayma hakkını ve özgürlüğünü, basın ve haber alma-verme özgürlüklerini tehit eder.

Nihayet, bu kitabın *"Düşünce Özgürlüğü"* ile ilgili bölümünde *"Baş-*

(27) "..Bugün, Batı ülkelerinde birisi 'ben cebren nizamı değiştireceğim' lafını kullansa, propagandasını yapsa, suçtur. Biz, onu da suç olmakan çıkarmışız, cebre başvururssa suç haline getirmişiz" (*TBMM Tutanak Dergisi*, c. 59, s. 243, 257). Bakanın, batı ülkeleriyle ilgili iddiası dayanaksızdır, ama burada önemli olan bu değildir.

ka Bazı Hükümler" başlığı altında yer verilen ve TCK'nın başka maddelerine serpiştirilmiş olup da düşünce özgürlüğü açısından ciddi sorun doğuran hükümlerin yürürlükte kalmaya devam ettiğini hatırlatmak uygun olur.

V) BASIN VE YAYIN ÖZGÜRLÜĞÜ

TMK; basın, haber alma ve haber verme özgürlüklerini tehdit eden hükümler içermektedir. Bunlara kısmen yukarda, "Teröre yardım ve destek suçları" başlığı altında değinilmişti.

Gerçekten de; terör program ve hedeflerini, terör örgütlerinin bildirilerini, güvenlik görevlilerinin ve muhbirlerin kimliklerini açıklayıp yayanların, mevkute sahipleri de dahil, ağır para cezaları (md. 6), örgütle ilgili ya da "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda" yapmış sayılan basın mensuplarının ağır hapis ve mevkute sahibi de dahil ağır para cezalarına çarptırılmaları (md. 7 ve 8), basının haber alma ve haber verme işlevleri üzerinde çok ağır bir baskıdır. Bu düzenlemeler, basında otosansürü de hastalıklı (marazî) boyutlara götürebilir.

Bunlara eklenecek iki özel olumsuzluk daha vardır. Birincisi, Basın Kanununun sorumlu yazı işleri müdürleri için hapis cezasını kaldırmış olmasına karşın, TMK'nın bu cezayı yine getirmiş olmasıdır. İkinci olumsuzluk mevkute sahipleri ile ilgilidir. Bunların da para cezasına çarptırılmaları, başkalarının fiillerinden dolayı sorumlu tutulmaları demektir ki, bunun da "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesine (Anayasa md. 38) ters düştüğü açıktır. Üstelik, bu para cezasının ödenmemesi durumunda üç yıla kadar hapis cezasının çekilmesi durumu da ortaya çıkacaktır (28).

VI) BİLİM VE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ

TMK'nın açıkça öngördüğü tek "düşünce suçu" olarak nitelemiş olduğumuz "Devletin bölünmezliği aleyhine propaganda"nın, "hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz" hükmünün, bilim ve sanat özgürlüğü açısından da sonuç doğurması mümkün müdür?

Yasanın, "hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun" ibaresi bu açıdan dikkat çekicidir. Bu ifadenin mutlak ve geniş kapsamı, TMK'nın, "her alandaki (edebî, bilimsel, hukuksal çalışmalar vb. gibi)

(28) N. TOROSLU, *Rapor*, s. 4; *SHP iptal davası dilekçesi*, s. 10

düşünce faaliyetini suç saymış" olduğu şeklinde yorumlanıp eleştirilmiştir (29). Bizce burada da yasaklanan ve cezalandırılan eylem *"propaganda"*dır, bilimsel ve sanatsal ürünler değildir. Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde, bilim ve sanat faaliyetleri ve özgürlükleri ile "propaganda" arasında fark gören kararları (30) bugün de esas alınabilirse, bilimsel ve sanatsal çalışmaların bu madde hükmünden etkilenmemesi gerekir. Şu var ki, 1982 Anayasasının bilim ve sanat özgürlüklerini de sınırlayan hükmü karşısında (md. 27), bugün artık bu özgürlüklerin bile sınırsız olduğunu ileri sürebilme olanağı yoktur. Ancak yine de bir ceza hükmü olmak itibariyle, TMK md. 8 hükmünün sadece propagandayı cezalandırdığını, propaganda ile bilimsel çalışmanın ayrı şeyler olduğu, ve dolayısıyla maddenin bu çerçeve içinde anlaşılması ve yorumlanması gerektiği savunulmalıdır.

VII) ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜKLERİ

Dernek, sendika ve parti şeklinde örgütlenme özgürlükleri açısından yeni durum nedir? Bu konular, kitabın Birinci Bölümünün VII. IX ve X. başlıklarına ilişkindir.

Dernek özgürlüğü açısından TMK düşünce özgürlüğü alanında getirmiş olduğu yeni esasları sürdürmektedir. TMK md. 23 ile, Dernekler Kanununun 5/7, 5/8 ve 6/2. madde hükümleri yürürlükten kaldırılmış olduğundan, artık, komünist, antilaik, faşist ya da nasyonalsosyalist etiket ve içerikli dernekleşmeler mümkündür. Bu tip örgütlenmelerle ilgili oldukları izlenimini veren Dernekler Kanununun diğer hükümlerini de bu yönden yorumlamak gerekir. Dolayısıyla, dernek özgürlüğü alanındaki değişiklik de, tıpkı düşünce özgürlüğü konusunda olduğu gibi, son derece önemlidir. Buna karşılık, "bölücü" diye nitelenen düşüncelerin dernekleşmesi açısından bir değişiklik yoktur. Dernekler Kanununda, bunlarla ilgili yasaklar ve yaptırımlar devam etmektedir.

Sendikal özgürlükler bakımından durum son derece ilginçtir. Aslında TMK bu konuda bir hüküm getirmiş değildir. Ancak, Askerî Yargıtay 3. Dairesi DİSK'in açılmasına ve yöneticilerinin aklanmasına karar verirken şu ilginç yorumu da yapmıştır: ".. Sendikalar Kanununun 58/2. maddesindeki 141. 142 ve 163. maddelerin açık bir ilga hükmü olmamasına rağmen yürürlükten kalktıkları şüphesizdir. Aynı kanunun 58/1. maddesindeki bunlara paralel hükümlerin de yürürlükten kalkmış olduğunu kabul etmek, demokratik hukuk

(29) A. COŞKUN, "Terörle Mücadele Kanunu", *Güneş*, 5.5.1991, s. 13.
(30) bkz. ilerde s. 113 vd.

devleti olmanın bir gereğidir". Yüksek mahkeme bu yoruma; TMK'nın getirdiği yeni düzenlemeler ışığında "artık teröre destek olmadığı, şiddeti benimsemediği sabit olan bir sendika veya üst kuruluşun kapatılması mümkün değildir" şeklinde formüle ettiği haklı mantık örgüsünden hareketle varmış bulunmaktadır (31). Görüldüğü gibi karar; Sendikalar Kanununun TCK 141, 142 ve 163'e ilişkin hükümlerinin ilga edilmiş olduğunu saptaması yönünden son derece ilginç ve önemlidir. Yüksek Mahkemenin bu içtihadı, yargı kararları yoluyla hak ve özgürlükler alanının genişletilmesine de mükemmel bir örnektir. Askerî Yargıtay aynı kararda, "Terörle Mücadele Kanunu, zor ve cebre dayalı olmaksızın sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis amacına matuf cemiyet kurulmasını kişiler yönünden suç olmaktan çıkarmıştır" demekle hem kanunu doğru bir şekilde yorumlamış, hem de dernek özgürlüğünü tehdit eden cezai yaptırımların geçersizliğini tescil etmiştir.

Dernek ve sendika özgürlükleri konusunda TMK'dan çıkan en olumsuz nokta ise, bunların "teröre destek oldukları"nın saptanması durumunda faliyetlerinin durdurulması ve mahkemece kapatılmaları durumunda da bu kuruluşların malvarlıklarının müsadere edilmesine ilişkin hükümdür (TMK 7/4). Bununla ilgili eleştirilere yukarda *Terör Yardım ve Destek Suçları* başlığı altına yer verilmişti.

Siyasal parti özgürlüğü açısından duum nedir? TMK bu alanda da bir hüküm getirmiş değildir; Siyasî Partiler Kanunundaki yasaklar aynen devam etmektedir. Bunların anayasal dayanağı da vardır. Anayasa Mahkemesi TBKP'yi kapatma kararı alırken bu esaslardan hareket etmiş, gerekçelerini iki ana noktada toplamış görünmektedir: ülkede azınlıklar bulunduğunu ileri sürme (SPK 81) ve "ad" yasağına ("komünist" sözcüğü) (SPK 96) aykırılık (32). Böylece, "şiddet" yöntemleriyle ilgisi bulunmayan, böyle bir iddia ya da suçlamaya konu olmayan bir siyasal partinin, sırf program ve tüzüğünden dolayı kapatılması mümkün olabilmiştir. Görülüyor ki, düşünce ve dernekleşme özgürlükleri alanında meydana gelen liberalleşmeye karşılık, siyasal parti özgürlüğü alanında varolan anayasal ve yasal (SPK) kısıtlamalar aynen sürmektedir.

VIII) ADİL YARGILANMA HAKKI

Bu başlık, kitabın Birinci Bölümündeki *Hak Arama Özgürlüğü* (XI) ile İkinci Bölümündeki *Yargı* (IV) ve özellikle *Yargılama Hukuku* (IV, 4) konularına ilişkindir. Bunların da ortak noktası savunma hakkıdır. Bu konuda yasa üç yeni daraltım getirmiş bulunmaktadır.

(31) Karar özeti için bkz. *Cumhuriyet*, 18.7.1991, s.3.
(32) *Güneş*, 23.7.1991, s. 12.

Birincisi, bu kanunun uygulanmasında sanık ve müdahilin en fazla üç avukat tarafından temsil edilebileceği hükmüdür (md. 10/a). Bu daraltımın, Anayasanın, "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" şeklindeki hükmüne (md. 36/1) uygunluğu şüphelidir.

İkincisi, tutuklu sanık veya hükümlünün, avukatı ile, ancak tutukevi ya da cezaevi görevlilerinin nezaretinde görüşebileceğine ilişkin hükümdür (TMK 10/b). Burada, savunmanın gizliliğinin ve savunma hakkının ihlâli çok açıktır. Avukatın terör destekçisi farzedilmesi de buna eklenmesi gereken bir başka tehlikeli yaklaşımdır (33)

Üçüncüsü, muhbirlerin kimliğinin açıklanamamasıdır (TMK 14). Bu hükmün de asılsız ihbarları çoğaltacağı açıktır. Ayrıca, ihbar edilen sanığın ya da kişinin, ihbarcının kimliğini bilmeden kendisini tam olarak savunabilmesi de düşünülemez. Bu açıdan sözkonusu düzenlemenin de savunma hakkını zedelediği söylenmelidir (34).

IX) ANAYASANIN DURUMU

Bu kitabın İkinci Bölümünde *Anayasa* başlığı altında (III), 1982 anayasasının pekçok alanda hak ve özgürlük ihlâllerini meşrulaştırma işlevi gördüğü, yasa yoluyla yapılabilecek iyileştirmelere de büyük çapta engel oluşturduğu vurgulanmıştır. TMK ile doğan yeni hukukî durum bu saptamaları bir kez daha doğrular niteliktedir.

Bir kere TMK, içerdiği çeşitli hükümler açısından Anayasaya aykırı düşmesine karşılık, insan haklarını zedeleyen bazı hükümleri bakımından 1982 Anayasasından "uygunluk vizesi" de almış bulunmaktadır. Örneğin, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini tehdit eden, hatta kötü muamele ve işkence tipi kanunsuzlukları örtülediği için kişinin fizik dokunulmazlığını da ihlal eden 15 günlük gözaltı süresi (TMK 11), Anayasada da öngörülmüştür (md. 19). Sanıkların yargılanacakları DGM'lerin doğal yargı yeri anlayışına ters düştükleri yolundaki görüşleri de, bu mahkemelerin Anayasa tarafından öngörülmüş oldukları noktasından hareketle karşılama olanağı vardır.

Ama asıl ilginç ve paradoksal olan, TMK'daki "liberalleştirici" hükümlerin de bir "Anayasa ile uyumsuzluk" durumu yaratmış oldukları endişesidir. Bu endişe özellikle çoğunluk partisi ve hükümet üyeleri tarafından dile getirilmiştir. TCK 141, 142 ve 163 hükümlerinin kaldırılmış olmasının hemen ardından, Adalet eski Bakanı O. Sungurlu'nun Anayasa'da da buna uygun değişiklikler yapılması gere-

(33) Ç ÖZEK, *Rapor*, s. 14,15; *SHP iptal davası dilekçesi*, s.14.
(34) N. TOROSLU, *Rapor*, s.4.

ğinin doğduğunu vurgulaması buna örnektir. Bu husus, "Anayasa ile uyum sağlamak" şeklinde fomüle edilmiştir. Bunun açık anlamı, özgürlüklerin çerçevesini genişleten yasa değişikliklerinin Anayasaya aykırı düştükleri varsayımıdır! İlginç ve paradoksal olan da budur. Çünkü, tanım gereği, özgürlüklerin ve insan haklarının güvencesi durumunda olan anayasaların, bunları bozan yasaları engelleyici bir rol oynamaları beklenir. Burada ise bunun tersi ortaya çıkmakta, baskı ve yasakların çerçevesini daraltan bir yasa değişikliği "Anayasaya aykırılık sorunu" yaratmış sayılmaktadır.

Şu var ki, bu durum paradoksal olsa bile şaşırtıcı değildir. Çünkü 1982 Anayasasının insan hakları alanındaki asıl işevi, normal bir demokraside yasalar yoluyla konamayacak baskı ve yasakları bizzat koymak ve meşrulaştırmak olmuştur. TMK vesilesiyle ortaya çıkan durum bu teşhisi bir kez daha doğrulamıştır. Olay, insan hakları rejiminin insanîleştirilebilmesinin önündeki engellerden birinin 1982 Anayasası olduğunun da kanıtıdır.

SONUÇ YERİNE

TMK, burada ele alınan yönleriyle olduğu karar bütünü itibarile de pek çok açıdan hukuka, demokratik toplum düzeninin gereklerine, insan hak ve özgürlüklerine ve anayasaya aykırı hükümler içermektedir. Yasanın, Anayasa Mahkemesi süzgecinden epey budanmış çıkması olasılığı yüksektir. Öteyanda, Anayasanın, evrensel demokratik ilkelere aykırılığı da yine gündemdedir.

Ancak şu bir gerçektir ki, TMK, özellikle düşünce ve örgütlenme (dernek, sendika) özgürlükleri açısından, yine yukarki sayfalarda işaret edilen birçok olumsuz taraflarına karşın, önemli bir "temizlik operasyonu"da yapmıştır. TCK 140, 141, 142 ve 163 hükümlerinin bir istisna (TCK 142/3) dışında kaldırılmış olması (TMK md. 23) azımsanmaması gereken bir katkıdır. Nitekim uygulamada da bunun etkileri görülmüş, bu suçlarla ilgili 100.000 kadar dosya ile 200.000 kadar hükümlü ve tutuklu hakkındaki sicil kayıtlarının silinmesi yolu açılmıştır (35). Yasanın yürürlüğe girmesinden bu yana geçen 3,5 ay içersinde de, TMK md./8 hükmü dışında, TCK'nın eski 140, 141, 142 ve 163. md.lerine giren nitelikteki düşünce ve örgütlenmeler hakkında, bildiğimiz kadarıyla, kamu davası da açılmamıştır. Bu durum, bu türden davaların açılmayacağı anlamına elbette gelmez. Muhtemelen, iddia makamlarının bir "yeniden biçimlenme" dönemine girmeleri zaman alacaktır. Ancak şu bellidir ki, yasanın düşünce ve örgütlenme

(35) *Cumhuriyet*, 14.4.1991.

özgürlükleri açısından getirdiği yenilik uygulamada da süreklilik kazanacaktır.

Bu nedenlerle, yasanın düşünce ve örgütlenme özgürlükleri, özellikle de TCK 140, 141, 142 ve 163 çevresine giren faaliyetler açısından varolan durumu değiştirmediği, yapılanların bir "göz boyama" ya da "kandırmaca'dan ibaret bulunduğu yolundaki görüşlerde isabet yoktur. Bu olumlu kazanımlar, mevcut iktidarın Avrupa ile bütünleşme niyetiyle ilgili olduğu kadar, uzun süren demokratik mücadelelerin de izlerini taşımaktadır (36). Bu bağlamda TMK, olumlu ve olumsuz yönleriyle, otoriter bir siyasî-hukukî sistemden demokratik bir düzene geçiş sancılarını, çelişkilerini de bünyesinde barındırmaktadır.

Yasanın asıl tehlikeli yönleri ise, resmî/resmî olmayan güvenlik güçlerinin terörünü tırmandırmış olması, yaşama hakkını, kişi özgürlüğünü ve dokunulmazlığını tehdit etmesidir.

(36) Aynı yönde bkz. Akın ATALAY, "Terörle Mücadele Yasası veyanlış bir yaklaşım biçimi üzerine", *Birlik* (Aylık Siyasi Dergi), Haziran 1991 (Özel Sayı), s. 33.

TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

Resmî Gazete, 12.4.1991-20843 (mükerrer).

Kanun No. 3713 Kabul Tarihi: 12.4.1991

BİRİNCİ BÖLÜM
Tanım ve Terör Suçları

Terör Tanımı

Madde 1. - Terör; baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylemlerdir.

Bu Kanunda yazılı olan örgüt, iki veya daha fazla kimsenin aynı amaç etrafında birleşmesiyle meydana gelmiş sayılır.

Örgüt terimi, Türk Ceza Kanunu ile ceza hükümlerini içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsar.

Terör Suçlusu

Madde 2. - Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar.

Terör Suçları

Madde 3. - Türk Ceza Kanununun 125, 131, 146, 147, 148, 149, 156, 168, 171 ve 172'nci maddelerinde yazılı suçlar, terör suçlarıdır.

Terör Amacı ile İşlenilen Suçlar

Madde 4. - Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Türk Ceza Kanununun 145, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157 ve 169'uncu maddeleri ile 499'uncu maddesinin ikinci fıkrasında yazılı suçlar,

b) 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerini Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 9'uncu maddesinin (b), (c), (e) bentlerinde yazılı suçlar,

1'inci maddede belirtilen terör amacı ile işlendiği takdirde terör suçu sayılır.

Cezaların Artırılması

Madde 5. – 3 ve 4'üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalar veya para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilir. Ancak şahsî hürriyeti bağlayıcı cezalarda bu sınır ağır hapiste 36, hapiste 25, hafif hapiste 10 yılı geçemez.

Açıklama ve Yayınlama

Madde 6. – İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler beşmilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara beşmilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Bu Kanunun 14'üncü maddesine aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar beşmilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin 5680 sayılı Basın Kanununun 3'üncü maddesindeki mevkuteler vasıtasiyle işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de; mevkute bir aydan az süreli ise bir önceki ay ortalama fiili satış miktarının, aylık veya bir aydan fazla süreli ise bir önceki fiili satış miktarının, mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevkuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu ceza ellimilyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek cezanın yarısı uygulanır.

Terör Örgütleri

Madde 7. - 3 ve 4'üncü maddelerle Türk Ceza Kanununun 168, 169, 171, 313, 314 ve 315'inci maddeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu Kanunun 1'inci maddesinin kapsamına giren örgütleri her ne nam altında olursa olsun kuranlar veya bunların faaliyetlerini düzenleyenler veya yönetenler beş yıldan on yıla kadar ağır hapis ve ikiyüzmilyon liradan beşyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası, bu örgütlere girenler üç yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve yüzmilyon liradan üçyüzmilyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Yukarıdaki fıkra uyarınca meydana getirilen örgüt mensuplarına yardım edenlere ve örgütle ilgili propaganda yapanlara fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir yıldan beş yıla kadar hapis ve ellimilyon liradan yüzmilyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

Bu yardım: Dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğretim yurtlarında veya bunların eklentilerinde yapılırsa ikinci fıkradaki cezaların iki katı hükmolunur.

Ayrıca; dernek, vakıf, sendika ve benzeri kurumların teröre destek oldukları tespit edildiğinde faaliyetleri durdurulur ve mahkemece kapatılır. Kapatılan bu kuruluşların mal varlıklarının müsaderesine karar verilir.

Yukarıdaki 2'nci fıkrada belirtilen örgütle ilgili propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3'üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının; mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevkuteler hakkında ise, en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüzmilyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

Devletin Bölünmezliği Aleyhine Propaganda

Madde 8. - Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesive milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz. Yapanlar hakkında 2 yıldan 5 yıla kadar ağır hapis ve ellimilyon liradan yüzmilyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3'üncü maddesinde belirtilen mevkuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevkute bir aydan az sü-

reli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının; mevkute niteliğinde bulunmayan basılı eserler ile yeni yayına giren mevkuteler hakkında ise en yüksek tirajlı günlük mevkutenin bir önceki ay ortalama satış tutarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüzmilyon liradan az olamaz. Bu mevkutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

İKİNCİ BÖLÜM
Yargılama Usulleri

Görevli Mahkeme

Madde 9. - Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara Devlet Güvenlik Mahkemelerinde bakılır ve bu suçları işleyenler ile bunların suçlarına iştirak edenler hakkında bu Kanun ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

Avukat Tarafından Temsil ve Görüştürülme

Madde 10. - Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Sanık ve müdahil en fazla üç avukat tarafından temsil edilir.

b) Tutuklu sanık veya hükümlü avukatı ile tutukevi veya cezaevi görevlilerinin nezaretinde görüştürülebilir.

Gözetim Süresi

Madde 11. - Bu Kanun hükümlerine tabi suçlar sebebiyle yakalanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli makul süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok onbeş gün içinde hâkim önüne çıkarılır.

Tutanak Düzenleyenlerin Dinlenmeleri

Madde 12. - Bu Kanun kapsamına giren suçların soruşturması sırasında sanıkların ve tanıkların ifadelerini alan veya olay ve tespit tutanağı düzenleyen zabıta amir ve memurları, zaruret görülmesi halinde duruşmada tanık olarak dinlenebilirler. Ancak, bunların tanık olarak dinlenmelerine karar verilmesi halinde, ifadeleri yapılacak gizli duruşmada alınır.

Erteleme ve Paraya Çevrilme

Madde 13. – Bu Kanun kapsamına giren suçlardan dolayı verilen cezalar, para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilemez ve ertelenemez.

Muhbirlerin Hüviyetlerinin Açıklanmaması

Madde 14. - Bu Kanun kapsamına giren suçları ve suçluları ihbar edenlerin hüviyetleri, rızaları olmadıkça veya ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz.

Tutuksuz Yargılama

Madde 15. - Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve zabıta amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı haklarında açılan kamu davası sonuçlanıncaya kadar tutuksuz yargılanırlar.

Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve zabıta amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer personelin bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan dolayı aleyhlerine açılan davalarda en çok üç avukat bulundurulur ve bunlara avukatlık ücreti tarifesine bağlı olmaksızın yapılacak ödemeler, ilgili kuruluşlar bütçelerine konulacak ödenekten karşılanır.

Terörle mücadelede görev alan istihbarat ve zabıta amir ve memurları ile bu amaçla görevlendirilmiş diğer kamu görevlilerinin, bu görevlerinin ifasından doğduğu iddia edilen suçlardan; adam öldürmek, adam öldürmeye teşebbüs suçları hariç, taksirli suçlarla diğer suçlar hakkında Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
Cezaların İnfazı

Cezaların İnfazı ve Tutukluların Muhafazası

Madde 16. - Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların cezaları, tek kişilik veya üç kişilik oda sistemine göre inşa edilen özel infaz kurumlarında infaz edilir.

Bu kurumlarda açık görüş yaptırılmaz. Hükümlülerin birbirleriyle irtibatına ve diğer hükümlülerle haberleşmesine engel olunur.

Bu kurumlarda cezasının en az üçte birini iyi halle geçiren hükümlülerden şartla tahliyelerine 3 yıldan az kalmış olanlar, diğer kapalı infaz kurumlarına nakledilebilirler.

Bu kanun kapsamına giren suçlardan tutuklananlar da birinci fıkrada gösterilen şekilde inşa edilmiş tutukevlerinde muhafaza edilirler. İkinci fıkra hükümleri tutuklular hakkında da uygulanır.

Şartlı Salıverilme

Madde 17. - Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlardan, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ölüm cezalarının yerine getirilmemesine karar verilenler 36 yıllarını, müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 30 yıllarını, diğer şahsî hürriyeti bağlayıcı ceza-

lara mahkûm edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 3/4'ünü çekmiş olup da iyi hallî hükümlü niteliğinde bulundukları takdirde talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

Bunlardan, tutuklu veya hükümlü iken firar edenler veya firara teşebbüs suçundan veya cezaevi idaresine karşı ayaklanma suçundan mahkûm edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi cezası almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar.

Bu Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu kanunun kapsamına giren bir suçu işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar.

Bu hükümlüler hakkında, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19'uncu maddesinin bir ve ikinci fıkraları ile Ek 2'inci maddesi hükümleri uygulanmaz.

Ceza ve Tutukevi İnşaatı

Madde 18. - 16'ncı maddeye göre inşa edilecek ceza ve tutukevleri ile adliye ve zabıta nezarethanelerinin yapımında 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 89'uncu maddesi hükümleri uygulanır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
Çeşitli Hükümler

Ödüllendirme

Madde 19. - İçişleri Bakanlığınca belirlenecek, bu Kanun kapsamına giren suç faillerinin yakalanabilmesine yardımcı olanlara veya yerlerini yahut kimliklerini bildirenlere 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre para ödülü verilir.

İçişleri Bakanlığınca ödül verilenler hakkında koruma tedbirleri alınır.

Koruma Tedbirleri

Madde 20. - Terör ve anarşi ile mücadelede görev veren veya bu görevi ifa eden adlî, istihbarî, idarî ve askeri görevliler, zabıta amir ve memurları, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü ve Genel Müdür Yardımcıları, terör suçlularının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcıları ve müdürleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri hâkim ve savcıları ile bu görevlerinden ayrılmış olanlar ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen veya getirilenler ile suçların aydınlatılmasında yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirleri Devlet tarafından alınır.

Bu koruma tedbirleri; talep halinde estetik cerrahî yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi dahil, nüfuz kaydı, ehliyet, evlenme

cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapılır.

Bu tedbirlerin uygulanmasında, İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar gerekli her türlü gizlilik kurallarına uymak zorundadırlar.

Koruma tedbirleriyle ilgili esas ve usuller Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelik ile belirlenir.

Yukarıda sayılanlardan kamu görevlileri, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi terör suçluları tarafından kendilerine veya eş ve çocuklarının canına vuku bulan bir taarruzu savmak için silâh kullanmaya yetkilidirler.

Malûl Olanlara Aylığa Müstehak Dul ve Yetimlere Yardım

Madde 21. - Memur ve kamu görevlilerinden yurtiçinde ve yurtdışında görevlerini ifa ederlerken veya sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerine muhatap olarak yaralanan, sakatlanan, ölen veya öldürülenler hakkında 2330 sayılı Nakdî Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Ayrıca;

a) Malul olanlarla, ölenlerin aylığa müstehak dul ve yetimlerine bağlanacak aylığın toplam tutarı, bunların görevde olan emsallerinin almakta oldukları aylıklardan; emekli olanların öldürülmeleri halinde ise, dul ve yetimlerine bağlanacak aylığın toplam tutarı ve Kanuna göre kendisine bağlanabilecek emekli aylığından az olamaz. Az olması halinde aradaki fark tazminat olarak ilgili sosyal güvenlik kuruluşlarınca ödenir ve karşılığı Hazineden tahsil edilir.

b) Yurtiçinde ve yurtdışında kamu konutlarından yararlanmakta iken malul olanların kendileri, ölenlerin aylığa müstehak dul ve yetimleri, Kamu Konutları Kanununda gösterilen özel tahsisli konutlarda oturanlar hariç olmak üzere, bir yıl süreyle kamu konutlarından yararlanmaya devam ederler. Bu süre sonunda kamu konutundan çıkacaklar ile kamu konutundan yararlanmayanlar ve özel tahsisli konutlarda oturanların istekleri halinde ikametgâh olarak kullanacakları yurtiçindeki taşınmazın kira bedeli on yıl süre ile Devletçe karşılanır. Yurtdışındaki özel tahsisli konutlarda oturanların yurtdışı kira bedelleri de istekleri halinde bir yıl süre ile Devletçe karşılanır.

c) Konut kredisinden istifade bakımından 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun Ek 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm; malul olanlar ile bunların dul kalan eşi, eşi hayatta değilse veya evlenmiş ise çocukları hakkında da uygulanır.

d) Malul olanlar ile, ölenlerin dul kalan eşleri ile reşit olmayan ço-

cukları, yurt içinde Devlet Demiryollarında, Denizyolları Şehir Hatlarında ve belediye toplu taşıt araçlarında ücretsiz seyahat ederler.

Kendilerine aylık bağlanan dul ve yetimler; ilgili sosyal güvenlik kurumları mevzuatı gereği aylıklarının kesilmesi halinde, bu madde ile verilen diğer haklardan da yararlanamazlar.

Terörden Zarar Gören Diğer Kişilere Yardım

Madde 22. - Terör eylemlerinden dolayı zarar gören, can ve mal kaybına uğrayan, kamu görevlisi olmayan vatandaşlara Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonundan öncelikle yardım yapılır. Yardımın kapsam ve ölçüsü fonun mahallî yetkililerince belirlenir.

BEŞİNCİ BÖLÜM
Geçici Hükümler

Geçici Madde 1. - 8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle;

a) Verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu durumda olanlar 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19'uncu maddesi hükmüne göre çekmeleri gereken cezalarının on yılını,

b) Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanlar çekmeleri gereken cezalarının sekiz yılını,

c) Diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmiş olanlar hükümlülük süresinin beşte birini,

Çektikleri takdirde iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

Bu sürelerin tayininde hükümlünün tutuklu kaldığı süreler de hesaba katılır.

Bu hükümlüler hakkında 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Ek 2'nci maddesindeki indirim uygulanmaz.

Geçici Madde 2. - 8/4/1991 tarihine kadar işlenen suçlar sebebiyle tutuklu olan sanıklardan;

a) Hazırlık tahkikatında, iddianameye esas olan suçun vasfına,

b) Son tahkikatta, iddianamede beyan olunan suça veya değişen suç vasfına,

Göre Kanunda belirtilen cezanın asgarî haddi esas alınmak suretiyle geçici 1'inci maddede belirtilen süreler kadar tutuklu kaldıkları anlaşılanlar, Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren otuz gün içersinde,

1. Hakkında kamu davası açılmamış tutuklu sanıklar savcılıklarca,

2. Hakkında kamu davası açılmış tutuklu sanıklar ilgili mahkemelerce,

3. Dosyaları Yargıtayda veya Askeri Yargıtayda bulunanlar ilgili dairesince veya Başsavcılıklarınca, Salıverilirler.

Haklarında kamu davası açılacaklar ile daha önce kamu davası açılmış olan sanıkların yargılamaları yapılır. Duruşmalara gelmeyen

sanıkların savcı veya hakim huzurunda alınmış mevcut beyanları ile yetinilir. Yapılan yargılama sonunda mahkûmiyete ilişkin hükmün kesinleşmesini müteakip haklarında Kanunun Geçici 1'inci maddesinde belirtilen şartla salıverilme hükümleri uygulanır.

Geçici Madde 3. - Bu Kanunun yayımı tarihinden sonra, Geçici 1'inci madde hükümlerinden istifade edecek olanlar, cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası aldıkları takdirde, Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece, Geçici 1'inci madde hükümlerinden istifade edemezler.

Geçici Madde 4. - 8/4/1991 tarihine kadar;

a) Bu Kanunda terör suçlarından sayılan eylemler sonucu memur ve kamu görevlilerini görevlerini ifa ederken veya sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı öldürenler veya öldürmeye teşebbüs edenler ile bu suçlara iştirak edenler,

b) Türk Ceza Kanununun 125, 146 (son fıkra hariç), 403, 404/1, 405, 406, 407, 414, 416/ilk ve 418'inci madelerine giren suçları işleyenler,*

c) Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı üçüncü babında yer alan hükümlere aykırı hareket edenler ile Bankalar Kanununa aykırı hareketle bankalardan haksız ve usulsüz para alanlar, 1918 sayılı Kacakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun hükümlerine muhalefet ederek menfaat temin edenler; usulsüz, yolsuz ve gerçek dışı işlemlerle ihracat, ithalat ve yatırım teşvikleri suretiyle vergi iadesi, prim, kredi, faiz farkı ve benzeri adlarla kamu kaynaklarından haksız menfaat temin edenler, yukarıda belirtildiği şekilde haksız, usulsüz ve yolsuz olarak sağladıkları menfaat karşılıkları ve bunların fer'ilerini zamanaşımına bakılmaksızın ödemedikleri takdirde,

d) Askeri Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58 ve 59'uncu maddelerine giren suçları işleyenler,

Hakkında bu Kanunun Geçici 1'inci maddesi hükümleri uygulanmaz. Ancak, bu maddede sayılan suçlar dolayısı ile verilen ölüm cezaları yerine getirilmez. Bu hükümlüler hakkında;

Ölüm cezasına hüküm giyenler 20 yıllarını; müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 15 yıllarını; diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 1/3'ünü; çektikleri takdirde iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve talepleri olmaksızın şartla salıverilirler.

Bu sürelerin tayininde hükümlünün tutuklu kaldığı süreler de, hesaba katılır.

* Geçici madde 4/1 (a) ile (b)'deki "146 (son fıkra hariç)" hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. (bkz. yuk. dipnot 7)

Bu hükümlüler hakkında 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun Ek 2'nci maddesindeki indirim hükümleri uygulanmaz.

Geçici 2'inci madde (son fıkrasındaki Geçici 1'inci maddeye yapılan atıf hükmü hariç) ve Geçici 3'üncü madde hükümleri, bu hükümlüler hakkında da uygulanır.

Geçici Madde 5. - 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 25'inci maddesinin (g) bendi gereğince Tük vatandaşlığı kaybettirilenlerin bu Kanunun geçici maddeler hükümlerinden istifade edebilmeleri için bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde yurda girişlerinde herhangi bir şart aranmaz ve hudut kapılarından girişleri engellenemez.

Geçici Madde 6. - Özel infaz kurumu binaları inşa edilinceye kadar terör suçundan tutuklu veya hükümlü olanlar diğer infaz kurumlarında muhafaza edilir.

Geçici Madde 7. - Bu Kanunun 17'inci maddesi hükmü, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra bu Kanun kapsamına giren suçları işleyenler hakkında uygulanır.

Geçici Madde 8. - Bu Kanunun 21'inci maddesi, 1/1/1968 tarihinden itibaren bu madde şümulüne girenleri de kapsayacak şekilde yayımı tarihini takip eden aybaşından geçerli olarak uygulanır.

Geçici Madde 9. - Bu Kanunun 23'üncü maddesi ile yürürlükten kaldırılan hükümler çerçevesinde bu kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce mahkeme kararı ile idareleri kayyuma verilen Konfederasyon ve konfederasyona bağlı İşçi Sendikalarının taşınır ve taşınmaz malları ile bu mallardan elde edilen gelirleri, tüm nakit mevcutları 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 46'ncı maddesine göre tasarruf edilmek üzere ilgili kuruma devredilir, dernek ve vakıflara ait taşınır ve taşınmaz mallar ise hazineye devredilir.

Yürürlükten Kaldırılan Hükümler

Madde 23. - a) 2 sayılı Hıyaneti Vataniye Kanunu,

b) 6187 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetlerinin Korunması Hakkında Kanun,

c) 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 140, 141, 142 ve 163'üncü maddeleri,

d) 2908 saylı Dernekler Kanununun 5'inci maddesinin 7 ve 8 numaralı bentleri ile 6'ncı maddesinin 2 numaralı bendi,

e) 2932 sayılı "Türkçeden Başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakında Kanun", Yürürlükten kaldırılmışır.

Yürürlük

Madde 24. - Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 25. - Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

12/4/1991

Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu

Bülent Tanör

TÜRKİYE'NİN İNSAN HAKLARI SORUNU

(2. Basım)

BDS YAYINLARI

Bu çalışma, Stichting Avrupa İnsan Hakları Vakfı'nın yardımlarıyla gerçekleşmiştir.

This report has been produced with the assistance of the Stichting European Human Rights Foundation.

Öget'e

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ, 15

BİRİNCİ BÖLÜM
İHLALLERİN BOYUTLARI, 21

I./ KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI, 25
1) Yaşama Hakkı ve Ölüm Cezası, 25
2) Yargısız İnfazlar, 32
3) İşkence, 35
4) Onur Kırıcı Davranış ve İşlemler, Özellikle Güvenlik Soruşturması, 39
Cinsellik, 39
Güvenlik Soruşturması, 42

II./ KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ, 52
1) Gözaltı, 52
2) Tutuklama, 54

III./ İNANÇ VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ, 58
1) İnanç Özgürlüğü, 58
2) Dinsel Pratik (İbadet) Özgürlüğü, 61
3) Öğretme ve Yayma Faaliyetleri, 64
4) Zorunlu Din Dersleri, 67
5) Üniversitelerde Türban Sorunu, 70
6) Bir Bilanço Denemesi, 75

IV./ DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ, 78
1) Evrensel Standartlar, 78
2) Türkiye'de "Düşünce Suçları", 83
TCK 140, 83
TCK 141, 85
TCK 142, 86
TCK 163, 91
Başka Bazı Hükümler, 95
3) Düşünce Özgürlüğünün Düzeyi, 97

V./ BASIN VE YAYIN ÖZGÜRLÜĞÜ, 100
1) Kovuşturmalar, 100
2) Önleyici Tedbirler, 102
3) Zoralım ve İmha, 108
4) Pozitif Hukuk, 109

VI./ BİLİM VE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ, 111
1) Ayırım ve Kavramlar, 111
2) "Düşünce Suçları" Karşısında Bilim ve Sanat Özgürlüğü, 113
3) Gösteri Sanatları ve İdare, 118
4) Mevzuat, 121

VII./ DERNEK ÖZGÜRLÜĞÜ, 123
1) Dernekleşme Hakkı, 124
2) Faaliyet Özgürlüğü, 128

VIII./ TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ, 135
1) Yabancı Hukuklar, 135
2) Türk Hukukundaki Düzenlemeler, 136
3) Uygulama, 138

IX./ KOLLEKTİF SOSYAL HAKLAR, 142
1) Sendika Hakkı ve Özgürlüğü, 142
2) Toplu Sözleşme Hakkı, 147
3) Grev Hakkı, 149

X./ SİYASAL HAKLAR, 153
1) Vatandaşlık Hakkı, 153
2) Partileşme Özgürlüğü, 156
Siyasal Partinin Tanım ve İşlevinde Yenilik, 157
Parti Kuruculuğu ve Üyeliği, 158
Faaliyet Özgürlüğü, 160
3) Partilerin Kamu Olanaklarından Yararlanma Hakkı, 162
Kitle İletişim Araçlarından Yararlanma, 162
Devlet Yardımı, 165
4) Parti Yasakları ve İdeolojik Çoğulculuk, 167
Parti Yasakları, 168
İdeolojik Çoğulculuk ve Sınırlamalar, 171

XI./ HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ, 179
1) İdari Yargı Yoluna Başvurma, 179
2) Anayasa Yargısı Yoluna Başvurma, 183
3) Adli Yargı Yoluna Başvurma, 186

XII./ KARŞILAŞTIRMALI BİR SENTEZ DENEMESİ, 188
1) Batı Demokrasilerinde İnsan Haklarının Durumu, 189
2) Türkiye'de İnsan Haklarının Durumu, 198

İKİNCİ BÖLÜM
İHLALLERİN KAYNAKLARI, 203

I./ İDARİ İŞLEM VE EYLEMLER, 207
1) Yürütmenin Kuruluşu, 207
2) Yürütmenin Yetkileri, 211
3) İşleyiş ve İhlaller, 213
4) Denetim Sorunları, 218
İdari Denetim, 218
Yargısal Denetim, 221
Siyasal Denetim, 225
Dıştan/Özel Denetim Sorunu, 227

II./ YASA VE YASAKOYUCU, 230
1) Yasa ve İnsan Hakları, 230
2) Türkiye'de Yasa ve Yasakoyucu, 232
3) İhlallerin Kaynağı Olarak Yasa, 236
4) Yasanın İşlevi, 239
5) Denetim Zorlukları ve Yasakları, 243

III./ ANAYASA, 249
1) Anayasanın Oluşumu, 249
Anayasanın Dinamikleri, 249
Anayasanın Hazırlanışı, 251
Anayasanın Biçimsel Kaynakları, 253
2) Anayasanın Siyasal Felsefesi, 255
3) İnsan Haklarının Genel Sınırları, 261
Anayasanın Doğrudan Sınırlanması, 261
Yasa Eliyle Sınırlama, 262
Anayasanın 14 Maddesi Açısından Durum Nedir?, 268
Yürütmenin Yetkilendirilebilmesi, 269
4) İnsan Haklarının Özel Sınırları, 271
5) Sınırlamanın Çerçevesi, 272
6) Anayasanın Gerçek İşlevi, 277

IV./ YARGI, 281
1) Doğal Yargıç Kavramı, 281
Yabancı Hukuklar ve Uluslararası Hukuk, 281
Türkiye'de Doğal Yargıç Tartışması, 287
2) Olağanüstü Yargılama ve Sıkıyönetim Mahkemeleri, 292
Kuruluş, 293
Yetkiler, 298
Sanığın Hakları, 303
Sıkıyönetimden Sonra Sıkıyönetim Mahkemeleri, 305
3) Bağımsızlık, Tarafsızlık ve Güvenceler, 307
Genel Olarak, 308
Askeri Yargı ve Askeri Rejim, 317
4) Yargılama Hukuku ve Kültürü, 321
Sanığın Hakları, 322
Avukatlık ve Savunmanlık Kurumu, 330
Yargıç ve Yargılama Kültürü, 332

BAZI VARGILAR, 341

SEÇİLMİŞ KAYNAKÇA, 345

KISALTMALAR

abç	Altını ben çizdim
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BIAJ	Bulletin d'Information sur les Activités Juridiques
CIMA	Centre pour l'Indépendance des Magistrats et des Avocats
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DK	Dernekler Kanunu
DÜHFD	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HSYK	Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
MHB	Milletlerarası Hukuk Bülteni
PVSK	Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
RKD	Resmi Kararlar Dergisi
SK	Sendikalar Kanunu
SPK	Siyasi Partiler Kanunu
SYK	Sıkıyönetim Kanunu
TGYK	Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu
TİHV	Türkiye İnsan Hakları Vakfı
TİSGLK	Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu
TVK	Türk Vatandaşlık Kanunu
UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

İnsanoğlunun yüzlerce, binlerce yıllık tarihi, büyük çapta, onun ezilmişliğinin ve buna karşıkoyuşunun da tarihidir. Kadın olsun, erkek olsun, kızıl ya da kara derili olsun, dindar-dinsiz, köle, serf ya da işçi olsun, bunlarsız bir özgürlük tarihi olamazdı, yazılamazdı. Bu anlamda insan hakları, kuşkusuz, haksızlığa ve baskıya uğrayan insanın ellerinden çıkmadır, onun yaratısıdır.

Bu kitap, ummandaki bir katreyi ele almaktadır: "Türkiye'nin insan hakları sorunu". Kitabın amacını, konusunu ve yaklaşım biçimini açıklamak için, başlığındaki kavramlar paketini çözüp açmak en kestirme yol olacaktır.

Önce neden "İnsan Hakları" da, bir başka formül değil? Çünkü, insan hakları deyimine yakın başka kavramlar da vardır: kişi hak ve özgürlükleri, temel hak ve özgürlükler, kamu özgürlükleri, vb.

Şunu daha baştan belirtmek acelecilik olmaz: bu sonuncular, insan hakları kavramına oranla daha dar kapsamlıdır. Örneğin, "kişi hak ve özgürlükleri" terimi daha çok bireysel alanı çağrıştırdığından, kollektif özgürlükleri (örgütlerin, kurumların, halkların hak ve özgürlükleri, vb.) yeterince ifade etmez. Ayrıca, buradaki kişisellik vurgulaması, klasik hakları belirtir, sosyal hakları ise dışlar görünür. Aynı şekilde "temel hak ve özgürlüker" deyimi de, "temel olan ve olmayan' ayrımını içinde taşıdığı için eksiklidir. Ayrıca bu deyim bugün daha çok Anayasaların tanıdığı hak ve özgürlükleri ve sadece bunları anlatmak için kullanılmaktadır. Dolayısıyla, Anayasakoyucunun dışladıklarının gözardı edilmesi ya da onun tanıdıklarıyla yetinilmesi sakıncası vardır.

"İnsan Hakları" ile öbür formülasyonlar arasındaki kapsam farkı, "kamu özgürlükleri" gibi geniş bir uygulama alanı bulan deyimden yola çıkarak daha iyi görülebilir. Burada da bir kez daha bu iki kavram tamtamına örtüşmez.

Bir kere "özgürlük" bir şeyi yapma ya da yapmama serbestliğidir ve kamu otoritesinin (devletin) dayatacağı buyrukların tutsağı olmama anlamına gelir. "Özgürlük" devletle ilgili (isterseniz karşıtı) bir bağlamda belirdiğinden, "özgürlükler" sözcüğünün başına 'kamu" kavramının eklenmesi ve "kamu özgürlükleri" tamlamasının yaratılması sözkonusu olmuştur. Bu tamlama, kamu otoritelerince tanınan ve hukuk eliyle düzenlenen özgürlükleri içerir. Ayrıca terim, devletin yapmaması ya da devletin karışmaması gereken iş ve alanlarla ilgilidir; devlete sadece bir kaçınma ödevi yükleyen konularda (düşünce özgürlükleri, örgütlenme özgürlükleri vb.) "kamu özgürlükleri" teriminin kullanılması mantıklı olur. Devlete somut birtakım

gerçekleştirme ödevleri yükleyen alanlarda (iş olanakları sağlama, sağlık hizmetleri götürme, sosyal güvenlik sistemi kurma vb.) ortaya çıkan haklar ise, bu terimin kapsamına girmez; "kamu özgürlükleri" kavramı bunları da örtecek bir genişliğe sahip değildir.

Buna karşılık "hak" terimi, yukarda anılan serbestlikleri içermenin yanısıra, devletten ve özel kişilerden birtakım somut edimleri isteyebilme yetkilerini de bağrında taşır, bu nedenle de daha geniş kapsamlıdır. Bu terimin başına getirilen "İnsan" sözcüğüyle yaratılan "İnsan Hakları" tamlaması da, pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun olmasın, belli bir tarihsel aşamada insanların sahip olmaları gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri ifade eder, pozitif hukukun dışında ve üstünde bir anlam taşır, yalnız olanı, yani kamu otoritelerince tanınanı değil, olması gerekeni de içine alır. O kadar ki, kamu otoritelerince reddedilenler bile "insan hakları" kavramı çerçevesinden sürülüp çıkartılmış sayılmazlar (1).

Bu açılardan "insan hakları" deyimi, benzerlerinin en kapsamlısıdır. Bunun ifade ettiği şey, sadece belli bir ülkede belli bir anda anayasa ve yasalarla tanınan hak ve özgürlükler değil, insanlığın ulaştığı her gelişme aşamasında bütün insanlara tanınması gereken hak ve özgürlüklerdir. Dolayısıyla bu kavramın, zaten var olan ya da yazılı hukukun tanıdığı haklarla olduğu kadar, olması gerekenler ve evrensel olanla da ilgisi vardır. Bu, ideal olanın aranması, ulaşılması gereken hedefe yönelinmesi demek olur ki, sürekli bir arayışı ve yürüyüşü ifade eder. Bu yüzden de, "İnsan hakları" teriminin içeriğini dolduran hammadde hukuk ise, ona yön çizen ve ivme kazandıran asıl itici güç, kendini dar hukuk kalıpları içinde hapsetmeyen felsefi düşünce ve siyasal eylemdir.

Böylece, insan hakları her zaman, anayasa ve yasaların tanıdığı hak ve özgürlükler kataloğunun önünde koşar. Hukuk, gerçek yaşamın kaynaşmalarından doğan kıvılcımları daima geriden ve gecikerek saptar, yazıya ve kurala döker. Çoğu kez de, kazanılanları sağlama bağlamak için olduğu kadar, bunları dondurmak ve yeni kaynaşmaları önlemek için kolları sıvar.

Bu terim paketlerinden kimisinin zaman zaman ön plana çıkıp öbürlerinin vitrin gerisine çekilmesi de, eğer biraz spekülasyon ya da fantaziye izin varsa, içteniçe bir anlam taşıyabilir. Türkiye'de demokrasi ve özgürlük aranışlarının yeniden yeşerdiği 1950'li yıllarda bu konularda yayımlanan ilk kapsamlı çalışmanın adı "İnsan Hakları" idi ve Bahri Savcı imzasını taşıyordu (Ankara 1953). 1960'dan sonra ise yeni Anayasa'nın "Temel Hak ve Özgürlükler" formülünü (İ. Akın) ya da yine pozitif hukuk kalkışlı bir kavram olan "Kamu Hürriyetleri" deyimini (M. Kapani) kitaplarına başlık seçen yazarlar çoğaldı. Bu tercihler, herhalde 1961 Anayasası'nın da büyük katkısıyla o luşan yeni liberal ortama uygun düşüyordu, çünkü en başta bu

(1) Bkz. J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme* (D. Economica, Paris 1982, p. 8-9.

Anayasının Temel Hak ve Hürriyetler bölümü ve genel felsefesi, İnsan Hakları idealine ciddi bir yakınlaşmanın ürünüydü.

Hak ve özgürlük mücadeesi pratiğinde de buna paralel bulgulara rastlamak mümkündür. 1950 öncesi ve sonrasındaki yeni aranışlar İnsan Hakları Derneği'ne hayat vermişti. 1961'den sonra ise bu alandaki mücadeleyi yüklenenler arasında yeralan mütevazi bir derneğin adı Temel Hakları Yaşatma Derneği idi.

1980'li yıllarda ise "İnsan Hakları" başlıklı yapıtlar yine ön plana çıkmaya başlamıştır (2). Bunda, 1982 Anayasası'nın ve onu izleyen yasaların "Temel Hak ve Hürriyetler" terminolojisinin içi boş bir kalıp haline gelmiş olmasının payı büyük olmalıdır. Şimdi bir kez daha, olması gerekeni ve evrenseli aramak kaygusu ağır basmaktadır. Olmayan ya da budanan temel hakların yaşatılması da sözkonusu olamayacağından, yeni durum dernek adlarının seçimine de yansımış gibidir; bu alanda mücadele veren örgütlerin en popülerinin adı bir kez daha İnsan Hakları Derneği'dir.

Kısacası, görülen odur ki, Anayasaların kıstığı hak ve özgürlükler ile, insanın insan olarak sahip olduğu varsayılan evrensel ve dokunulmaz hak ve özgürlükler arasındaki fark büyüdükçe, "insan hakları" eksenli terminoloji de ön plana çıkmaktadır. İşte, böyle bir ortamda yazılan bu kitapta da, evrensel ve çağdaş olana yönelme isteğiyle "insan hakları" deyimi öbürlerine tercih edilmiştir.

Açılması gereken ikinci düğüm şudur: neden "insan hakları sorunları" değil de "insan hakları sorunu"?

Hiç kuşku yok ki, Türkiye'nin ya da bir başka ülkenin insan hakları tablosu bir değil yüz, belki de binlerce sorundan örülüdür. Ama bu kitabın amacı bir sorunlar repertuarı yapmak değil, bunların başlıcalarından yola çıkıp bir bütüne ulaşmaya ve buradan geri dönerek bunları bir bütün içinde yeniden görebilmeye çalışmaktır. Doğaldır ki, bütünü görebilmek, parçaların ortaya konabilmesine bağlıdır ve burada belli ölçüler içinde bu yapılmaya çalışılmıştır. Ama kitapta sergilenen sorunlar, insan hakların bütün kollarına ve derinliğine yayılmak şöyle dursun, ilgili bulundukları kalemleri bile örtebilmekten uzaktır. Yine de, bütünsel sistemin görülebilmesine yetecek anlamlı ve temsili sorunların sunulmasına özen gösterilmiştir.

Bu açıdan, çoğul takısı yerine tekil biçimin seçilmiş olması, konunun çapını küçültücü değil büyütücü bir anlam taşır, çünkü zor bir soyutlama ve sentez çabasını gerektirir. Bu amaç, "Türkiye'nin insan hakları sorunsalı" biçiminde de başlıklandırılabilirdi.

"Sorun" eksenli bir söylemin seçilmesinin, kitabın amaç ve içeriğini bil-

(2) Örnek olarak: M. KAPANİ, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi yay., Ankara 1987; G. DİNÇ, *İnsan Haklarına Üzanmak*, Say yay., İstanbul 1986; E. TUŞALP, *İnsan Hakları Dosyası*, Tekin yay., İstanbul 1985, H. HATEMİ, *İnsan Hakları Öğretisi*, İşaret yay., İstanbul 1988.

diren bir başka yönü daha vardır. Burada, Türkiye'deki insan hakları hukuku, rejimi ya da tablosu değil, ihlâller olgusu, sistematiği ve bunun nedenleri araştırılacaktır. "Sorun" ya da "sorunsal", bunlardan oluşan bir sentetik üründür. Bir başka deyişle, bu inceleme, Türk insan hakları hukukunun anatomisi, fizyolojisi ya da morfolojisiyle değil, patolojisiyle, yani "sorunlu" yüzüyle ilgilidir. Olumsuzu kendine konu seçtiği için de kısmidir, belki de bu anlamda tek boyutludur. Ama bu tek yanlılık içinde bile gerçeğe saygılı kalabilmek mümkündür, mümkün olabilmelidir.

Üçüncü soru şöyle ortaya konabilir: neden "Türkiye'de insan hakları sorunu" değil de, "Türkiye'nin insan hakları sorunu"?

Burada da bir kez daha insan hakları kavramının evrensel niteliği ile ilgili bir tercih sözkonusudur. Bu, Türkiye'nin uluslararası sorumluluğunu ve özellikle Batıyla bütünleşme niyetini de hesaba katan bir yaklaşımdır. İnsan hakları sorunu yalnız Türkiye'de yaşanmış olmakla kalmamakta, uluslararası taahhütleri ve bağlı olduğu insancıl ve evrensel değerler sistemi açısından Türkiye'nin dünyaya karşı sorumluluğunu da vurgulamaktadır. Dolayısıyla ortada yalnız Türkiye'de yaşanan birolay değil, aynı zamanda Türkiye'nin ya da Türkiye Cumhuriyeti'nin sorumlu olduğu bir durum vardır.

Araştırmanın konusu ve amacıyla ilgili bu ön tanıtma, "yöntem(ler)" sorusuna getirilebilecek cevapları da azçok haber vermiş olmalıdır. Hiç kuşku yok ki böyle bir inceleme, hukuk kurallarını sadece Devletin kabul ettiklerinden ibaret sayan, insan haklarını tanımlama ve belirleme yetkisini yalnız Devlete tanıyan hukuki pozitivizm ya da devletçi pozivitizm (3) yaklaşımlarıyla yürütülemezdi. Böyle bir tutum, hukuku birtakım değerler sisteminden kopuk bir kurallar yığıntısı saymak ve her nasılsa konmuş bu kurallara teslim olmak olurdu. Böyle bir yaklaşımın hukukçuyu götüreceği nokta, "yasalarımız böyle!", devlet politikacısına söyleteceği söz de, "biz bize benzeriz!"den başkası olamaz.

Oysa hukukçunun hiçbir ülke ve dönemde vazgeçemeyeceği ödev, eleştirici bir bakışa sahip olmak, yasasıyla, anayasasıyla ve yargıcıyla, "olan hukuk"u yargılamak ve sorgulamaktır. Yani Sokrat'vari bir "yasaya tapma" değil, yazılı olmayan ve dolayısıyla silinmez yasalar adına haksız buyruk ve kurallara karşıkoyan Antigone tavrı göstermek.

"Olan hukuk"u yargılamak için kullanılabilecek ölçü ve değerler de o kadar korkulacak soyut ve metafizik varlıklar değildir. Karşılaştırmalı hukuk biliminin getirdikleri, uluslararası insan hakları standartları, antlaşma ve sözleşmelerden doğan yükümlülükler, "gerçekten demokratik bir toplum" (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) sayılabilmek için gerekli ortalamalar, vb; bütün bunlar yeteri kadar somutlaştırılabilen ölçülerdir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, uluslararası standartların saptanmasında,

(3) Y. MADIOT, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Masson, Paris 1976, p. 24.

Türkiye'nin henüz onaylamadığı bazı uluslararası sözleşme ve antlaşmalardaki ölçüleri de hesaba katma zorunluluğu vardır: ölüm cezaları ile ilgili olarak Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 6 No.'lu Protokol, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sözleşmesi gibi. Türkiye'nin bunları onaylamamış olması, bu metinlerin uluslararası standartları yansıtma özelliğini ortadan kaldırmaz; olsa olsa Türkiye'nin bu alanlarda bir taahhüde girmek istemediğini gösterir. Türk hukuk uygulamasının bu gibi evrensel ya da uluslarüstü ölçüler karşısındaki durumunun irdelenmesinde, onaylanmamış belgelere dayanılması son derece doğaldır.

Eleştirel ve karşılaştırmalı bur yaklaşım gereğine eklenecek nokta, hukukun değişik dallarını kucaklayan bir bakış açısına olan ihtiyaçtır. İnsan hakları yalnız anayasa hukukunun değil, uluslararası hukuk, idare ve ceza hukukları başta olmak üzere hukuk biliminin çeşitli dallarının konusuna girer. Özellikle de hukuk sosyolojisi ve hukuk felsefesi, dogmatik hukuk incelemelerinin götürebileceği kurulukları toplumsal ve eleştirel süzgeçleriyle yumuşatabilecek dallardır. Bu bakımdan, birçok hukuk dalına yapılan dallararası (interdisciplinaire) bir yaklaşımı deneme gereği apaçık ortadadır.

Hatta bunu yalnız hukuk bilimi çerçevesi içinde tutmamak, hukuk ötesi alanlara da yaymak gerekirdi. Çünkü, insan hakları sorunsalı, hukuk-ötesi birçok etken tarafından da belirlenir. Ülkenin genel gelişme düzeyi, eğitim durumu, yurttaşlık bilinci, zihniyetler, hâkim ideoloji, tarihsel mirasların niteliği, siyasal yapılar, uluslararası ya da ulus-ötesi politik etkiler, ekonomi politikaları gibi unsurlar bir ülkenin insan hakları haritasını ve performansını belirleyen etkenlerdir. Eğer bir "insan hakları bilimi"nden sözetmek yerindeyse, bunun bir bütün oluşturduğunu ve insan bilimlerinin tümüyle içiçe geçtiğini kabul etme zorunluluğu da vardır(4). Bu da, insan hakları incelemelerinin, konuyla ilgili bütün bilim dallarının ışığına muhtaç bir imece çalışması karakterini ortaya koyar.

Bu kitap, yukardaki yaklaşımlardan birincisine denk düşmekte, insan hakları sorununu "hukuki boyutları" içinde ele almaktadır. Bunu izleyecek olan ikinci kitap aynı sorunun "hukuk ötesi" boyutlarını inceleyecektir.

Hukuk ağırlıklı bu birinci kitabın içeriği hakkında biraz daha somut bilgiler vermek için, "Türkiye'nin insan hakları sorunu"nun, burada:

1) Bütün hak ve özgürlükler açısından değil, seçilmiş bazı kategoriler çerçevesinde,

2) Toplumun özel kesimleri (kadınlar, çocuklar, azınlıklar, tutuklu ve mahkûmlar, memur ve askerler, vb.) açısından değil, genel olarak,

3) Esas olaak Devletten gelen ihlâller üzerinde yoğunlaşarak, ama zaman zaman toplumdan ve bireylerden gelen müdahaleler de gözönüne alınarak,

4) Uluslararası hukuktan çok iç hukuk bağlamında,

5) Askeri yönetim ve olağanüstü yönetim (sıkıyönetim, olağanüstü hal)

(4) J.-BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 11-12.

dönemlerinden çok, sivil ve olağan dönemler (özellikle 1983 sonrası) açısından inceleneceği söylenmelidir.

Birinci Bölüm, sorunların anlaşılmasına yarayacak ve yetecek ölçüde verinin dökümüne ayrılmıştır. Burada, günlük yaşamdaki ihlâllerin tablosu çıkarılmaya çalışılmaktadır. Bu konudaki gerçek, somut yaşamdan başka yerde aranamayacağına göre, burada kullanılan malzeme de daha çok olay ve haber niteliklidir ve basın kaynaklıdır. Ama her sorunun, yasal ve yargısal bağlantılarının gösterilmesine de dikkat edilmiştir.

İkinci Bölüm, eğer birincisi bir fotoğraf çekme idiyse, bir röntgen filmi çekme ve bunu okuma çabasına denk düşecektir. Amaç, ilk bölümde sergilenen, ihlâllerin arkasında yatan sistematiği, hastalığın hukuk sisteminden üreyen yönlerini araştırmaktır.

Kitap, Ocak 1990'da BDS yayını olarak çıkan "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu" başlıklı çalışmanın gözden geçirilmiş ve güncelleştirilmiş ikinci baskısıdır.

Yazar; iki baskı arasındaki yazılı/sözlü teşvik ve uyarılarıyla kendisini besleyen sayın hoca ve meslekdaşlarına, özellikle de Ragıp Sarıca'ya, Server Tanilli, Erdoğan Teziç, Yücel Sayman, Semih Gemalmaz ve İştar Tarhanlı'ya çok şeyler borçludur. Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın yayımladığı bültenler de, 1990 yılı olaylarının belgelenmesi açısından son derece yararlı olmuştur. Dolayısıyla, yukarıda anılan isimlere ek olarak, TİHV yetkililerine ve özellikle Haldun Özen'e de içten bir teşekkür borcu vardır.

BİRİNCİ BÖLÜM
İHLALLERİN BOYUTLARI

Bu bölümde, esas olarak 1980 sonrası Türkiye'sinde insan hakları ihlâlleriyle ilgili birtakım tipik uygulamalara yer verilecektir. Bunlar, askeri rejim dönemini de kısmen içermekle birlikte daha çok sivil yönetim dönemiyle ilgilidir, 1983'den sonraki "normal" düzenden alınmış bulgulardır.

Örnekler, belli hak ve özgürlük demetlerinde toplanarak verilmiş olmakla birlikte, bu döküm her bir hak ya da özgürlük için eksiksiz bir envanter anlamına gelmez, sadece birtakım karakteristik ve temsil değeri yüksek verilerin toparlanması çabasını ifade eder.

Bu döküm; bireysel niteliği ağır basan hak ve özgürlüklerle başlamakta (kişi dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, din ve inanç, düşünce, basın, bilim ve sanat özgürlükleri), kollektif karakterlilerle ilerlemekte (dernek, toplantı ve gösteri yürüyüşü, sendika ve grev, siyasal örgütlenme hak ve özgürlükleri), bunların yargısal güvencesiyle (hak arama özgürlüğü) bitmektedir.

Bölüm'ün sonunda, Türkiye'nin insan hakları tablosunu batı demokrasisi standartlarıyla karşılaştıran bir sentez denemesi yer almaktadır.

I./ KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

Bu başlık, insanların yaşama, maddi ve manevi varlıklarını koruyabilme ve geliştirebilme haklarını içerir. İşkence ve eziyet yasağı, insan onurunu zedeleyen ceza verilememesi ve muamele yapılamaması gibi kurallar bu ilkenin sonuçlarıdır.

Burada; yaşama hakkı ve ölüm cezası, yargısız infazlar, işkence, onurkırıcı işlemler (özellikle güvenlik soruşturması) gibi konular üzerinde durulacaktır.

1) YAŞAMA HAKKI VE ÖLÜM CEZASI

Kişinin, hak ve özgürlüklerinden yararlanabilmesi, fizik varlığını sürdürebilmesine bağlıdır. Bu güvenceyi sağlayan da kişinin *"yaşama hakkı"*, bir başka deyişle *"öldürülmeme hakkı"* ya da *"insanın öldürülmezliği"* ilkesidir (1). Ölüm cezası, işte bu noktada ilk akla gelen tartışma konusudur.

Ölüm cezası, çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Denir ki: cezanın amacı suçluyu ıslah edip topluma kazandırmakken, ölüm cezasında bu nitelik yoktur; üstelik bu insan onuruna bir saldırıdır, bir şiddet eylemidir ve şiddet de şiddete yolaçar (2). Böylece, devlet adeta bir misilleme yapmaktadır. Üstelik bu, planlı ve soğukkanlı bir şekilde, tasarlanarak ve programlanarak gerçekleşir. Devlet organlarından geçirilerek (mahkeme kararı, meclis ya da devlet başkanı onayı, infaz savcısı, vb.) uygulanan bu eylem, Fransız eski Adalet Bakanlarından Peyrefitte'in deyimiyle, devletin *"taamüden (tasarlayarak) işlediği bir cinayet"*(3) sayılmak gerekir. Ayrıca, bir adli hata yapılmışsa bunu düzeltme olanağı da yoktur. Öte yandan istatistikler, bu cezanın cinayet suçları üzerinde caydırıcı etkisi olmadığını, cezanın kaldırılmasının

(1) B. SAVCI, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, AÜSBF yay., Ankara 1980, s. 14.

(2) "Ölüm Cezasının Kaldırılması Üzerine Konferans Bildirisi", Stocholm 10/11 Aralık 1977 (Türkçe çeviri çoğaltma metni).

(3) J. SAVIGNEAU, "Maintien ou abolition de la peine de mort", *Le Monde*, 24.3.1979, p. 16.

suçu beslemek, yeniden konmasının da suçu azaltmak gibi sonuçlar yaratmadığını ortaya koymuştur (4).

Bazı sosyalist ülkeler ve Türkiye dışında kalan Avrupa'da bu ceza ya tümden kaldırılmış (Avusturya, Danimarka, Federal Almanya, izlanda, Lüksemburg, Norveç, Portekiz, İsveç Fransa, İngiltere, Hollanda vb.) ya da savaş halinde işlenen askeri suçlara ve vatana ihanet gibi sınırlı durumlara indirgenmiştir (İtalya, İspanya, isviçre). Cezanın tümden kaldırılmadığı ülkelerde de uzun zamanlardan beri uygulama yoktur, dolayısıyla ceza fiilen ortadan kalkmıştır. Örneğin, en son infazlar, Belçika'da 1863, Yunanistan'da 1972 tarihlidir. Federal Almanya daha da ileri giderek, idam cezasını Temel Kanununda (Anayasa) yasaklamıştır (md. 102). Avrupa ulusal hukuklarındaki bu genel eğilimi saptayan Avrupa Konseyi de Ölüm Cezalarının Kaldırılmasına İlişkin 6 No'lu Protokolün çıkmasını ve kabulünü sağlamıştır (5).

Avrupa dışındaki liberal demokrasilerde de eğilim bu yöndedir. ABD'de 39 eyalet ile Yeni Zelanda ve Avustralya bu cezaya son vermişler, Kanada ve İsrail de askeri suçlarla sınırlamışlardır.

Daha da ilginci, Üçüncü Dünya ve özellikle Latin Amerika ülkelerindeki durumdur. Venezüela, Kolombiya, Dominik, Ekvator, Nikaragua, Hondüras, Kostarika, Panama, Uruguay ölüm cezasını kaldırmış, Arjantin, Brezilya ve Meksika da savaş haliyle sınırlamıştır.

Batı'da, ölüm cezalarının kaldırılması sürecinde siyasal suçlara öncelik verildiğini (1848'de Fransa, 1874'de İspanya'da), savaş halinde işlenen askeri suçlar ile vatana ihanet suçlarınınsa son sırada geldiğini söylemek yanlış olmaz.

İdam cezalarının kaldırılması yolunda sosyalist ülkelerde de adımlar atılmıştır. SSCB'de *glasnost*'la birlikte idam cezaları aleyhinde bir kampanya başlamış, Demokratik Almanya Cumhuriyeti, Devlet Konseyi'nin 17 Temmuz 1987 tarihli kararıyla ölüm cezasını kaldıran ilk sosyalist ülke olmuş, bunu Çekoslovakya, Romanya ve Macaristan izlemiştir.

AGİK üyesi devletlerin durumuna gelince,; bunların sadece yedisi bu cezayı genel olarak, sekizi de savaş suçları için öngörmüşlerdir. 1989'da infazlara sahne olan ülkeler ABD, SSCB, Bulgaristan ve Yugoslavya'dır.

(4) T.M. MUSHANGA, "Ölüm Cezası ve Yerine Geçebilecek Seçenekleri", Bildiri İstanbul Barosunun 100. Yıl Kollokyumu, 1979; A. CAMUS / A. KOESTLER, *İdam* (çev. A. Sirmen), Cem yay., İstanbul 1972, s. 169 vd.

(5) Metin: M. SENCER, *İnsan Hakları. Ana Kuruluşlar ve Belgeler*, TODAİE yay., Ankara 1986, s. 207 vd. Ölüm cezası açısından ülkelerin durumu, ANKA'nın, Uluslararası Af Örgütü ve Türk Tabipleri Birliği Yayınlarından yaptığı derlemeye (*Cumhuriyet*, 11.12.1990, s:17) ve 1990 AGİK verilerine (*Güneş*, 20.6.1990) dayanılarak sergilenmiştir.

Türkiye ise, Avrupa Konseyi'ne üye olup da yukarda anılan Protokolü onaylamayan ve ölüm cezası uygulamaya devam eden tek ülkedir. AGİK bünyesinde de kendisi gibi yalnız 6 ülke kalmıştır. Pekçok Üçüncü Dünya ülkesinde bile ölüm cezalarına son verildiği hesaba katılacak olursa, Türkiye'nin bu durumunun evrensel standartların ne kadar gerisinde kaldığı kolayca farkedilebilir.

Ama daha da çarpıcı olan nokta, Türkiye'deki infazların yıllara ve siyasal dönemlere göre anlamlı farklılıklar göstermesidir. 1960-1990 arasındaki infaz kanun ya da kararlarının (Milli Birlik Komitesi), normal parlamenter dönemler ile askeri rejim (27 Mayıs ve 12 Eylül rejimleri) ve yarı askeri rejim (12 Mart) dönemleri açısından dökümünü veren aşağıdaki tablo bu durumu yeterince ortaya koyacaktır. Ancak buna geçmeden önce birtakım ön açıklamalara gerek vardır.

Tablolar, infaz (cezayı yerine getirme) sayılarına göre değil, infazı öngören kanun ve kararlara göre düzenlenmiştir. Bu yüzden de, kesinleşmiş ölüm cezalarının yerine getirilmesine ilişkin kanun ve kararlardaki hükümlü sayısı ile idam edilenlerin sayısı birbirini tutmamaktadır. Çünkü, hükümlünün firarda olması nedeniyle uygulanamayan bazı kanun ve kararlar vardır. Ancak bunlar ihmal edilebilir sayıdadır (6). Ayrıca, burada önemli olan, infaz sayısı değil, devlet adına en son ve kesin iradenin bu yönde oluşmuş olmasıdır. Bu nedenle, sözkonusu istisnai durumlar listeden çıkartılmamıştır. Kaldı ki, firardaki hükümlünün ele geçirilmesi durumunda cezanın yerine getirilmesi gerekecektir.

Tablolardaki *"Yıl"* hanesi de infazın gerçekleştiği yılı değil, cezanın yerine getirilmesini uygun bulan kanun ya da kararın tarihini gösterir.

İdam cezasının hangi türden suçlara (adi ya da siyasi) karşılık olarak verildiği de önemlidir. Burada, idam cezasını kesinleştiren yüksek mahkemenin hangisi olduğuna bakılmış, Yargıtay'ca onananlar adi suç, Yüksek Adalet Divanı (1960-1961) tarafından verilenler ile Askeri Yargıtay'ca onananlar da siyasi suç sayılmıştır. Zaten yargıtay'ca onananlar arasında siyasi suça, Askeri Yargıtay'ınkilerde de adi suça pek rastlanmamaktadır. 1980'den sora "adi suçları" cezalandıran hükümler uyarınca idama mahkûm edilen ve haklarında infaz kararı çıkan sağcı eylemcilerin fiilleri de siyasi suçlar içinde ele alınmıştır.

(6) Örneğin Genelkurmay Başkanlığı, 26.12.1978 ve 1.11.1985 tarihleri arasında Sıkıyönetim Mahkemelerince verilen idam cezalarından 27'sinin infaz edildiğini açıklamıştır (*Cumhuriyet*, 1.1.1986). Biz bu dönem için askeri yargı çıkışlı 35 idam cezasının MGK, Kurucu Meclis ve TBMM tarafından yerine getirilmesine karar verildiğini saptadık. Bu durumda, 8 hükümlü hakkında infaz kararının yerine getirilmediği sonucu ortaya çıkar ki, bu da genel toplamlar açısından (30 yılda 142 infaz iradesi) büyük bir sayı değildir, Ölüm cezası uygulamaları için bkz. Reha ÖZ, *Ben Devletim, Asarım*, BDS yay., İstanbul 1989.

Rakam ve verilerde hatalar yapılmış olabilir. Araştırmacılara yardımcı olmak, denetleme ve düzeltme yolunu açık tutmak amacıyla, cezaların yerine getirilmesine ilişkin yasa ve kararların numaraları da verilmiştir. Bunların toplam sayısının idam hükümlülüklerinin toplam sayısından az olması, bazı kanun ya da kararlarda birden fazla hükümlünün adının geçmesinden dolayıdır.

	Hükümlü	*Karar ya da Kanun No:*	*Adi*	*Siyasi*
I) *27 Mayıs rejimi* (27.5.1960 - 6.1.1961)				
A) *Millî Birlik komitesi dönemi* (27.5.1960 - 6.1.1961)				
1960	13	22-32	13	—
B) Kurucu Meclis Dönemi (MBK+Tem. Mecl.) (6.1.1961 - 25.10.1961)				
1961	12	43-48, 63-65, 75	9	3
C) *27 Mayıs rejimi toplamları*	25		22	3
II) *TBMM dönemi* (25.10.1961 - 12. 3. 1971)				
1962	1	126	1	—
1963	23	160, 161, 311-324, 339, 340, 351, 352	23	—
1964	21	368, 373, 374, 445, 446, 448-450, 453-460, 480	19	2
Dönem toplamı	45		43	2
III) *12 Mart rejimi dönemi* (12.3.1971-1973)				
1971	14	1426-1437	14	—
1972	3	1586	—	3
Dönem toplamı	17		14	3
IV) *TBMM dönemi* (1973 - 12.9.1980)	—		—	—
V) *12 Eylül rejimi dönemi* (12.9.1980 - 6.12. 1983)				
A) *MGK dönemi* (12.9.1980 - 12.1.1982)				
1980	6	2308, 2309, 2322, 2360	—	6
1981	7	2465, 2466, 2473, 2476, 2505, 2506	—	7

Hükümlü	Kanun No:	Adi	Siyasi
B) *Kurucu Meclis dönemi (MGK+Danışma Mec.)* (13.1.1982 - 6.12.1983)			
1982 16	2630, 2631, 2643, 2660; 2664, 2676, 2679, 2694, 2695, 2702, 2763-2765.	6	10
1983 24	2774-2776, 2784-2786, 2792-2794, 2796, 2798, 2799, 2806, 2807, 2815, 2816, 2826, 2834.	14	10
C) *12 Eylül rejimi genel toplamları* 53		20	33
VI) *TBMM dönemi* (7.12.1983'ten Aralık 1990'a kadar)			
1984 2		—	2

1960-1989 İNFAZ İRADELERİ GENEL TOPLAMLARI

		İnfaz iradesi	Adi	Siyasi
Normal dönem:	1961-1971	45	43	2
	1974-1980	—	—	—
	1984-1990	2	—	2
		47	43	4
Askeri rejim:	1960-1961	25	22	3
	1971-1973	17	14	3
	1980-1983	53	20	33
		95	56	39

	Yaklaşık süre	İnfaz iradesi	Yıllık ortalama
Normal dönem	23 yıl	47	Yaklaşık 2
Askeri dönem	7 yıl	95	Yaklaşık 13,5
TOPLAMLAR	30 yıl	142	Yaklaşık 4,7

Bu çizelgelerden çıkan anlam, birçok bakımdan önemlidir. Ele alınan dönemlerde Yargıtay ve Askeri Yargıtay'ca onanmış ölüm cezalarının yıllara göre nasıl dağıldığı saptanamamış olmakla birlikte, başlıca şu sonuçların altı çizilebilir:

1) Türkiye'de idam cezasının kendisi değilse bile infazı, sivil parlamenter düzen çerçevesinde oldukça uzun zamandan beri fiilen ortadan kalkmıştır. Bu konuda dönüm noktası aslında 1965 yılıdır. 1965-1971 ile 1973-1980 yılları arasında, toplam 15 yıl boyunca infaz yoktur. Her ne kadar TBMM 1984'de iki infaza daha karar vermişse de bu durum istisnai ve geçiçi olup, 12 Eylül rejiminin yakın etkilerinin devam etmesiyle açıklanabilir. Bu tarihten sonra da bugüne kadar TBMM'den infaz iradesi çıkmamıştır. Bu da, yukarıda varılan sonucu doğrular. Dolayısıyla, askerî ya da yarı askerî kesintiler dışında 1964 sonrası Türk sivil parlamenter hayatında toplam 15+6=21 yıl [(1965-1971) + (1973-1980) + (1985-1990)], 1984'deki iki infaz dşında, idam cezaları yerine getirilmemiş ya da getirilememiştir. Başka hiçbir sonuç, normal siyasal hayatımızda bu cezanın *fiilen* ortadan kalktığını ya da en azından kalkmaya başladığını bundan daha iyi gösteremez. Anlaşılan odur ki, normal koşullarda kamuoyu ve parlamento, idam cezalarının yerine getirilmesini içine sindirememektedir.

2) 1984'deki iki istisna dışarda tutulursa, Türkiye'de sivil dönemde infazların 1965'den beri ortadan kalkmış olması, başka ülkelerdeki gelişme seyriyle de paralellik halindedir. Çoğu ülkede idam cezaları yasalardan çıkarılmazdan önce buna benzer bir *uyku dönemi*ne girmiş, cezanın kaldırılması ya da yasaklanması bu süreci tamamlayan ikinci ve üçüncü adımlar olmuştur. Hatta, bu son iki adımı atmamış ama uzun süredenberi idam cezalarını uygulamayan devletler, *"idam cezasını kabul etmeyen ülkeler"* olarak tanınagelmişlerdir.

Türk siyasal ve parlamenter hayatı da 1965'den beri bu birinci süreci yaşamaktadır. Bu tarih, örneğin 1972'de son ölüm cezası uygulamasını yapmış olan Yunanistan'daki başlama tarihinden de eskidir.

Bunlar, idam cezaların Türkiye'de de kaldırılması gerektiği yolundaki görüşlere önemli destek sağlar.

3) Ülkemizde idam cezalarının yerine getirilmesi, daha çok askeri ya da yarı askeri dönemlere özgü bir uygulamadır (7). Sivil yılların infaz ortalaması yaklaşık olarak 2 askeri yıllarınki ise 13,5'tir. Yani infazlar açıkça siyasal değişmelerdeki patolojik durumlarla üstüste binmekte, siyasal hayattaki kural dışı müdahaleler, uygulamadan düşmüş bir cezayı da adeta *geçmişe etkili* bir şekilde yeniden gündeme

(7) Sivil dönemlerdeki infazlar da askeri rejimden çıkış yıllarına rastlamaktadır (1961-1964 ve 1984). Burada da askeri rejimin rolüne ve verdiği ivmenin bir süre daha devam edişine tanık olunmaktadır.

sokmaktadır. Bunun nedenleri, askeri yargının hız ve yaygınlık kazanmasında olduğu kadar, askeri gücün iktidarı ele geçirmiş ya da parlamentoyu tehdit altında tutabilmiş olmasında yatar. Fakat nedenler ne olursa olsun sonuç ürkütücüdür: ülke askeri müdahalelere uğramasaydı, sözkonusu idam hükümleri, yüksek mahkemelerce onanmış bile olsalar, büyük olasılıkla uygulanmayacaklardı; nitekim daha önceki dönemlerde uygulanmamışlardır (8).

4) Özellikle adî suçlularla ilgili bazı göstergeler bunu daha iyi ortaya koyabilir. 1964'den sonra idam hükümlerinin yerine getirilmesi yolunda karar almayan TBMM'nin 12 Mart 1971 muhtırasıyla askerî tehdit altına girmesinden 4 ay kadar sonra (8.7.1971) çıkardığı 12 infaz yasasıyla 14 kişi hakkındaki kesinleşmiş ölüm cezalarının uygulanmasına karar vermesi bunun birinci örneğidir. 12 Eylül rejiminin infazı uygun bulan kanunları açısından varolan bir özellik, bu durumu daha da iyi açıklayacaktır. Bu dönemde, cezaların infazına karar verilen ilk 19 hükümlünün (1980-1982) hepsi askerî yargıda yargılanmışlardı ve suçları özünde siyasal nitelikliydi. 20. hükümlünün cezasının yerine getirilmesine ilişkin kanunladır ki (No: 1660, Kabul tarihi 22.4.1982), askeri darbeden aşağı yukarı 1,5 yıl sonra adî suçlular hakkında da aynı yola girilmiştir. 1964'den beri idamların infazına yanaşmayan TBMM'nin, 1980 askerî müdahalesiyle dağıtılmamış olsaydı bu tutumunu sürdürmesi ve 12 Eylül rejimi içinde idam edilen 20 adî suçlunun bugün hayatta kalmış olmaları olasılığı yüksekti.

Yine bu dönemde cezaları infaz edilen adî suçlularla ilgili bir başka özellik daha vardır. Bunlardan yarısı hakkında (10 kişi) verilmiş bulunan ölüm cezalarının Yargıtay'ca onanma tarihi hayli eskidir. Örneğin, 20. hükümlüyle ilgili ilk uygulamada Yargıtay'ın onama kararı 18.12.1975 tarihlidir. 1975'de kesinleşen ceza TBMM tarafından 11 Eylül 1980'e kadar yerine getirilmek istenmemiştir. Olaydaki hükümlü, cezasının kesinleşmiş olmasına rağmen sivil dönemde 5 yıl, askeri dönemde de 1,5 yıl, toplam 6,5 yıl daha yaşamıştır. 12 Eylül rejiminde cezaları infaz edilen adî suçlular arasında bunun gibi 1975'de kesin hüküm giymiş toplam 4 kişi (Kanun No: 2660, 2764, 2776, 2784) vardır. Cezalarının onanma tarihi 1977 olan 2 kişi (Kanun No: 2774, 2775), 1978 olan 3 kişi (Kanun No: 2676, 2679, 2765), 1979 olan 1 kişi (Kanun No: 2763) bulunmaktadır. Böylece, en azından bu 10 kişi, askerî müdahale ve rejim değişikliği olmasaydı büyük bir olasılıkla bugün yaşıyor olacaklardı; ya cezaların infazına TBMM'ce karar verilmediği için acılı ama umutlu bir bekleyiş içinde bulunacaklardı ya da

(8) Bazı idam kararlarında imzası bulunan askeri yargıç Hamdi Sevinç, bu kararların 12 Eylül'den sonra yerine getirilmesinden duyduğu şaşkınlık ve üzüntüyü ifade etmiştir (bkz. *Nokta*, 17 Mayıs 1987, s.17)

bir af yasasıyla cezaları ömür boyu hapse çevrilmiş olacaktı. Hatta bunların infaz sisteminden yararlanarak serbest bırakılma şansları bile vardı.

5) Bugün ortada olan sonuç ise, bu adî suç hükümlüleri için olduğu kadar, askerî ya da yarı askerî rejimler altında hayatlarına son verdirilen herkes için adaletsizdir. İnsanların yaşayıp yaşamamalarının siyasal rejimdeki gel-gitlere bağlı kalması, acıklı bir durumdur. Normal dönemlerde hemen hemen ortadan kalkmış görünen bu ceza, askerî müdahalelerden sonra *geçmişe de etkili* bir biçimde adeta yeniden uygulamaya konmaktadır.

Bugünkü durum nedir? 1984'den bu yana TBMM'den infaz iradesi çıkmamıştır ama, şu anda (Aralık 1990) kesinleşmiş 287 ölüm cezası dosyası Adalet Komisyonunda bekletilmektedir. Bu arada, TCK'da yapılan bir değişiklikle 13 suçtaki ölüm cezaları ömürboyu hapse çevrilmiştir; böylece, Adalet Bakanının açıklamasına göre 62 kesin hükümlünün de bundan yararlanması olanağı doğmuştur (9). Ne var ki, yasalarda hâlâ 40 kadar suçun cezası idamdır. Üstelik, sözkonusu hükümlüler, tırmanan terör olayları karşısında "devlet elinde birer rehine" de sayılabilmektedir. Adalet Komisyonu Başkanı bunların cezalarının yerine getirilmesinin *"terör hareketleri karşısında caydırıcı"* olabileceğini ve *"devletin kendini koruma mekanizmasını harekete geçirmeye"* hakkı olduğunu ifade etmiş, Cumhurbaşkanı T. Özal'ın işareti üzerine de devlet bakanı M. Keçeciler cezaların infaz edilebileceğini açıklamıştır (10).

2) YARGISIZ İNFAZLAR

Resmî görevlilerin bir mahkeme kararı ya da mutlak bir zorunluluk (meşru savunma hali, vb.) yokken insan öldürmeleri, yaşama hakkının devlet ve ajanları tarafından ihlâllinin en ağır biçimidir. Bu tür eylemler Uluslararası Af Örgütü'nce *yargısız infazlar* (exécutions extrajudiciaires) Birleşmiş Milletler Örgütü terminolojisinde *yasal olmayan infazlar* (exécutions extralégales) ya da daha geniş bir kavram olan *keyfi ya da kısa yoldan infazlar* (exécutions arbitraires ou sommaires) deyimleriyle karşılanmıştır.

Özellikle Üçüncü Dünya ülkelerinde yaygın olan bu uygulamada, insanların tek tek ya da toplu olarak öldürülmesine karar veren, yargı

(9) Kanun No: 3679, Kt.21.11.1990 (RG. 29.11.1990-20710); Bakanın açıklaması (*Güneş*, 20.12.1990).

(10) "İdamlara onay tehdidi", *Cumhuriyet*, 17.11.1988; A. Pehlivanlı'nın demeci, *Nokta*, 4.12.1988; T. Özal ve M. Keçecilerin açıklamaları, *Cumhuriyet*, 14-15.10.1990, *Güneş*, 25.10.1990.

organı dışındaki devlet güçleridir. Bunlar siyasal (Libya, Kamboçya, vb.), askeri (Endonezya, vb.) ya da yerel (kısmen Kamboçya) otoriteler biçiminde ortaya çıkmıştır. İşgalci güçler de (İsrail) sivil halka karşı bu türden saldırılarda bulunmaktadır. Bazı ülkelerde birtakım paramiliter güçler (Arjantin'de anti-komünist İttifak), gençlik örgütleri (Burundi'de Rwagasore), siyasal partiler (Endonezya'da islamcı parti Nahdatul Ulama) ya da büyük toprak sahipleri (Latin Amerika) karar alma ve uygulamaya katılmışlardır. Hedefler ve kurbanlar çeşitlidir; eski rejim kadroları (Etiyopya, Kamboçya, vb.), siyasal muhalefet (Kamboçya, Uganda, Libya, vb.), komünist hareketler (Endonezya, Hindistan'da Naxalit'ler, vb.), etnik (Burundi'de Hutular, Uganda, vb.) ve dinsel gruplar (İran'da Bahailer, Kamboçya'da Cham'lar, Suriye'de Müslüman Kardeşler), aydınlar, işçiler, öğrenciler (G. Kore, Kamboçya, Uganda, Çin Halk Cumhuriyeti) köylüler (Latin Amerika), hatta kadınlar ve çocuklar...

Yargısız infazların örtülü ya da kılıflanmış biçimi, *"kaybolmalar"* (Latin Amerika, özellikle Arjantin; Gine; Afganistan 1978, Uganda 1971) ve "çatışma sırasında" (Hindistan'da Naxalitler) meydana gelen ölümlerdir. Yok etmenin biçimi ne olursa olsun, bilançolar ürkütücüdür: yaklaşık sayılarla Endonezya'da (1965-66) 500.000, Kamboçya'da (1975-79) 300.000, Uganda'da (1971-79) 100.000, Burundi'de 80.000, Suriye'de (1981) 10.000, Arjantin'de 6.000 kişi (11).

Kitlesel kırımların dışında, güvenlik güçlerinin silah kullanma zorunda kalmalarından doğan ölüm olayları da önemli bir sorundur. Bu konuda uluslararası insan hakları hukuku alanındaki düzenleme ve yaptırımlarının zayıf olduğu, ancak bunları gidermeye yönelik çalışmaların da yapıldığı söylenebilir. Güvenlik güçlerinin silah kullanmalarından doğan öldürme fiillerinin hukuka uygun sayılabilmesi hem belirli koşullara indirgenmiş (AİHS md. 2), hem de gerek Avrupa Sözleşmesi'nde, gerekse Birleşmiş Milletler Genel Kurulu karar ve belgelerinde "kuvvete başvurmanın mutlak olarak zorunlu olmuş olması" şartı aranmıştır. BM Genel Kurulu'nun 1979 tarihli *Yasa Uygulayıcılarının Davranış Kodu* adlı metninde ölçü dışı ve amacı meşrû olmayan kuvvet kullanımı yasaklanmış (md. 3), 1980 ve 1981 tarihli iki kararda *"keyfi ve kısa yoldan infazlar"* kınanmış (Résolution No: 36/2, 9 Kasım 1981), ayrıca BM İnsan Hakları komisyonu (1982/29) ile Ekonomik ve Sosyal Konsey *"yasal olmayan infazlar"*ın *"keyfi ya da kısa yoldan infazlar"* kategorisine girdiklerini kabul etmişlerdir (12).

Türkiye'de de *"şüpheli kaybolma"* ve yargısız infaz olayları yaşan-

(11) *Les assassinats politiques. Rapport sur la responsabilité des Etats*, Amnesty International, Ed. du Seuil, Paris 1983.

(12) *Les assassinats politiques*, p. 135 vd.

mıştır ve yaşanmaktadır. 12 Eylül 1980'den sonra gözaltına alınıp da akıbeti belli olmayan kişilerden oluşan bir *"kayıplar listesi"* kamuoyuna açıklanmıştır (13). Doğrudan ve yargısız infazın tarihsel örneği ise 33 vatandaşın kurşuna dizilmesi olayıdır (14). 1971 sıkıyönetimiyle başlayan, 1980 sonrasında yoğunlaşan ve normal rejime geçilmesinden (1983) bu yana da devam eden yargısız infazların en yaygın biçimi, *"teslim ol"* çağrısına uyulmaması ve/ya da *"güvenlik güçleriyle çatışmaya girişilmesi"* sonucunda meydana gelen öldürme fiilleridir (15).

Resmi bildirilerin ve bunları dikkatsizce kullanan TRT ve basının deyimiyle *"ölü olarak ele geçirme"* uygulamaları ve terminolojisi artık kanıksanmış gibidir (16). Güvenlik güçlerinin uyarıda ya da *"teslim ol"* çağrısında bulunmadıkları kanısını doğuran durumlar da vardır. Dahası, *"yakalamak ve öldürmek maksadıyla keşif ve pusu faaliyetleri icra"*sı resmî ve yazılı emirlere dönüşebilmiştir (17)

Her ne kadar anayasa (md. 17), yasalar (PVSK 16; TGYK 24; SYK 4) ve Çevik Kuvvet yönetmeliği (md. 25), güvenlik güçlerine silah kullanmak ve bundan doğacak öldürme fiillerini hukuka uygun saymak konusunda cömert yetki ve güvenceler getirmişse de (18), yukarıda verilen örneklerin varolan anayasal ve yasal düzen açısından bile hukuka uygunluğu son derece tartışmalıdır. Ne var ki, olayların bir gizlilik perdesi arkasında cereyan etmesi, tanık yokluğu, soruşturmanın yine güvenlik güçlerinin vereceği bilgiler çerçevesinde yürümeye mahkûm oluşu ve nihayet askeri ve sivil idarelerin denetleme konusundaki isteksizliği, etkili yaptırımların uygulanmasına olanak bırakmamaktadır (19).

(13) SHP eski Genel Sekreteri F. Sağlar'ın düzenlediği bu liste için bkz. *Milliyet*, 6.11.1986, s. 6. ayrıca bkz, dipnotu 22.

(14) Emri veren General M. Muğlalı 1950'de 20 yıl hapis cezasına çarptırıldıktan sonra aynı yıl çıkartılan af yasasından yararlandı.

(15) Listeler ve örnekler için bkz. *Milliyet*, 6.11.1988; *Cumhuriyet*, 13.12.1987; *Nokta*, 23 Ekim 1988, s. 76-78. Tuzla ve Cihangir olayları bunlara eklenmelidir.

(16) "Ölü olarak ele geçirme" diye bir şey olamaz; "öldürme" ya da "ele geçirme" olur. Ölü vücut "ele geçirilmiş" sayılmaz; ancak "sağ" kalan için bu ifade kullanılabilir. Dolayısıyla bu terminoloji insan onurunu da küçük düşürücüdür. Ama alışkanlık o noktaya varmıştır ki, "sağ olarak ele geçirme" diye haber başlığı bile konabilmektedir *(Cumhuriyet*, 25.5.1988).

(17) Tunceli Sıkıyönetim komutan yardımcısı Tuğgeneral Osman Çitim'in 11 Ocak ve 17 Şubat 1986 tarihli emirleri (bkz. *2000'e Doğru*, 15-21 Kasım 1987, s. 8-18). Ayrıca bkz. *2000'e Doğru*, 21.1.1990, s.8.

(18) bkz. F. YENİSEY, "Silah kullanma yetkisi", *Cumhuriyet*, 5.5.1989

(19) Örneğin Genel Kurmay Başkanlığı yukarda sözü geçen "yönde bir emir verilmemiş" olduğunu açıklamış *(2000'e Doğru*, 22-28 Kasım 1987, s. 11), böylece olay kapanmıştır.

Bu tip uygulamalar öbür ülkelerdekine oranla olarak daha az önemli görünse bile, o ülkelerdeki siyasal ortam dikkate alındığında (dikta, siyasal ve toplumsal kargaşa otoritenin felce uğraması ya da paramiliter örgütlerce kullanılması), Türkiye'deki durumun daha hafif değil, "bağışlanmaz" olduğu kabul edilmelidir.

3) İŞKENCE

İnsan varlığına ve onuruna karşı girişilen bir saldırı olan işkence, ilkçağdan bu yana, yalnız bir sorgulama ya da cezalandırma yöntemi değil, iktidar ilişkilerinin de bir parçası olagelmiştir (20).

Türkiye'de işkence, bazı yüksek yetkililerin yalanlamaya ya da üstünkörü geçiştirmeye ve önemini küçültmeye çalışmalarına karşın (21), sivil rejimler altında da varlığı tartışma götürmeyen bir olgudur. Gözaltı koşullarında meydana gelen kuşkulu ölüm ya da "intihar" olaylarının çokluğu (22), sanık ya da zanlılardan gelen ihbar ve şikâyetler, bazı görevlilerin itiraf ve açıklamaları(23), basın haberleri, eski Cumhurbaşkanının bazı demeçleri (24), az sayıda da olsa mahkûmiyet kararları, TTB'nin kimi hekimlere verdiği disiplin cezaları, ulusal ve uluslararası kuruluşların raporları bunu ortaya koymaktadır (25).

Gözaltı rejimi ve soruşturma usulüyle ilgili bazı özellikler de işkence olaylarının önlenebilmesini zorlaştırmaktadır. Bir kere, *"yakala-*

(20) Bu konuda Yunan yazar Kyriakos Simopoulos dört dildeki yayınları içeren kapsamlı bir bibliografya yayınlamıştır: Vasantiria Kai Eksusia (İşkence ve İktidar), Atina.

(21) Cumhurbaşkanı K. Evren'in 28.4.1985 tarihli Antalya konuşması.

(22) Son yıllarda bunların sayısı 500 civarına ulaşmıştır *(Nokta,* 31 Temmuz 1988, s. 30). Uluslararası Af Örgütü Ocak 1989 Bülteninde, gözaltı sırasında kaybolan 144 kişinin adlarını yayınlamıştır. Ayrıca bkz. K. İSTANBULLU, *Gözaltında Kaybolanlar,* 2. baskı, Yalçın yay., İstanbul 1986; Reha Öz, *Ben Devletin Öldürürüm,* BDS yay., İstanbul 1989.

(23) Bkz. *Nokta,* 19 Şubat 1989, s. 22,23.

(24) Cumhurbaşkanı K. Evren, soruşturmaya uğrayan polis sayısının "tüm polislerin ancak binde 17'si" olduğunu belirtmiştir. Bu, yaklaşık 2000 kişi demektir ki, küçümsenecek bir rakam sayılamaz. Ayrıca bu oran, yalnız soruşturmaya konu olmuş kişileri vermektedir. Öteyandan, tüm polisler değil de soruşturma yapanların sayısı temel alındığında gerçek oran daha da yükselecektir.

(25) Son olarak bkz. Uluslararası Af Örgütü'nün 1989 Ocak bülteni; "Turkey: Eight Cases of Torture", *News From Helsinki Watch,* July 1989; Jeri LABER, "Cruel and Unusual Punishment", *The New York Review of Books,* July 1989; *İşkence Raporu Ankara 1989* İHD Ankara Şubesi yay., Ankara 1990, İzmir'de 200 adi mahkûm üzerinde yapılan yeni bir araştırma, bunların % 45'inin işkence ve kötü muamele gördükleri iddiasını ortaya koymuştur. *(Güneş,* 28.11.1990, s. 3).

ma" durumunda *"yakınlarına derhal bildirme"* kuralının geniş istisnaları vardır ve siyasal nitelikli olaylarda yakalananın yakınlarına genellikle haber verilmemektedir. Öte yandan, sorgulama işlemleri savcılarca değil, kolluk güçleri tarafından yapılmaktadır. Sanığın susma hakkı, mahkeme önünde vardır (CMUK md. 135), ama bundan önceki sorgu aşaması için açıkça tanınmış değildir. Ayrıca, sanığın soruşturmanın her aşamasında savunman yardımına başvurma hakkı olduğu halde (CMUK md. 136), hazırlık soruşturmasının gizliliği gerekçesiyle bu aşamada, gözaltındaki kişinin avukatıyla görüşmesine izin verilmemektedir. Her ne kadar bu konudaki başbakanlık ve bakanlık genelgeleriyle duruma müdahale edilmişse de, görüşme hakkı gözaltındaki kişinin talebine, bu talebin sorgulamayı yapanlarca savcılığa aktarılmasına ve savcılığın da izin vermesine bağlı tutulduğundan, sonuç yine değişmemiştir. Öteyandan, bir başka suçtan tutuklu ya da hükümlü bulunanların ifadelerine başvurmak için 15 güne kadar bulundukları tutukevi ya da cezaevinden alınıp polis tarafından sorgulanabilmelerini mümkün kılan PVSK md. 15 (2559 sayılı yasayla değişik) hükmü de bu durumdaki kişiler için sürekli bir tehdit niteliği göstermiştir. Bu hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişse de (26), olağanüstü hal bölgesinde uygulanmak üzere çıkartılan 15.12.1990 tarih ve 430 sayılı KHK ile yeniden yürürlüğe konmuştur (md. 3/c).

İşkence altında alındığı ileri sürülen ifadelerin hukukî değeri konusundaki yargı kararları da kısmen bu uygulamaları olağanlaştırıcı niteliktedir. Gerçi, yasaya, genel adab ve ahlaka aykırı yollardan elde edilmiş kanıtların kullanılamayacağına, ikrarın işkence korkusundan doğmuş olup tek başına delil sayılamayacağına ilişkin kararlar da vardır (27). Ama, *"vicdani delil sistemi"*nden yola çıkarak, işkence altında alınmış ifadeleri geçerli sayan kararlar ve eğilimler daha baskındır. Örneğin, bir Sıkıyönetim Mahkemesi kararında şu satırlara rastlanabilmektedir: *"Bir an için işkence yapıldığı kabul edilse bile, işkence sanıktan (doğru cevap almak) için yapılmaktadır. Eğer doğru olmayan, uydurma cevaplar verilirse, işkencenin gayesi (doğru cevap almak) olduğuna göre, işkence daha da arttırılacaktır. O halde bu durumun sanıklarca da bilinmesi tabii olduğuna göre, bu önermenin mantıki sonucu, işkenceye maruz kalanın doğru cevap vermesidir. Aksi takdirde işkenceye arttırılarak devam edilecektir. Öyleyse, ifadelerin işkence altında alındığı sabit bile görülse, bu, ifadenin gerçek dışı olduğunu, itibar edilemeyeceğini ortaya koymaz. Şu halde işkence ayrı, işkence sonucu verilen ifadelerin doğruluğu ayrı şeylerdir (28)."*

(26) E. 1985/8, K.1986/27, Kt. 26.11.1986 (AYKMD, sayı 22, s.323 vd.

(27) Ask. Yrg. 2.D. E.1978/35, K.1978/100, Kt. 26.4.1978; Ask. Yrg. 4. D. E.1981/348, Kt. 15.9.1981.

(28) Erzincan SYM, E. 1984/107, K. 1984'/375, kt. 4.9.1984.

Askeri Yargıtay da, *"Eğer baskı ile temin edilen itiraflar ve ifadeler hakikat ise, bu ifadelerin baskı neticesi temin edilmiş olması hükümsüzlüğünü gerektirmeyecektir (29)"* yolundaki görüşünü yeni kararlarında da sürdürmektedir: *"...ikrarın elde edilişinde işkence yapıldığı (doğrulansa bile/ BT), bu tür davranışlar görevlilerin sorumluluğunu gerektiren ayrı bir husus olacağından, eğer ikrar başka yan deliller ve maddî olaylarla teyid ediliyorsa, bunun değerlendirilip hükme dayanak yapılmasında hukukî bir sakınca bulunmamaktadır (30)."*

Geçerken belirtmekte yarar var ki, mehaz kanun olan Alman ceza yargılama usulü yasası da *"vicdanî delil sistemi"* ni kabul etmişti. Ama yasada yapılan bir değişiklikle (md. 136/a), yasal olmayan yollarla (işkence vb.) alınan ifadelerin delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. Buna benzer kurallar, ilerde değinilecek olan uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Bu açıdan, Türk uygulamasının uluslararası ölçülerin en kadar gerisinde kaldığı meydandadır. Üstelik, Türkiye'nin sözkonusu sözleşmeleri onaylamasından sonra bile durum değişmiş değildir. Hatta Askeri Yargıtay Başkanı uluslararası sözleşmelerin yasa değerinde olmasına karşın, yüksek mahkemenin eski görüşünde bir değişiklik yapılmasının sözkonusu olmadığını açıklamıştır (31).

İşkence suçlusunun kovuşturulabilmesi, cezalandırılması cezasının çektirilebilmesi ayrı ayrı birer sorundur. Delil ve tanık bulma zorluğu bunların başında gelir. Genelde, böyle bir davanın açılabilmesi için işkence kurbanının ölmüş olması gerekir; başka türlü, özellikle askeri rejim ya da sıkıyönetim koşullarında savcıları harekete geçirebilmek pek kolay değildir. Kimi zaman ölüm olayı bile soruşturma açtırmaya yetmez; bunun için kurbanın yakınlarının yıllarca uğraşması gerekir (32). İşkence suçlularına verilen cezalar genellikle hafif (33)

(29) Ask. Yrg. 2. D. E. 1973/123, K. 1973/123, kt. 31.5.1973.

(30) As. Yrg., 3. D., E. 1984/107, K. 1984/375, kt. 4/9/1984. Aynı yönde Ask. Yrg., 4. D., 3.3.1981 tarih ve E. 69 K. 62 saylı karar. Burada anılan ve aynı yöndeki başka kararlar için bkz. H. ÇELENK, *Hukuksuz Demokrasi*, Çağdaş yay., İstanbul 1985, s. 24-26; "Demokratikleşmeyi Düşünürken", *Cumhuriyet*, 14/9/1987; "İşkence Sözleşmesi ve Yargılamalar", *Cumhuriyet*, 30.5.1988; *12 Eylül ve Hukuk*, Onur yay., Ankara 1988, s. 54; E. TUŞALP, *İnsan Hakları Dosyası, Bin İnsan*, 1. baskı, Tekin yay., İstanbul 1985, s. 118-120, 189 dn 16.

(31) *Nokta*, 5 Mart 1989, s. 13

(32) 8 Ağustos 1980'de işkencede öldürüldüğü ileri sürülen F. Tuna olayıyla ilgili dava hâlâ açılabilmiş değildir (Cumhuriyet, 4.3.1988). Ölümle sonuçlanmayan bir işkence olayının davası yedi yıl sonra açılabilmiştir (*Cumhuriyet*, 10.3.1988).

(33) Örnekler: Ankara 2 No'lu SYM. E. 1981/1285, 16.10.1981 (E. TUŞALP, *İnsan Hakları Dosyası, Bin İnsan*, s. 173); *2000'e Doğru*, 7-13 Haziran 1987, s. 31; *Cumhuriyet*, 21.5.1987, 10.3.1988, 3.12.1988; *Demokrat*, Temmuz 1990, s. 15

görevden yasaklama kararları çok kez *"geçici"*dir. Cezalar pek çok durumda, işkenceyle ilgili hükme göre (TCK 243) değil, cezası daha hafif olan *"kötü muamele"* (TCK 245) maddesine göre verilmektedir. Örneğin Yargıtay, 1 haftalık çalışma engeli yaratan dövme eylemini *"işkence"* saymamaktadır (34). İşkence altında alınan ifadeleri delil sayma anlayışı bu noktada da etkili olmuş gibidir. Dahası, işkence ihbarları hakkında pek duyarlı görünmeyen yargı mercilerinin bu tutumunun, temyizin en üst katına da yansımasıdır. İşkence yapıldığı iddialarına sık sık başvurulmasının nedenini, *"Türkiye'yi uluslararası kuruluşlar nezdinde zor duruma düşürmek, mevcut demokratik rejimi kötüleyerek, antidemokratik bir uygulama bulunduğu izlenim(ini) yaymaya çalışmak"* şeklinde açıklayan Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 23 Ocak 1986 tarihli kararı (35) bunu göstermektedir.

İşkence sanıklarının tutuksuz yargılanmaları da (SYK 4), bazan, hüküm giyen sanığın bulunamamasına yolaçabilmektedir.

İşkencenin önlenmesi ve suçluların etkili bir şekilde cezalandırılabilmesi konusundaki olumlu gelişmelere gelince; bunlar Türkiye'nin bu alandaki iki uluslararası sözleşmeyi onaylamış olmasıdır: *"İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"* ile (36), *"İşkencenin, Gayriinsanî ya da Küçültücü Ceza ve Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"* (37).

Yürürlüğe girmiş bulunan bu sözleşmeler Türk hukukunun bir parçası haline gelmişlerdir. Bunlar, *"kanun hükmündedir"*, hatta anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği (AY md. 90/son) hesaba katılırsa, yasalardan bile daha korunaklı ve üstün durumdadır.

Türkiye, onayladığı BM sözleşmesi gereğince, *"İşkence olaylarını önlemek için etkili yasal, idarî ve adlî her türlü önlemi alma"* yükümlülüğü altına girmiştir (md. 2). Aynı zamanda, sözleşmenin onaylanmasıyla Türk hukukunda bu konuda var olan eksiklik ve gerilikler daha da göze çarpıcı hal almıştır. Sözleşmenin *"herhangi bir nedenle"* yapılan işkenceyi suç sayan geniş tanımı (md. 1) karşısında, TCK 243'deki işkence tanımı dar kalmaktadır. Yine Sözleşmenin, *"işkence suçunun uygun yaptırımlarla cezalandırılması"* gereğine işaret eden hükmü karşısında TCK'daki yaptırımlar (5 yıla kadar hapis) zayıf durumdadır. Gözaltına alınanın avukatıyla görüşmesini izne bağlayan, yakınlarına

(34) *Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, 5/10/1987, E. 1987/8-16, K. 1987/423 (*Cumhuriyet*, 16.1.1988).

(35) *Cumhuriyet*, 1.4.1986.

(36) R.G. 10/8/1988 - 19895.

(37) R.G. 27.2.1988 -19738. Bu iki sözleşme başta, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda işkence konusundaki düzenleme ve içtihatlar için, özellikle bkz. S. GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, Amaç yay., İstanbul 1990

derhal haber verilmesini engelleyen, işkence suçu sanıklarının tutuksuz yargılanmalarını sağlayan düzenlemeler de Sözleşme'nin güttüğü amaçlarla çelişmektedir. Nihayet, *"İşkence altında alındığı sâbit olan ifadelerin delil sayılmaması"*nı kabul eden Sözleşme (md. 15) karşısında, *"vicdanî delil sistemi"*ne dayalı Türk yargılamasının zaafları apaçık ortadadır. Bugüne kadar işkence altında alınmış ifadelere de dayanılarak verilmiş mahkûmiyet kararları ile halen devam etmekte olan davaların hukukî sağlığı da bu yüzden tartışmalı hale gelmiştir. Bu durum, yargılamanın yenilenmesi kurallarının değiştirilmesini de gündeme getirmektedir (38).

Bu noktada yargı mercilerinin sorumluluğu ayrıca deşilmelidir. Sözleşme'nin 15. maddesinin, artık iç hukukun yasa değerinde bir parçası haline gelmiş ve yargılamaya ilişkin bir hukuk kuralı olarak, mevcut ve hatta eski davalara etkili olması gerekir (39). Ne var ki Türk mahkemeleri bugüne kadar böyle bir tavır içine girmiş değillerdir. Askerî Yargıtay Başkanının, Sözleşme'nin bu hükmünün mahkemeleri bağlayıcı karakterini kabul etmeme eğiliminde oluşu (40), burada bir kez daha hatırlanmalıdır.

4) ONURKIRICI DAVRANIŞ VE İŞLEMLER, ÖZELLİKLE "GÜVENLİK SORUŞTURMASI"

Anayasaya göre, *"İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele"* yasaktır (md. 17). Ama bu yasağa da uyulmamaktadır. Bu konudaki ihlâller iki alandan örneklendirilebilir.

Cinsellik

Onurkırıcı davranışların en ilkel örnekleri cinsellik ve kadın hakları ile ilgilidir. Eşcinsel ve travestilerin uğradıkları aşağılayıcı muameleler, kadınlar üzserinde yapılan *"cinsel temas"*, *"bekâret"* ve *"sperm kontrolleri"* buna örnektir.

Örneğin, kocası polis tarafından aranan bir kadın ile, aranan kişilere yataklık yaptıklarından kuşkulanılan genç kızlar devlet hastanelerinde bu kontrole tâbi tutulmuşlar, her iki olay Tunceli Valisi K. Güven tarafından da doğrulanmış ve savunulmuştur. Turistik bir otelde kalan

(38) İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi işkenceye Karşı Uluslararası Sözleşmeleri İzleme Komisyonu Raporu (26/1989). Aynı yönde hukukî görüşler için bkz. *Tempo*, 11-17 eylül 1988, s. 13-18.

(39) S. DÖNMEZER, "İşkence Sözleşmesi", *Tercüman*, 7.3.1988; H. ÇELENK, "İşkence Sözleşmesi ve Yargılamalar", *Cumhuriyet*, 30.5.1988; S. GEMALMAZ, *İşkencenin Önlenmesi*, s. 220.

(40) *Nokta*, 5 Mart 1989, s. 13.

bir bayan turist de, otel yöneticileriyle arasında çıkan bir tartışma sonucu devlet hastanesinde "şperm kontrolü"nden geçirilmiş; bu onur kırıcı işlemin cezası, "Ülke turizminin itibarını zedelediği" gerekçesiyle otel yönetimine 200.000 lira para cezası kesilmesinden ibaret kalmıştır. Gözaltına alınan kızlara da "bekâret muayenesi" uygulandığı görülmektedir. Harita servislerine alınacak bayan personel için de böyle bir denetimin uygulandığı ileri sürülmüş, bu iddia Genel Kurmay Başkanlığı'nca, "bulaşıcı ve çalışmaya engel bir rahatsızlığın bulunup bulunmadığının araştırılması" şeklinde yanıtlanmıştır "Evlilik soruşturması da taşra kentlerinde yaygındır; büyük kentlerin de bazı semtlerinde belli saatlerden sonra yapılmaktadır. İstanbul Belgrad ormanlarında koşudan dönen bir çiftin Jandarma karakolunda tutulup, "evlenme vaadi" alındıktan sonra serbest bırakılması bu arada hatırlatılabilir (41).

Bütün bunlarda; idareye ve polise hâkim olan tutucu zihniyet baş rolü oynamaktadır. Ayrıca, bu ihlallerde Polis Vazife ve Selahiyet Kanunundaki değişikliğin yarattığı ahlâkçı ve baskıcı havanın da payı olmalıdır. PVSK'nın, 16.6.1985 tarih ve 3233 sayılı yasayla değiştirilen 11. maddesine göre, "Polis; genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak, utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösterileri yapanları (...) herhangi bir müracaat ve şikayet olmasa bile engeller (...), yasaklar (...), adliyeye tevdi eder".

Bu bağlamda, "Flört fahişeliktir" diyen bir Devlet Bakanının varlığı (Cemil Çiçek), çağdışı zihniyetin siyasal iktidarın doruklarından destek gördüğünü bir kez daha ortaya koymaktadır. 31 Temmuz 1990 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan ve *"Aile ile ilgili millî bir politikanın tespiti"*ni de amaçlayan *Aile Şûrası Yönetmeliği* ile aynı amacı koyan ve *"Müslüman-Türk İnsan modeli yaratmak"* için kurulan *Aile Araştırma Kurumu* (KHK, No: 396) da bu totaliter yönleriyle aynı doğrultuda yer almaktadır. Bütün bu tutum ve düzenlemelerin kadını vesayet altına almaya çalışan, onurkırıcı niteliği meydandadır. Bu durumun, Türkiye'nin de 1985'de onayladığı *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi*'ne aykırılığını da ayrıca vurgulamak gerekir.

Kadını küçültücü ve aşağılayıcı hükümler, Medenî Kanun (MK) ile Ceza kanunlarında da varolagelmiştir. Kadının çalışabilmesini kocanın iznine bağlayan MK. 159 hükmü bunlardan biriydi; bu madde Anayasa Mahkemesinin 1990'da verdiği bir kararla iptal edilmişse de,

(41) Olay sırasıyla: *Cumhuriyet*, 3.9.1986; *Nokta*, 23.8.1987; *Cumhuriyet*, 22.8.1987, 16.9.1987, 10.4.1988; *2000'e Doğru*, 25.12.1988; *Milliyet*, 31.12.1988; *Cumhuriyet*, 3.9.1986.

ailenin reisinin koca olduğunu bildiren hüküm hâlâ yürürlüktedir (MK. 152).

Zinayı cezalandıran TCK. 440-444 hükümleri için de aynı şey söylenebilir. Bir kere, boşanma sebebi sayılabilecek bir eylemin (zina) bir de suç olarak kabulünü anlayabilmek zordur. Buradaki soruşturmanın şahsî davaya bağlanmış olması da bir şey değiştirmez. Üstelik, kadın ve erkek zinası arasında kadın aleyhine yaratılan eşitsizlik (TCK. 440, 441) daha da vahim bir durumdur ve kadını adeta "ikinci sınıf insan" durumuna itmektedir.

İnsan onuruyla bağdaşmayan bir başka ceza da TCK. 438'de düzenlenmiştir. Kanunun, "ırza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendisine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadar indirilir" hükmünü getiren bu maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya uygun bulunmuştur. Yüksek mahkeme, "fuhşu kendine meslek edinen kadın" ve "iffetli kadın" ayrımı yaparak, bu hükmün eşitlik ilkesine, kişi özgürlüğü, güvenliği ve dokunulmazlığına aykırı düşmediği, yasakoyucunun suç ve cezalara ilişkin takdir yetkisi alanı içinde kalan bir düzenleme olduğu sonucuna ulaşmıştır (42). İffetli/iffetsiz kadın ayrımının insan onuruna aykırılığı açıktır. Ayrıca, hukuka aykırı eylemlere karşı bütün insanların aynı ölçüde korunmaları gerekir. Buradaki eylemi (tecavüz) suç olmaktan çıkarabilecek unsur, mağdurenin "iffet" derecesi değil, rızasıdır. Maddenin Anayasaya uygun sayılması cinsel özgürlüğün ve kişi onurunun korunması bakımından ayrım yarattığı gibi, sözkonusu kadınlara karşı suç işleme eğiliminde olanları da adeta yüreklendirecek niteliktedir. "Genel kadınlar"ın statüsünün yasalarla özel olarak belirlenmiş olması, fuhşun suç sayılmaması, hayatını bu yolla kazananların devlete vergi ödemeleri gibi noktalar, buradaki ceza indirimini büsbütün çelişik duruma getirmektedir. Üstelik, tecavüze uğrayan kadın "iffetli" olduğunu kanıtlamak zorunda da kalabilmektedir. Gerçekten de Yargıtay'ın 5. Ceza Dairesinin 6.12.1983 tarihli bir kararına göre ceza indirimine gidilmesi, mağdurenin "fuhuşla malufiyet ve iffet durumunun" zabıta ve muhtarlıkça araştırılıp saptanmasına bağlıdır. Görüldüğü gibi TCK 438 hükmü, başka anayasal ve insansal değerlerin yanısıra, insan onuruyla bağdaşmayan muameleye tabi tutulmama ilkesine de (AY. md. 17) ters düşmektedir (43). Anayasa Mahkemesi'nin çoğunlukla aldığı "Anayasaya uygunluk" kararı bu açılardan sakattır. Çoğunluk

(42) E. 1988/4, K.1989/3, Kt. 12.1.1989z (RG. 10.1.1990-20398).

(43) E. ARTUK / A.R. OKUR/ H. ÖKÇESİZ, "Kaldırılması gereken bir hüküm: TCK 438", *Cumhuriyet*, 17.12.1990; A. Çelikel, "TCK 438. maddesi insan onuruna aykırıdır", *Görüş*, Şubat 1990, s. 13.

eğiliminin bu yönde belirmesinin "Yargıç ve Yargılama Kültürü" ile ilgili boyutları da olmalıdır; buna ilerde değinilecektir (*İkinci Bölüm*, IV, 4). Sevindirici olan, TCK'da 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı yasayla yapılan değişiklikler sırasında, 438. maddenin kaldırılarak farklı muamelenin giderilmiş ve cezaların eşitlenmiş olmasıdır. Buna karşılık Askerî Ceza Kanununun "İffetsiz bir kadınla evlenen veya böyle bir kadını tutanlar"la ilgili (md. 153) hükmü hâlâ yürürlüktedir ve askerî mahkemeleri bazı kadınların "iffet" durumunu saptama gibilerden zor ve onurkırıcı bir araştırmaya zorlamaktadır. Örneğin, İzmir'de görevli bir astsubay (E.S.), "yaşadığı kadının iffetsiz olduğu" gerekçesiyle 1990 yılında ordudan tardedilmiş, Askerî Yargıtay Genel Sekreterliği tarafından yapılan açıklamada da yasanın eski tarihli olduğu (10.4.1944) vurgulanarak, "iffetsizlik" durumunun saptanmasındaki zorluğa ve ayrıca bu araştırmanın "biraz da onurkırıcı" olduğuna işaret edilmiştir (44).

Güvenlik Soruşturması

Güvenlik soruşturması ve bunun bir parçası olan fişleme, elbette, başta düşünce ve kanaat özgürlüğü ve çalışma hakkı olmak üzere, bireyselliğin birçok alanını çiğneyen işlemlerdir. Burada bu uygulamaların yalnız, herkesin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile insan onuruyla bağdaşmayan muamelelere tâbi tutulmama ilkesi (AY. 17) üzerindeki etkileri irdelenecektir.

Fişleme ve güvenlik soruşturması birbirlerinden farklı ama iyice içiçe geçmiş faaliyetlerdir. Birincisinde, güvenlik ve istihbaratla görevli kuruluşların daha çok kendiliklerinden bazı insanlar hakkında bilgi toplayıp depolamaları söz konusudur. Bu bilgi ve raporlar zamanı gelince değişik biçimlerde kullanılır. Güvenlik soruşturmasında ise, bir kişi hakkında bir kurum ya da makamın talebi üzerine güvenlik ya da haberalma kuruluşunca, belli bir amaçla kullanmak için rapor düzenlenir ve ilgilli makama iletilir. Burada, fiş ya da arşivlerdeki eski bilgilere de başvurulur. Fişleme ile güvenlik soruşturması arasındaki ortak noktalar, bunların birbirlerini tamamlamaları, her ikisinin de gizlilik içinde ve ilgili kişinin bilgisi dışında yürütülmesidir. Sonuçları bakımından da ortak bir nokta vardır: her ikisinde de devlet kendi vatandaşları arasında, suçlu/suçsuz ya da sabıkalı/sabıkasız gibi ölçülerin dışında bir "sakıncalı/sakıncasız" ayrımı yaratmaktadır.

Güvenlik soruşturması ve buna bağlı olarak fişe ya da arşive başvurma, "sabıka kaydı istenmesi"nden de ayrı bir uygulamadır. Gerçi, 12 Mart rejiminden sonra Sıkıyönetim komutanlarının emirleri, yasalara aykırı birtakım genelgeler ve bazı bürokratların kendilerini sağ-

(44) *Güneş*, 5/12/1990

lama alma çabaları yüzünden "sabıka kaydı getirme" işlemleri yaygınlaşmış, gece ortaokulu ve lisesine kaydolmak isteyenlerden üniversite giriş sınavını kazananlara, resmi ve hatta özel kuruluşlara işçi olarak girmek isteyenlere ya da pasaport talebinde bulunanlara kadar genişlemiştir (45). Ama "sabıka kaydı"nın ham maddesi ve ölçüsü, mahkemelerce verilmiş hükümlülük kararının bulunup bulunmadığının araştırılmasından ibarettir. Bu inceleme, normalde adliye sicillerine bakılarak yapılır, Fişleme ve güvenlik soruşturması ise, bunları içeren ama aynı zamanda çok aşan, esas olarak adliye kayıtları dışındaki alana yayılan işlemlerdir.

Güvenlik soruşturmasına çeşitli alanlarda başvurulmaktadır. En yaygın uygulama kamu hizmetine girişte ve atanmadadır. Aslında, iç ve dış güvenlikle ve istihbaratla ilgili kamu hizmetlerine ya da özel bir gizlilik gerektiren görevlere (diplomasi mesleği gibi) atanmada özel süzgeçlerin makul çerçevede işletilmesi normaldir; dünyadaki uygulama da bu yöndedir. Ancak bizdeki durum, her türlü mantık öçüsünü aştığı gibi, bütün kamu hizmetlerini içerecek bir genişliktedir. Hatta bu yola, yalnız kamu kesimine personel alımında değil, bazen özel sektöre işçi alımında bile başvurulmaktadır (46).

Hizmet sırasında ve özellikle yükselmelerde de güvenlik soruşturması yapılmaktadır. Böylece, mesleki başarı ya da kıdem gibi objektif ve denetlenebilir unsurlar yükselmeye yetmeyebilmekte, gizli raporların tanıklığına da başvurulmaktadır. Gerçi hizmet sırasında ve yükselmelerde bu yola başvurulması bazı meslekler için yine anlaşılabilir. Ama bunun da akla uygun ölçüler içinde kalması gerekir. Herhalde, kamu görevlisinin kişisel ve düşünsel meraklarının ya da eş ve çocuklarının *"siyasî kanaatleri"*nin araştırılması ve soruşturulması bu çerçeve içinde kalan bir soruşturma olarak görülemez (47).

(45) M. ŞEKERCİOĞLU, "Sabıka Kaydı ve Aykırılık", *Cumhuriyet*, 30.10.1974.

(46) Örneğin, Sıkıyönetimce "sakıncalılığı" kaldırılanların yeniden göreve başlatılmasında güvenlik soruşturması yapılmıştır (*Milliyet*, 14.4.1988). Ayrıca bkz. *Cumhuriyet*, 14.3.1988 (H. Narin ve S. Sabancı'nın açıklamaları).

(47) Örneğin, 12 Eylül 1980'den sonra yürürlüğe girmiş olan, İçişleri bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Daire Başkanlığının 22/1 kod numaralı İstihbarata karşı Koyma Planı ya da yönergesi çerçevesi içinde hazırladığı anlaşılan "Aşırı solcu personel hakkında yapılan kontrol formu"nda polisin eşini ve çocuklarının "siyasi kanaatleri"nin araştırılması istenmekte, görevli hakkında "Aşırı devletçilik, solculuk ve sosyalizmi savunuyor mu? Devleti devamlı tenkid ediyor mu? İttifakları devamlı olaak yeriyor mu? Bilhassa dışardan gelen maksatlı neşriyatı reklâm ediyor mu? Sol neşriyatı takip ediyor, okuyor, okutuyor ve dağıtıyor mu?" gibi sorular sokulmaktadı (bkz. *2000'e Doğru*, 11-17 Ekim 1987). Oysa araştırılması istenen davranışların hiçbiri suç değildir. Soru formu, özel yaşam hakkını yoksaydığı gibi, polislerin seçmen yurttaş olmaları gerçeğini bile gözardı etmektedir.

Bazı eğitim kuruluşlarına girişte de bu soruşturma yapılmaktadır. Polis okulları ve askeri okullar için bir dereceye kadar bu da anlaşılabilir. Ama, örneğin Astsubay okuluna girişte, bu soruşturmanın ana-baba, kardeş ve diğer yakınları içine alacak biçimde yapılmasının, *"Anne-baba veya büyük ebeveyni (...) içinde yıkıcı faaliyetler suçundan hüküm giymiş veya zanlısı kişiler bulunma"*nın bu okullara kesin kabule engel olmasının (48) nedenlerini anlayabilmek zordur. Burada, *"suçların ve cezaların kişiselliği"* ilkesinin de çiğnendiği açıktır. Dahası, bu okullarda okuma olanağından yoksun bırakılmak için, yukarda sayılan yakınlardan birinin *"zanlı"* olması bile yeterlidir. Nitekim, Kara, Deniz ve Jandarma Astsubay Okullarında okuyan ya da bunlara başvuran üç genç, babaları hakkında varolan bu tür raporlardan dolayı ve bunlarla ilgili bir mahkumiyet kararı da yokken, okullara alınmamış ya da sonradan okullarından çıkartılmışlardır (49).

Öğretmen yetiştiren Fakültelerde de, güvenlik soruşturması öğrencilik döneminde başlamaktadır. Millî Eğitim, Gençlik ve Spor Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce bazı öğretim birimlerine (örneğin Gazi Üniversitesi Teknik Öğretim Fakültesi) gönderilen genelgede, bu uygulama, ilerde öğretmen atanacakların uğrayacakları zaman kaybını giderme niyetiyle açıklanmakta ve son sınıflarda güvenlik soruşturmasına başlanması istenmektedir. Öğretmen olmak isteyen öğrencilerin dolduracakları Personel Güvenlik Soruşturması Formu'nda, üye olunan dernekler, sanık olarak mahkemeye çıkılıp çıkılmadığı sorulmaktadır (50). öğrenim ve staj için yurt dışına çıkmak isteyenlerle pasaport almak için başvuran herkes hakkında da soruşturma yapılır. Spor Toto ve Tekel bayilikleri elde etmek, ehliyet ve hatta bazı bölgelerde telefon almak için yapılan başvurular da güvenlik soruşturmasının sonuçlarına göre değerlendirilmektedir (51).

Fişleme ve güvenlik soruşturmalarının, kitlesel nitelik kazandığı da olmuştur. Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da 23 ili kapsayan aşiretler raporu bunun örneğidir. Bu raporda iki milyondan fazla yurttaşın bağlı bulunduğu aşiretler *"güvenilmez"*, *"yurda bağlı görünenler"*, *"kürtçülük faaliyetini destekleyenler"* ve *"yurdumuza bağlı olanlar"* şeklinde dört ana kategoride toplanmıştır (52). Jandarma Genel Komutanlığı

(48) 33-5 sayılı İstihbarata Karşı Koyma, Güvenlik ve İşbirliği Yönergesi, md. 2-b, 6-d ile Silahlı Kuvvetler Astsubay Hazırlama Okulları Yönetmeliği (RG. 9.8.1972) md. 9.

(49) bkz. *Nokta*, 19.6.1988, s. 32; *Cumhuriyet*, 1563/1988 ve 10.12.1990.

(50) Saim GÖZEK, "Huuk Dışı Bir Uygulama: Güvenlik Soruşturması", *Gökyüzü*, sayı d, Hazira 1986, s. 34; Ümit ASLANBAY, "Okurken Güvenlik Soruşturması", *Cumhuriyet*, 7.4.1987

(51) *Cumhuriyet*, 14.3.1988.

(52) bkz. *2000'e Doğru*, 13-19 Aralık 1987.

emri uyarınca yurttaşları *"militan", "sempatizan," "kararsız"* ve *"devlet yanlısı"* olmak üzere tasnif eden bir fişleme çalışmasına, doğu illerinde olduğu kadar batıda da (Denizli) rastlanmıştır (53).

Güvenlik raporlarındaki *"suçlama noktaları"* genellikle yasaların suç saymadığı eylemlerdir; çünkü suç yüklenebileek durum varsa zaten adli soruşturma açılır. Gün ışığına çıkmış raporlardaki bu gibi noktalara birkaç örnek vermek ilginç olacaktır: yasal toplantı ve gösterilere, dernek faaliyetlerine katılmak, bazı yayın organlarında yazı yayımlamak, sosyalist ülkelere gidip gelmek, bazı kişilerle konuşmak ve görüşmek, vb.

Bazense, yasal faaliyetler değil, doğrudan doğruya kişinin özel ve fikri dünyası kodlanır. *"Kimse düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz"* ilkesinin anayasalarda yer almasına karşın, bu dokunulmaz alana da girilir. Bazı politikacı ve hukukçular "belli düşüncelerin yayılması ve propagandası yasaklanabilir, ama kişinin kendi iç dünyasındaki düşüncelere karışılamaz", "düşünce özgürlüğü mutlak, düşünceleri açıklamak ise sınırlanabilir şeylerdir" ya da "zaten düşünceleri okuyabilecek makina henüz icat edilmemiştir" yollu fikirler ileri sürerlerse de, güvenlik raporları uygulaması iç âlemdeki düşüncelerin de rahat bırakılmadığını kanıtlar. Öğretim üyesi kadrosuna atanmanın reddinde adayın yasada "belirtilen ilke ve amaçlara uygun olmayan düşüncelere" ya da "belli bir ideolojik görüşe sahip olması" noktasına dayanılmış olması (54), bir başka olayda soruşturması yapılan kişi hakkında "aşırı sosyalist ve komünist yazarlardan (...) birçoklarının eserlerine karşı büyük bir sempatisi olduğu ve bu eserleri okuduğu anlaşılmıştır" denmesi (55) istisnaî ve az rastlanır örnekler değildir.

Bazan ise *"hiçbir şey yapılmaması"* kuşkuya yolaçmakta ve ilgili kişi aleyhine sonuç doğurabilmektedir. Çanakkale Valiliği'nin bir stajyer memurun görevine son verilmesi hakkındaki kararı buna ve Türkiye'de güvenlik soruşturmasının ne anlama geldiğine bir örnektir: *"Çanakkale ilinde görev yaptığı sürede mesai bitimlerinde ikametgâhına gittiği, geceleri hiçbir yere çıkmadığı, az konuştuğu, hiçbir gazete ve dergi ile ilgilenmediği, içine kapanık bir kişi olduğu intibaını verdiği için H. C.'un durumu Türkiye komünist emek partisi'nin 'Faaliyetine devam et fakat ses-*

(53) Jandarma Genel Komutanlığı'nın 16.10.1986 gün ve Hrk. 2054-51-86/1206 sayılı ve 14 numaralı emri ile Jandarma Bölge Komutanlığı'nın 1.11.1986 gün ve Isth. 3958-77 saylı talimatı (*Cumhuriyet*, 4.12.1988; 3.12.1988; *Milliyet*, 30.11.1988).

(54) M. AKSOY, "Güvenlik Soruşturması Denilen Hukuksal Sapıklığın MİT Raporlarındaki Korkunç Yanlış ve Yalanlar Işığında Değerlendirilmesi", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1988, s.89, 155, dn 17.

(55) H. NEBİLER, "Güvenlik Soruşturması", *Cumhuriyet*, 14.3.1988.

siz kal' temel ilkesine uymaktadır. Bu nedenle adaylık süresi içinde görevine son verilmiştir. (56)"

Güvenlik raporlarının bu güvenilmez niteliği, ülke çapında var olan güvensizlik ortamının da kaynaklarından biridir. Devletin en üst kademelerinde görev yapmış bir kişi (Necdet Ürüğ) hakkında düzenlenmiş olan MİT raporu ve bu yüzden Başbakanlığa karşı açılan dava bunun çarpıcı bir örneğidir. Görülüyor ki, eski Genelkurmay Başkanları dahil hiç kimse güven içinde değildir, kendini böyle hissetmemelidir. Aslı ilginç olan, bu dava dilekçesinde yer alan şu sözlerdir: *"Raporun MİT'teki bazı dokümanlardan ve arşiv bilgilerinden yararlanılarak düzenlendiği belirtilmiştir. Bu doküman ve bilgiler içersinde müvekkile ait olanlar varsa, kuşku yok ki onlar da tamamen gerçekdışı ve düzmece niteliktedir. (57)"* TSK'nın en üst kademesinde hizmet görmüş ve bazı görevleri gereği (özellikle sıkıyönetim komutanlığı) MİT raporlarına dayanarak işlem yapmış olması pek muhtemel olan bir müvekkil adına verilen bu dilekçedeki ifadeler, gizli güvenlik soruşturmalarının güvenilmezliği konusunda önemli bir tanıklık ve hatta itiraftır.

Raporlar, suç olmayan faaliyetlere yollamalarla dolu olmalarına karşın, kamu hizmetinden pasaport almaya kadar hayatın çeşitli kesimlerinde yurttaş zararına sonuç doğurmaktan geri kalmazlar. Bunun daha ileri bir noktası mahkemeleri etkileme çabasıdır. *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere (...) tavsiye ve telkinde bulunamaz"* kuralına karşın (1961 AY. md. 132/2; 1982 AY. md. 138/2), Sıkıyönetim komutanlıkları eliyle askeri mahkemelere kendiliğinden rapor iletme alışkanlığına sahip görünen MİT'in, kendisini bu yasakla bağlı saymadığı anlaşılmaktadır.

MİT Müsteşarlığından *"savcıya kaynak, hâkime kanaat vermek maksadıyla"* Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı'na sunulan bir yazıda şöyle denmektedir:

"Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı'nca tutuklanmış bulunan Prof. Muammer Aksoy'un 1967 yılında, Batı Berlin Üniversitesi'nde misafir bulunduğu sırada Şubat 1967 ayında Avrupa'nın muhtelif ülkelerinden Batı Berlin'e gelen komünistlerin Kuzey Vietnam için yaptıkları miting ve yürüyüşlere, Akşam gazetesi dış politika yazarı Ali Sirmen ile birlikte katıldıklarını gösterir resimler savcıya kaynak, hâkime kanaat vermek maksadıyla

(56) 30.11.1984 tarih, 84-1022/2607 s. yazı (*Bursa Barosu Dergisi*, Haziran 1985, sayı 24, s. 35-37). Bu işlem, Bursa İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (E. 1983/839, k. 1985/324, Kt. 22.5.1985).

(57) Dilekçe metni: *Cumhuriyet*, 17.5.1988. Dava sonunda Danıştay 10. Dairesi Mit raporundaki iddiaları "kişilik haklarına tecavüz" sayarak, Başbakanlığın 40 milyon liralık tazminat ödemesine karar vermiştir. (*Cumhuriyet*, 25.4.1989).

ilişikte sunulmuştur. Mezkûr yürüyüş, kuzey Vietnamlıların Amerikalılara karşı savaşlarını büyük bir insanlık mücadelesi olarak göstermek, sosyalizm ve komünizmin Avrupa'da yayılması için gençleri eyleme çağırmak amacıyla düzenlenmiştir. Bilgilerinize arzederim.

Korgeneral Nurettin Ersin (58)

İşin bir başka vahim yönü, güvenlik soruşturmalarının, çok dar bir alan dışında, yasal dayanağının da bulunmayışıdır. Gerçekten de, 22.7.1981 tarih ve 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşların Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması hakkında Kanun gibi, sadece özel güvenlik örgütlerine alınmaları, ilgili kuruluşlarca istenen personel hakkında güvenlik soruşturmasını öngören çok sınırlı kural dışında (md. 15), güvenlik soruşturmaları bakanlar kurulu kararlarına (59), genelgelere (60) ve yönetmeliklere (61) yaslanmakta, yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadırlar (62). Nitekim, bunların sonuncusu olup bugün yürürlükte bulunan 8.3.1990 tarihli Yönetmelik'te "Dayanılan Kanun" hanesi boş bırakılmıştır.

Üstelik bunlar çeşitli yasa kurallarına da aykırı düşmektedir. TCK md. 1 ve 228, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu md. 18, 48, 54, 59, 98, 1475 sayılı İş Kanunu md. 25 bunların başında gelir (63).

Birtakım anayasa hükümleri açısından da aykırılık belirgindir. Özellikle eşitlik (md. 10), temel hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanabilmesi (md. 13), maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı (md. 17), özel hayatın gizliliği (md. 20), düşünce ve kanaat özgürlüğü (md. 25), suçsuzluk karinesi (md. 38), çalışma hakkı (md. 49), kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilememesi (md. 70) gibi hükümler bunların en önde gelenleridir.

Çeşitli makamlara ve hatta mahkemelere gönderilen güvenlik raporları yurttaşların özel ve mesleki yaşamlarını derinden etkileyici so-

(58) No: 292891, tarih 6.8.1971 (akt. M. AKSOY, "Güvenlik Soruşturması...", s. 113).

(59) Örneğin, 30.3.1964 tarih ve 6/2860 sayılı (İ. İnönü hükümeti) ve 15.9.1972 tarih ve 7/5205 sayılı (F. Melen hükümeti) Bakanlar Kurulu kararları. Sonuncusu, 5.3.1974 tarihinde kaldırılmıştır.

(60) 15.1.1981 tarihve 383/2300 sayılı Başbakanlık genelgesi (B. Ulusu hükümeti).

(61) 4.3.1986 tarih ve 1986/10438 sayılı Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği; 8.3.1990 tarih ve 90/245 sayılı Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği.

(62) Kaynaklar: G. DİNÇ, *Güvensizlik Üçgeni*, Say yay., İstanbul 1987; H. NEBİLER, *Ben Devletim: Fişlerim*, BDS yay., istanbul 1988; M. ŞEKERCİOĞLU, "GÜvenlik Soruşturması", *Cumhuriyet*, 3.12.1986.

(63) C. BİNİCİ, "Güvenlik Soruşturması", *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 1986, s. 42-51.

nuçlar doğurdukları halde, yurttaşların bunlardan haberdar olmaları ve kendilerini savunabilmeleri kolay değildir. Ancak istisnai olarak dışa sızdırılan (N. Ürûğ raporu) ya da dava dosyalarına konan raporlar hakkında bilgi sahibi olunabilir. Bu *"gizlilik örtüsü"*, güvenlik soruşturması ağının kişi hakları ve özgürlükleri üzerinde kurduğu baskıyı daha da koyulaştırır. Sistem hem baskıcıdır, hem de saydamlıktan yoksundur. Oysa, hukuk devleti ilkesini benimsemiş batı demokrasilerinde, bazı istisnalar dışında bu tür mekanizmalar bulunmadığı gibi, yurttaşların kendilerini ilgilendiren konularda devletin sahip olduğu bilgileri sorma ve öğrenme hakları vardır. *"İdare'nin saydamlığı"* (transparence administrative) ilkesi bunu gerektirir. Türkiye'de idare saydam olmadığı gibi, idari yargılamada bile gizli raporların bir tür erişilmezliği vardır. Şöyle ki, bir MGK yasası olan İdari Yargılama Usulü Kanununa göre (md. 20), Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerince *"getirilen veya idarece gönderilen gizli belge ve dosyalar taraf veya vekillerine incelettirilmez. (64)"*

Öteyandan, gelişigüzel fişlenmek ve "sakıncalı" sayılmak son derece kolay, bunları değiştirebilmek ise hemen hemen imkânsızdır, en azından çok zordur. Bugüne kadar, konuya eğilmiş olan Ecevit hükümeti (1974) dahil hiçbir dönemde bu raporların gözden geçirilmesi ve ayıklanması yoluna gidilmemiştir. Bunlar yıllardan beri birikerek günümüze kadar aktarılmıştır.

İdare-yurttaş ilişkilerinde gizli raporlardan doğan haksızlıkların giderilmesi de zor ve zaman alıcıdır. Ellerinde yeni tarihli pasaport bulunan yurttaşların, haklarında *"tahdit"* olduğu gerekçesiyle sınır kapılarından geri çevrilmeleri pek olağandır. Bir ev kadınının polis tarafından *"gizli fuhuş"* yaptığı iddiasıyla fişlenmesi kolaydır, bunun sildirilebilmesi ise idare mahkemesinde dava açmayı gerektirir (65). Sıkıyönetim Komutanlarının *"sakıncalı"* saydıkları kişilerin görevlerine son verme kararı almaları ve bunu uygulatmaları da gayet kolaydır; buna karşılık yine Sıkıyönetim Komutanının *"sakıncalılık durumu"*na son verme kararları bazı idare makamlarınca gözardı edilebilmiştir (66). Hatta, bunların görevlerine döndürülmeleri için yeniden güvenlik soruşturması raporu istendiği de olmuştur (67).

Bu yöntemlerle *"sakıncalı"* sayılan insanların sayısı hakkında kesin bilgi edinme olanağı yoktur. Bu da *"idarenin saydamlığı"* ilkesinin yokluğunu gösterir. Ama yine de bazı yarı resmi tahminler basına sızdırılmıştır. Bu kaynaklara göre, MİT ve Emniyet Genel Müdür-

(64) Kanun No 2577, kt. 6.1.1982 (KG. 20.1.1982-17580).
(65) bkz. *Nokta*, 11.1.1987, s.60-61.
(66) Doç. Dr. Güney Gönenç'in durumu (bkz. *Milliyet*, 14.4.1988)
(67) *Milliyet*, 14.4.1988

lüğü birimleri tarafından güvenlik soruşturması (işe girme, yurt dışına çıkma, vb.) çerçevesinde oluşturulan fiş ve dosya sayısı 1 milyon 700 bin kadardır. Bunların 700 bininin öğretmen-öğrenci, 300 bin kadarının pasaport isteyenler, diğerlerinin de kamuda çalışanlara ve yakınlarına ait olduğu tahmin edilmektedir. Güvenlik soruşturması çerçevesine girmeyenlerle birlikte toplam fişli yurttaş sayısı ise, Emniyet yetkililerinin tahminlerine göre 4,5 milyon dolaylarındadır. Fişlenen aşiretlere bağlı 2 milyon kadar yurttaş bu sayının içindedir. Siyasal ve sosyal amaçlı toplantılarda video, fotoğraf gibi yollarla saptananlar ile, gözaltına alınanlar hakkında oluşturulan fişler de burada yer alır. Fişlenen yurttaş sayısının 1974'de 40.000 dolayındayken, o tarihten günümüze 43 kat arttığı ileri sürülmüştür. Bugün kaba bir tahminle, her 12 Türk yurttaşından birinin devlet tarafından fişlenmiş olduğu söylenebilir (68).

Tablo ve rakamlar bir "hukuk devleti" için ürküntü vericidir. Üstelik bunlar, Özal hükümeti sözcüsü Hasan Celâl Güzel'in "yumuşatma yönetmeliği" adı altında kamuoyuna sunduğu ama Resmi Gazete'de yayımlanmayan *Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği*'nin (69) çıkmasından 1 yıl sonrasına aittir.

1985 sonrasında bu alanda çeşitli girişimlerde bulunulduğu doğrudur. Ancak bunların "yumuşatıcı" karakterde olduğu iddiası yanıltıcıdır: Olumlu görünenler kadar, olumsuz çalışmalar da vardır. Örneğin, yukarda anılan Yönetmeliğin çıkmasından sonra İçişleri Bakanlığı'nın *Genel Bilgi Toplama Dairesi*'nce yürütülen çalışmalarda bir proje oluşturulmuştur. Buna göre, gözaltına alınanlar mahkeme önüne çıkarılmasalar ya da aklansalar bile fişlenecek, *"takip ve kontrol"* altında tutulacaklardır. Çalışma metninde *"sakıncalı kişi"*nin yanısıra, *"serseri"* ve *"şüpheli"* diye iki kategori daha öngörülmüştür. Buna göre, *"hiçbir geçim vasıtası bulunmayan, çalışmaya kudreti bulunduğu halde bir kazanç sağlamayan, bir sanatla meşgul olmayan, iş bulmak için bu süre içinde bir çaba gösterdiğini belgeleyemeyen, şurada burada dolaşan kişiler"* serseri olarak nitelenmektedir. *"Şüpheli"* tanımı da şöyledir: *"Genel kolluk kuvvetlerince, suç işlemesinden kaygı duyulan veya işlenen bir suçtan dolayı kendisinden kuşku duyulduğu halde hakkında yeterli kanıt bulunmayan kişiye şüpheli denir"*. Haklı olarak *"ülke çapında büyük gözaltı"* diye nitelenen bu durum (70), ikinci sınıf yurttaş kategorisini *"serseri"* ve *"şüpheli"* kişiler gibi kategorilerle daha da yaygınlaştırmış bulunmaktadır.

(68) H. NEBİLER, "Güvenlik Soruşturması", *Cumhuriyet*, 14-15.3.1988; *Ben Devletim; Fişlerim*, s. 16.

(69) 4.3.1986 günlü ve 1986/10438 sayılı *Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği*'nin metni *2000'e Doğru* dergisince (27 Eylül/3Ekim 1987) kamuoyunun bilgisine sunuldu.

(70) *Milliyet*, 10/9/1986; *Cumhuriyet*, 11/9/1986.

Bundan sonraki tarihlerde ise, Emniyet Genel Müdürlüğü'ndeki fişlerin gözden geçirilmesine ve ayıklanmasına başlandığı bildirilmiş (71) ve 1790 kişi hakkındaki fişin iptal edildiği açıklanmıştır (72). Başbakan Özal da, 21 Mart 1988 tarihli basın toplantısında eski fişleme sisteminin kaldırıldığını, sadeleştirilen yeni güvenlik soruşturmasının *"arşiv araştırması"* ve *"güvenlik soruşturması"* diye ikiye ayrıldığını, kamuda görevliler hakkındaki soruşturmanın kapsamının daraltıldığını, güvenlik soruşturmasının 18 yaşından büyükler için yapılacağını, geriye doğru en çok 10 yıllık bir geçmişi alacak biçimde uygulanacağını, akraba ve yakınların suçluluk durumunun ölçü alınmayacağını söylemiştir (73). Başbakana göre, gözaltına alınmış ve haklarında bilgi fişi yapılmış kişilerden şu iki kategoriden birine girenlerle ilgili fişler 17 Mart 1988 tarihinden itibaren tamamen ortadan kaldırılmış bulunuyordu:

"1. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri hakkındaki kanuna muhalefet veya öğrenci olaylarına karışmaktan dolayı gözaltına alınıp adli makamlara intikal ettirilmelerine gerek görülmeyenlerden serbest bırakılanlar,

2. Herhangi bir suçla ilgili olmadıkları halde şüphe ve her türlü ihbar veya isim benzerliği gibi sebeplerle gözaltına alınarak adliyeye gönderilmeyip serbest bırakılanlar..."

Güvenlik soruşturması konusunda pozitif hukuktaki son durum nedir? 4.3.1986 tarih ve 1986/10438 sayılı Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği, Resmî Gazete'de yayınlanmadığı gerekçesiyle Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1989 tarihli kararıyla iptal edilmiştir (74). Bunun üzerine Bakanlar Kurulu yeni bir Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği çıkarmış ve yayınlamıştır (75). Ancak, yukarda da değinildiği gibi bunun yasal dayanağı yine yoktur; nitekim "Yönetmeliğin dayandığı kanun" hanesi boş bırakılmıştır. Yönetmelik, buraya kadar sıralanan keyfilik ve insan hakları ihlâllerini gidermek şöyle dursun, bir kez daha perçinlemektedir. Bir kere "Amaç" ve Kapsam", yalnız "gizlilik dereceli yerlerde çalıştırılacaklar" için değil, bütü kamu personelinin "atama ve yer değiştirmeleri"ni de içine alacak şekilde geniş tutulmuştur (md. 1 ve 2). Ayrıca gerek "Arşiv Araştırması" gerekse "Güvenlik Soruşturması"nda ilgilinin "istihbarat üniteleriyle ilişiği" araştırılıp soruşturulmaktadır. Bu yüzdendir ki, "Personel Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Formu"nda ilgilinin üye olduğu dernekler bile araştırıldığı gibi, suçlu

(71) *Cumhuriyet*, 14.4.1987.

(72) *Cumhuriyet*, 21.3.1988.

(73) *Cumhuriyet*, 22.3.1988.

(74) A. Ü. AZRAK, "İdare Hukuku", *Ana Yıllık 1990*, Ana Yayıncılık/ Encycloaedia Britannica, s. 209.

(75) 8.3.1990 tarih ve 1990/245 sayılı Yönetmelik (RG. 13.4.1990-20491).

olarak mahkemeye davet edilip edilmediği, hakkında bir iddianame düzenlenip düzenlenmediği de sorulmaktadır. Güvenlik Soruşturmasında, ilgilinin "yıkıcı faaliyetlerde bulunan yerli ve yabancı dernek, grup, klüp, teşkilat ve benzeri teşekküllere üye olup olmadığının veya bu çeşit kuruluş mensupları ile sıkı bir ilişki içinde bulunup bulunmadığının, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'a ve Atatürk ilke ve inkılaplarına aykırı davranıp davranmadığının araştırılması" istenmektedir (md. 10). Arşiv araştırması 4 yılda bir, güvenlik soruşturması da 7 yılda bir yenilenecektir (md. 9). elde edilen bilgiler ilgilinin göreve alınıp alınmamasına etkili olmakta, bunlar "bakanlıklarda müsteşarın, diğer kamu kurum ve kuruluşlarında en üst amirin, üniversitelerde rektörün, illerde valinin başkanlığında, personel birim amiri, hukuk müşaviri, varsa güvenlik işlerinden sorumlu birim amirinden müteşekkil Değerlendirme Komisyonu'nca incelenmektedir (md. 15). Dahası, "Araştırma Formu"nun ilgili tarafından "kasıtlı olarak noksan veya yanlış cevaplandırılmış" olması, "işten çıkarılma(k) için kâfi bir sebep teşkil edeceğinden", devlet memuriyetinden çıkarılmada yeni bir usul daha yaratılmış olmaktadır.

Görüldüğü gibi, yapıldığı ileri sürülen "yumuşatmalar" fişleme ve güvenlik soruşturması sisteminin temellerine ilişkin değildir. Güvenlik soruşturması yine devam etmektedir, "fişleme" terimi yerini "arşiv araştırması" (MİT, Emniyet raporları) terimine bırakmış, sadece isim değiştirmiştir. Bazı fişlerin iptali, soruşturulan kişiyle ilgili yaş sınırlaması, fişlerin 10 yıl bir geçmişten fazlasını kucaklamaması, başkalarının suçluluk durumundan dolayı fişlenmeme gibi noktalar işin özündeki sakatlığı ortadan kaldıracak çapta atılımlar değildir.

Dolayısıyla, güvenlik soruşturması sistemi, kamu görevlileri ve adayları için bir "polis devleti" ağı oluşturmaya devam ettiği gibi, insan onuruna ve kişilik haklarına olan etkilerini de sürdürmektedir. Çünkü sistem esasta yine gizli güvenlik raporlarına ve fişleme usulüne dayanmaktadır. Hakkındaki MİT raporunu "Kişilik haklarına saldırı", "şeref, haysiyet ve meslek onuruna gölge düşürücü" sayan ve bu nedenle dava açan eski Genel Kurmay Başkanının yakınmaları bu açıdan çok öğreticidir(76). Bu haklı şikayetlere eklenebilecek tek nokta, *"herkes*in onurlu ve huzurlu yaşama hakkı"na sahip olduğu, ülkemizde ise yüzbinlerce insanın bu güvenceden yoksun bırakıldığıdır.

(76) Sözkonusu dava dilekçesinde, "çirkin iftira ve suçlamalar" dan doğan "çok ağır manevî zarar" ve "ağır hizmet kusuru"ndan söz edilip, "Müvekkilimizin anayasanın güvencesi altında bulunan *onurlu ve huzurlu yaşama hakkı*, onarılması güç şekilde ihlâle uğramış, kişiliğine ve manevî varlığına yönelen bu çok haksız ve hiçbir insaf ölçüsüne sığmayan saldırı yüzünden derin bir elem ve acıya garkolmuş, ruh sağlığı bozularak ruhsal sarsıntı ve bunalım içine girmiştir" denmekteydi (Dilekçe metni: *Cumhuriyet*, 1.3.1988 ve 17.5.1988).

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, ikisi birlikte, insanın yasayla belirli ve sınırlı durumlar dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmaması demektir. Burada iki kilit nokta, gözaltına alma ve tutuklama işlemleridir. Kolluk güçlerinin belli koşullarda kişileri yakalama ve gözaltına alma yetkisi vardır. Ancak gözaltı süresi yasayla sınırlanmıştır. Bunun bitiminde, gözlatına alınmış kişinin salıverilmesi ya da tutuklanması istemiyle yargıç önüne çıkarılması gerekir. Tutuklamaya ancak yargıç ve o da belli koşullar varsa karar verebilir.

1) GÖZALTI

Gözaltı süresinin sınırı batı hukuklarında 24 saat ile 48 saat arasında değişmektedir. Toplu olarak işlenen suçlarda bu sürelerin daha da uzun tutulduğu olur. Bizde bu süreler sırasıyla 48 saat ve onbeş gündür; olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş halleri için daha da uzun tutulabilir (AY md. 19).

Türkiye'de normal zamanlarda gözaltı uygulamasında dikkati çeken birinci nokta güvenlik güçlerinin bu yola gittikçe daha sık ve kolayca başvurmalarıdır. Gezi düzenleyen dernek üyesi üniversite öğrencileri (1), yemek boykotu yapan işyeri temsilcileri ve sendikacılar (2), dernek kuran ya da bunun için mücadele eden ya da dergi çıkaran üniversite öğrencileri (3), komünizm propagandası yaptığı ileri sürülen 15 yaşındaki bir çocuk, TCK 163 açısından bile suç oluşturmayan "Ben laik ve Atatürkçü değilim" sözlerinden dolayı bir belediye başkanı, yazıları dolayısıyla ifadelerine başvurulmak istenen yazarlar, FAO'dan "yiyecek yardımı" isteyen memurlar, düdüklü protesto yapan kadınlar kolayca gözaltına alınabilmişlerdir.

Korku ve güvensizlik yaratan bir nokta da, gözaltına alınan kişinin yakınlarına genellikle haber verilmemesidir. Bu yüzden de anababalar ve yakınlar, hastane, nezaret, morg arasında gelip gitmek zorunda kalırlar (4). Kimi zaman savcılar bile, polisce yakalanan kişi bir

(1) "30 Öğrenciye Gözaltı", *Milliyet*, 27.3.1987.

(2) "Yemek Yemeyene Gözaltı", *Yeni Gündem*, 9-15 Kasım 1986.

(3) 1987-1988 yıllarında bu nedenle gözaltına alınan öğrenci sayısı 2000 civarındadır (*Cumhuriyet*, 4.1.1989, s. 6).

(4) bkz. S. ÇEKMECİ, "Bir Ananın Gözüyle insan Hakları", *Türkiye'nin Sorunları Dizisi* 2, Alan yay., istanbul 1987, s. 164-165.

süre sonra önlerine getirildiğinde durumdan haberdar olmaktadır. Özellikle toplu olarak işlendiği ileri sürülen suçlarda 15 gün süreyle bir kişinin bu yoldan ortadan kaybedilmesi çok sık rastlanan bir durumdur. Gözaltına alınanlardan bazılarının izlerine daha sonra rastlanamaması, işin ciddiliğini daha da arttırmaktadır (5). Bu korkutucu uygulama kısmen güvenlik güçlerinin zihniyet ve yetiştirilme biçiminden, kısmen de denetimsizlikten kaynaklanmaktadır.

Ne var ki, anayasal ve yasal düzenlemeler de bunlara kapı açmaktadır. "Yakınlara bildirme"yi derhal yerine getirilmesi gereken ve istisna tanımayan bir buyruk olarak düzenlemiş olan 1961 Anayasasından farklı olarak bugünkü Anayasa bu konuda keyfiliğe açık bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, "Yakalanan veya tutuklanan kişinin durumu, *soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının gerektirdiği kesin zorunluluk dışında, yakınlarına derhal bildirilir*" (md. 19/6). Burada, "bildirme yükümlülüğünün askıya alınması" neyle ilgilidir? Yalnız yakalanma ve soruşturmanın *nedenleri* ile mi, yoksa yakalama *olayının kendisi* ile mi? Bir başka deyişle, polis, kişinin yakalanıp gözaltına alındığını bildirmek yükümlülüğünden de kurtulmakta mıdır? Maddenin yazılış biçimi bu konuda pek net değildir ve keyfilik kapısı biraz da buradan açılmaktadır. Maddenin gerekçesinden anlaşılan, "sakınca" sözcüğü ile anlatılmak istenenin, yakalama ve gözaltına alma olayının kendisi ile değil, bunun nedenleri ve içeriği ile ilgili olduğudur. Bu yorum benimsendiğinde, yakalanma durumunu bildirme zorunluluğunun istisnası yoktur; ancak, belli durumlarda yakalanma ve gözaltına alınma *nedeni* bildirilmeyebilecektir. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ise, "soruşturma konusunun açığa çıkması bakımından kesin bir mahzur doğmuyorsa, kişinin yakalandığı yakınlarına derhal duyurulur" (md. 13) hükmüyle, yakalanma olayının bildirilmesini bile bu istisna içine çekmiştir. Maddeye anayasadaki sınırlama nedeni aynen alınmış, ama bu ölçüt yakalama ve soruşturma nedenleriyle ilgili olarak değil, *"yakalamayı bildirme"* görevinin istisnası biçiminde kullanılmıştır. Bir başka deyişle, kişinin suçlandığı durumun yakınlarına bildirilmesiyle ilgili istisna, kişinin yakalandığının bildirilmesiyle ilgili alana taşırılmıştır (6).

Gözaltı rejiminin, bir başka sakıncası, *"susma hakkı"* ile avukata danışma hakkının bulunmayışıdır. Gerçi başka ülkelerde de "danışma" konusunda bazı sınırlamalar vardır ama bunlar çok istisnaî bir alanla (terörizm suçları, vb.) ilgilidir (7). Yasalar ya da teamül bu hakkı kural

(5) bkz. yuk. I, dn, 22'deki kaynaklar.

(6) Akın ATALAY, "Hukukumuzda Yakalanan ya da Tutuklanan Kişinin Yakınlarına Haber Verilmesi" (yayımlanmamış inceleme).

(7) Fransa'da 17 Temmuz 1970 tarihli yasa buna örnektir (R. ERRERA, *L'abandon des libertés*, 3 è éd., Seuil, Paris 1975, p. 19).

olarak sanık ya da zanlıya tanımaktadır. ABD'de bu hak, doğrudan doğruya Yüksek Mahkeme'nin içtihatlarından doğmuş ve kurallaşmıştır (8). Türkiye'de ise, sanığa soruşturmanın her aşamasında avukat yardımına başvurma hakkı tanıyan yasa kuralına karşın (CMUK 136), hazırlık soruşturmasının gizliliği öne sürülerek, gözaltındakilerin bu olanaktan yararlanması sürekli engellenmiştir. Ne idare ne de yargı bu konuda olumlu bir katkı sağlayabilmiş, sorunun çözümü yasamadan beklenmiştir (9). Oysa bu konuda zaten yasada bir ilke vardı ve önemli olan bunun uygulamada somutlaştırılmasıydı. Başbakan T. Özal imzasıyla Adalet Bakanlığı'na gönderilen 26 Eylül 1986 tarih ve 08-3-383-18887 sayılı genelge bunun gereğini yerine getirmiştir. Ne var ki burada bile "görüşme" gözaltındaki kişinin talebine, zabıtanın bunu savcılığa iletmesine ve savcının iznine bağlı tutulmuştur. Bu yüzden de uygulamada, polis ve savcıların olumsuz tutumları nedeniyle görüşme ve güvenlik ortamı sağlanamamaktadır.

2) TUTUKLAMA

Gözaltına alınan kişiyi belli süre geçtikten sonra salıverme ya da tutuklanması istemiyle yargıç önüne çıkarma zorunluluğu da *("kişi güvenliği"* ilkesi ya da *Habeas Corpus)* beklenen yararları sağlamaya yetmemektedir. Bir kere yargıçlar kolayca tutuklama kararı almaya alışmışlardır. Öyle ki, bu kararlar adeta formalite olarak verilmekte, sanık, en azından duruşmaya çıkıncaya kadar özgürlüğünden yoksun kalmakta, bu da pek doğal sayılmaktadır. İstatistikler de bu durumu ortaya koyuyor. Cezaevlerini dolduranların 1967'de % 48'i, 1968'de %46'sı tutuklu idi. Buna karşılık bu tutukluların mahkum olanları, toplam tutukluların ancak % 7 veya % 8'i kadardı. Demek ki tutuklanan kişilerin % 92 ya da % 93'ü beraat etmişti. Bu oranlar, adlîye yargıcının bu kuruma dikkatsizce başvurduğunu ortaya koymaktadır (10). Askerî yargıda (sıkıyönetim mahkemeleri) durum daha da vahimdir; tutuklu yargılanmak sanki bir kuraldır. Böylece, "koruyucu bir önlem" olan tutuklama, uygulamada peşinen ve haksız olarak çektirilen bir cezaya dönüşmüştür.

(8) *Escobedo v. Illinois*, 378 US, 473 (1964); *Miranda v. Arizona*, 348 US 436 (1966).

(9) Yargıtay eski başkanı A. Coşar, hazırlık soruşturmasının gizliliğinin terkedilmesi, avukatın bu aşamada da görev yapabilmesi gereğine işaret etmiştir ("1988-1989 Adalet Yılını Açış Konuşması", *Bursa Barosu Dergisi*, Ekim 1988, sayı 33-34, s. 18)

(10) Ö. TOSUN, *Suç Muhakemesi Hukuku*, İÜHF yay., İstanbul 1981, s. 697; "Tutuklama Kararları ve Sanığın İtiraz Hakkı", *Milliyet*, 23.5.1979.

Sanıkların kaçmalarını ya da delilleri karartmalarını önleme gibi gerekçelerin ileri sürülemeyeceği durumlarda verilen tutuklama kararları da iç ve dış kamuoylarını şaşkınlığa sürüklemektedir. Kendi istekleriyle yurda dönen parti liderleri, bir panele katılanlar, basın yoluyla suç işlediği ileri sürülen kişilerle ilgili davalarda verilen tutuklama kararları bunlara örnektir. Gerçi, kaçma ya da delillerin karartılması gibi olasılıklar olmasa bile, ağır cezayı gerektiren suçlardan biri yüzünden yargılanmak yine ve tek başına tutuklama sebebi olabilir (CMUK 104). Ama bu konuda yargıcın yine de bir takdir yetkisi vardır; ve bu yetkinin genelde sanıklar lehine kullanılmadığı ortadadır.

Ceza yargılaması hukukunun tutuklamayı kolaylaştıran özelliklerinden biri de, suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtilerin bulunmasının, tutuklama için yeterli sayılmasıdır. Öyle ki, "yeterli delili" göstermek gerektiğinden dava açmak nisbeten zor, "kuvvetli emare" (belirti) ile yetinmek mümkün olduğundan, tutuklatmak ya da tutuklama kararı vermek nisbeten kolaydır (11). Böylece, delili elde edemediği için dava açmakta zorlanan savcı, suçun işlendiğine dair "emareler" bulunduğunu ileri sürerek tutuklama isteminde bulunabilir (12). Uygulamada da, başta sıkıyönetim mahkemeleri olmak üzere, bu yola sık sık başvurulmaktadır.

Tutuklama kolaylığı ve sıklığı kişi güvenliği açısından bir tehdittir; bu tehlikenin yargıçtan gelmesi işin özünü değiştirmez. Yabancı gözlemcilerin Türkiye'deki "normalleşme" ölçüleri içinde yeralan "salıvermeler" ise, sanığı geçici olarak özgürlüğüne kavuştursa bile, bir güvence değildir (13). Çünkü herkesin her zaman bir suç belirtisi nedeniyle tutuklanması mümkündür.

Tutuklulukta geçen süre de, gerek kişi özgürlüğü ve güvenliği, gerekse hukuk devleti ilkesi açısından duyarlı bir konudur, bir barometredir. Tutukluluk süresinin mâkul olması, "adil yargılanma" hakkının da bir parçasıdır ve ilerde "Yargı" bölümünde daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Burada birtakım ön saptamalardan sonra Türk uygulamasına bir gözatmak yeterli olacaktır.

Mâkul tutukluluk süresinin kesin ve evrensel bir ölçüsü yoktur. Bu ölçü ülkeden ülkeye ve hatta olaydan olaya değişiklik gösterir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Divanının görüşleri de bu yöndedir. Şu var ki Divan, her olayı kendi bağlamı

(11) CMUK md. 104 ve 148 (2306-1985)

(12) E. ÜNEN, "Anayasa Kanunu, Anayasa Hukukuna Aykırıdır", *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/1, s. 45-49; "Bütün tutuklama kararları Anayasaya aykırıdır", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 6, Sayı 3, 1987, s. 30-34.

(13) Bu tür bir "ilerleme" anlayış ve ölçüsü için bkz. "ABD Dışişleri Bakan Yardımcısı E. Abrahams'ın Özel Demeci", *Cumhuriyet*, 28.3.1984.

içinde incelediği durumlarda birtakım ilginç sonuçlara da varmamış değildir. Örneğin, 26 aylık ve 24 aylık tutukluluk sürelerinin "mâkul" sayılamayacağı ve AİHS'nin md. 5/3 hükmünün ihlâli sonucunu doğurduğu *Neumeister* ve *Stögmüller* kararlarında saptanmıştır (14). Özellikle son 20 yılda pek çok Avrupa ülkesinde, bu kararların da etkisiyle, tutukluluk sürelerini sınırlayan yasa değişikliklerine gidilmiştir. Örneğin Federal Almanya'da bu sınır adi suçlar için 6 ay, tedhiş suçları için de 1 yıl olarak belirlenmiştir (15).

Tutuklama kurumunun alabildiğine kullanıldığı Türkiye'de ise, tutuklulukta geçirilen süreler de çok uzundur. 12 Eylül 1980 müdahalesinden 7 yıl sonra bile hâlâ 1000 kadar tutuklu sanık vardı (16). Çoğu kez sırf iddianamenin hazırlanması ve mahkeme önüne çıkabilmek için bile yılların geçmesi gerekir. Örneğin, İstanbul 2 No'lu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesinde görülen bir davada iddianamenin düzenlenmesinden sonra ilk oturumun yapılabilmesi için 1 yıllık bir sürenin geçmesi gerekmiştir. Savcı 37 sanık hakkında beraat istediğinde ise, bunların tutuklu kaldıkları sürenin ortalaması zaten 4 yıl 8 aydı (17). Bazan, tutuklu sanıkların yargılanacakları mahkemenin belirlenebilmesi için aylar geçmesi gerekir. Çok defa, tutuklulukta geçen süreler verilebilecek cezaların tavanını aşar. Uzayan tutukluluk süreleri ve bitmek bilmeyen davalar yüzünden tedirginlik o derece büyüktür ki, nihayet alabildikleri bir mahkûmiyet kararını sırf tahliye olabilmek için temyiz etmeyenler olmuştur (18). Sanık sayısının fazlalığı tutuklulukların uzun sürmesinin gerekçesi olarak gösterilmekteyse de, nisbeten az sanıklı davalarda da durum başka türlü değildir.

Kişi ve hukuk güvenliği bakımından büyük sorun yaratan bu uygulamalar, yasalarda sınırlayıcı hüküm olmamasından da kaynaklanmaktadır.

Uzun süre tutuklu kalmış sanık hakkında hüküm vermek de kolay bir iş olmasa gerektir. Bir beraat kararı, aylar ve hatta yıllar süren tutukluluğun haksızlığını iyice gözler önüne serecektir. Üstelik hükmü verecek yargıçlar da, çok kez, daha önceleri "tutukluluk durumunun devamına" karar vermiş olanlardır. Öyle olmasa bile, yargıçların şu soruyu kendi kendilerine ya da birbirlerine sormaları olasılı-

(14) *Bilan de la Convention Eurpéenne des Droits de l'Homme*, Conseil de l'Europe, 1975, p. 15-16.

(15) Ş. ALPASLAN, *Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik* (doktora tezi), Teknik yay., İstarbul 1983, s. 178.

(16) *Milliyet*, 11.4.1987.

(17) *Av. Hasan Girit arşivi*, Dosya no 1984/59, "Reddi Hâkim Dilekçesi", 10.3.1988, s.2.

(18) "Tutukluluk Cezaya Dönüştü", *Yeni Gündem*, 10-16 Mayıs 1987, s. 10-18 (özellikle Av. *Rasim Öz*'ün açıklamaları).

ğı yüksektir: "Beraat kararı verirsem(k) sanığın bunca zaman özgürlüğünden yoksun kalmış olmasını nasıl izah edebilirim(z)?" Uzun süren tutukluluklardan dolayı böyle bir sorunun sorulması olasılığının doğması bile, esas hakkındaki kararı gölgeleyici bir unsurdur. Sanığın salıverilmesinden sonraki tarihlerde verilen bazı mahkûmiyet kararlarında biçilen hapis cezalarının, tutuklu olarak geçirilen sürelere çok fazla denk düşmesi de, herhalde basit birer rastlantı sayılamaz.

Ama yine de, yukarda anılan istatistiklerin gösterdiği gibi, uzun süreli tutukluluk durumu, pek çok davanın beraatle sonuçlanmasını engellememektedir. Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinde de uzun yıllar tutuklu kaldıktan sonra beraat eden ya da haklarında savcılık tarafından beraat kararı istenen sanıklar yok değildir. Ancak bu veriler, yukarda ortaya konan kayguları yatıştırmaya yeterli olmadığı gibi, tutukluluk kurumunun kötü kullanıldığını bir kez daha göstermektedir.

Haksız tutuklama sonucunda uğranan maddi ve manevi zararları gidermeye de pek olanak yoktur. En başta, haksız yere ve bir de uzunca süre özgürlükten yoksun kalınmışsa, yaşanamayan özgürlüğü geri verecek ya da karşılayabilecek bir bedel düşünülemez. Gerçi Türk hukuku bu gibi durumlara 1961 Anayasasından ve 1964 tarihli bir yasadan (19) beri duyarsız değildir. Ne var ki, beraat edenlerin aldıkları tazminatlar da insan özgürlüğüne biçilen değeri göstermeleri bakımından hazindir (20).

(19) 466 sayılı ve 7.5.1964 tarihli Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun (RG. 15.5.1964-11704).

(20) Örneğin, 1 yıl 7 ay ve 15 gün tutuklu kalıp beraat eden bir ressam-öğretmene 1989 rakamlarıyla 1.588.873 TL. tazminat ödenmesi uygun görülmüştür (*Cumhuriyet*, 14.5.1989).

III./İNANÇ VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Kişinin, Tanrı ve dinler konusundaki tavır ve davranışları inanç ve din özgürlüklerinin konusunu oluşturur ve bunların koruması altındadır. Burada, alışılagelenin tersine,"din ve inanç" yerine "inanç ve din" sıralamasının yeğlenmiş olmasının gerekçesi şudur: işin "inanç" yanı bireysellik dünyasının en "içerde" ve kaynakta kalan tarafıdır; dinsel pratikler konusundaki tutum ve davranışlar bundan sonra gelir.

Baştan, bir noktanın daha altını çizmekte yarar vardır. İnanç ve din özgürlükleri yalnız inananların ve dindarların değil, herhangi bir tanrısal ya da dinsel inanç taşımayanların da özgürlüğü demektir. İnanan-inanmayan herkesin dinsel pratiklere zorlanmama hakkı da bu çerçeve içinde yer alır. Bu nedenle de "dinsel özgürlük", aslında dinselliği aşan, *dinsel konular*da bir vicdan, kanaat ya da içtihat özgürlüğüdür (1).

Dolayısıyla bu başlık altındaki sorunlar inanan ve inanmayanlar açısından irdelenmelidir. Konular ilkin üç klasik kategori açısından ele alınacaktır: inanç özgürlüğü, dinsel pratik (özellikle ibadet) özgürlüğü, öğrenme, öğretme ve yayma özgürlüğü. Bunları, Türkiye gündeminin iki güncel sorunu izleyecektir: zorunlu din dersleri ve türban sorunu. En sonda da bir genel değerlendirme notuna yer verilmiştir.

1) İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ

Tanrı ve dinler konusundaki seçim, kişinin iç dünyasının en dokunulmaz alanıdır, böyle olmalıdır. Kişi bu konularda dilediği seçimi yapabilir, inancından ötürü kınanamaz, suçlanamaz ve bunları açıklamaya zorlanamaz. Bunlar mutlak olarak korunan değerlerdir. İnanç özgürlüğü, hiçbir tanrısal ya da dinsel inanca sahip olmama, bundan ötürü kınanmama ve ayrıma tâbi tutulmama ve bu konulardaki vicdanî kanaatlerini açıklamaya zorlanamama gibi yine mutlak hak ve dokunulmazlıkları da içerir. Çünkü tanrıtanımazlık ya da dinsizlik de bir inançtır, daha yerinde bir deyimle bir vicdanî kanaattir ve vicdan özgürlüğünün güvencesi altındadır. *"Herkez, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir"* diyen 1961 (md. 19) ve 1982 Anayasası (md.

(1) K. VASAK, "Examen analytique des droits civils et politiques", *Les Dimensions internationales des Droits de l'Homme*, Unesco 1978, p. 178.

24) kuralları bunu açıkça ortaya koyar. Konu Anayasa Mahkemesi tarafından da berraklığa kavuşturulmuştur:

"Laik devlette herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilmekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbesttir. Hiçbir dine itikadı olmayanlar için de durum aynıdır. Laik bir toplumda herkes istediği dine ya da inanca sahip olabilir"(2).

Türkiye'de, *inanma* özgürlüğü açısından ciddi bir *hukuk sorunu* bulunduğu herhalde söylenemez. En azından, çoğunluk mezhebine bağlı olanlar için durum budur. Azınlıktaki din ve mezheplere bağlı kişilerin inanma özgürlükleri üzerindeki bazı baskıların da resmî ve hukukî olmaktan çok, sosyo-kültürel ve belki de ekonomik karakterde oldukları varsayılabilir. Örneğin, bir süreden beri iç ve dış göç sürecine girmiş görünen Süryanilerin durumu bu çerçevede ele alınmaya yatkındır. Öteyandan, zaten uluslararası sözleşmelerin de koruması altında bulunan hıristiyan mezhepler ile, musevilerin inanma ve ibadet özgürlükleri konusunda ciddi hukukî sorunlar bulunduğunu gösteren kanıtlar yoktur (3). Daha küçük boyutlu mezhep ya da dinsel topluluklar da (Yehova Şahitleri, Bahailer, vb.), şimdiye kadar karşılaştıkları birtakım resmî ve hukukî sorunları aşma yolundadırlar (4).

Ayrıca hukukî planda, değişik din ve mezheplere bağlılığın koruyucusu olan özgürlük ve eşitlik ilkelerinin uygulanması yolunda atılan olumlu adımlar da vardır ve bunun onuru da büyük ölçüde yargı organına düşmektedir. Bu konuda iki önemli örnek verilebilir.

Birinci örnek, Anayasa Mahkemesi'nin Türk Ceza Kanunu'nun semavî dinler/semavî olmayan dinler ayrımı yapan ve yalnız birinci kesime girenlere yönelik saldırıları cezalandıran hükümleri (5) ile ilgili kararıdır. Yüksek Mahkeme bu ayrımı, laiklik ve eşitlik ilkelerine ve herkes için tanınan din, inanç ve ibadet özgürlüklerine aykırı bularak iptal etmiştir (6). Bundan sonra yasama organı tarafından yeniden düzenlenen bu maddelerde böyle bir ayrıma gidilmemiş, semavi (göksel) olsun olmasın (ilkel kabile dinleri, Konfüçyüz dini, Tao dini gibi ulusal ya da Budizm gibi evrensel, vb.) bütün dinlerle ilgili inanç

(2) E. 1986/11, K. 1986/26, Kt. 4.11.1986 (AYMKD, sayı 22, s. 314).

(3) Musevilerle ilgili olarak, İngiliz dergisi *The Spectator*'da çıkan ve David Borchard imzalı yazı objektif bir dış gözlem olarak burada anılabilir (Türkçesi: *Milliyet Haftaya Bakış*, 19-25 Ekim 1986, s. 33-37).

(4) Bahai Dinî Cemaati Türkiye Bahaileri Ruhanî Mahfili adına yapılan açıklama için bkz. *Nokta*, 17 Mayıs 1987, s. 52-54.

(5) Türk Ceza Kanununun 175, 176, 177 ve 178. maddelerinin değiştirilmesine dair kanun (No: 3255, kt. 9.1.1966). Yasadaki eski ibare "Devletçe tanınan dinler" şeklindeydi.

(6) E. 1986/11 K. 1986/26 Kt. 4.11.1986 (AYMKD, sayı 22, s. 298 vd.).

ve ibadetler eşit korunma altına alınmıştır (7). Anayasa Mahkemesi kararı sayesinde ulaşılan bu noktanın önemli bir ilerleme olduğu açıktır.

İkinci örnek, Yargıtay'ın Yehova Şahitleri konusundaki içtihatları ve özellikle bunların en yakın tarihli olanıdır. Yüksek Mahkeme, Kutsal Kitap'ın görüş, inanç ve ahlâk anlayışını yaymanın, incelenmesini teşvik etmenin, isteyenlere öğretmenin, inanç ve düşünce özgürlüğü sınırları içinde kaldığına ve TCK md. 163 açısından suç oluşturmadığına, sözkonusu dinsel grupla ilgili bir dava vesilesiyle daha önceleri de işaret etmişti (8). Yüksek Mahkeme bundan sonra, bir ceza mahkemesinin (Ankara DGM), "Yehova Şahitliği bir din değildir (...). Din olmadığından da, dine ve dindara tanınan haklardan, inanmak, inandığının gereğini yerine getirebilmek ve dinin propagandasını yapabilmek haklarından istifade edemezler" şeklindeki kararını bozarken, şu önemli görüşlere yer verdi:

"Din ve vicdan hürriyetinin tabii sonucu olarak mevcut veya sonradan ortaya çıkabilecek dinler arasında ayrım yapılmamış, herhangi bir dine inanıp inanmamak vatandaşın özgür iradesine bırakılmıştır. Bu nedenle kişiler evrensel olsun olmasın herhangi bir dine inanmakta Anayasanın 24/son maddesinde konulan genel sınırlamayı aşmamak kaydı ile serbesttirler. Dini bir görüşte laik ilkelere ve düzene aykırı nitelik taşıyan, iman edilmiş inançlar da bulunabilir. Kişiler bu inançları nedeniyle suçlanamazlar; laik sisteme uygun düşünme ve iman sahibi olma zorunluluğu da yoktur (...). Sanıkların inançla bağlandıkları Yehova Şahitliği ister müstakil din veya mezhep veya tarikat, ister dinsel topluluk kabul edilsin, herhangi dini bir görüş ve düşünce sistemidir ve bu itibarla Anayasanın teminatı altındadır" (9).

Bununla birlikte Türkiye'de inanç özgürlüğüne yönelik hukukî ve fiilî müdahaleler de yok değildir. İnanmaya zorlanmama, inançlarını serbestçe açıklayabilme, bunlar doğrultusunda davranabilme, inançlarını açıklamaya ya da değiştirmeye zorlanmama, bunlardan ötürü kınanmama ve ayrıma tâbi tutulmama ilkeleri açısından olumsuz ya da tartışmalı noktalar vardır: Din derslerinin zorunlu tutulması, nüfus kâğıtlarında din ve mezhep bağının gösterilmesi ve bunun Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasa uygun sayılması (10), devlet kurumlarının (DİB, MEB, TRT) İslâm adına sünnî doktrini yayıp aşıla-

(7) Türk Ceza Kanununun 175 ve 176. maddelerinin değiştirilmesine dair kanun (No: 3369 kt. 20.5.1987; RG. 26.5.1987-19471).

(8) Yrg. 9. CD., 7.5.1979 E. 1979/926 K. 1979/2076 (YKD, c. 5, sayı 7, s. 1102-1104); Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.3.1980, E. 1979/276 K. 1980/115 (YKD, c. 4, sayı 7, s. 1015-1033).

(9) Yrg. 9. CD., E. 1985/2623 K. 1985/3431; *Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, 26.5.1986 E. 1985/9-596 K. 1986/293 (YKD, c. 13, sayı 4. s. 597-620).

(10) E. 1979/9, K. 1979/44, Kt. 27.11.1979 (RG. 13.3.1980-16928).

masının alevîler üzerinde yarattığı tedirginlik, müslüman olmayanların kamu hizmetlerine girme hakkını kullanmaları, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından Valiliklere gönderilen ve son 10 yıl içinde İslâm dininden ayrılıp başka dinlere geçenlerin sayısının ve kimliklerinin "gizli" olarak bildirilmesini isteyen ve bu yönüyle de bir tür "fişleme" izlenimi uyandıran işlem (11), vb. TCK. md. 163 ve "türban sorunu" gibi tartışmaya açık noktalar ilerde ele alınacaktır.

2) DİNSEL PRATİK (İBADET) ÖZGÜRLÜĞÜ

Dinsel özgürlüklerin dışa dönük ve aktif yönü, din buyruklarına ve yasaklarına uyabilme, bunları yerine getirebilme ve bunlara zorlanmama haklarından oluşur. Bunların kucaklayıcı terimi *"dinsel pratik özgürlüğü"*, odak noktası da *"ibadet özgürlüğü"*dür.

İnanç (vicdan) özgürlüğünün mutlak olmasına karşılık bu özgürlükler bütün hukuk düzenlerinde birtakım düzenlemeler çerçevesinde serbesttir. İbadetler, dinsel tören ve âyinler 1961 Anayasına göre kamu düzenine, genel ahlâka ve bunları korumak için çıkarılan yasalara (md. 19/2), 1982 Anayasasına göre de 14. maddedeki esaslara aykırı olamaz (md. 24/2).

Türkiye'de, dinin gereklerini yerine getirme ve ibadet olanakları (tapınaklar, dinsel törenler, hac ziyaretleri, vb.) bakımından durum nedir? Bu sorunun özellikle toplu ibadetler açısından değerlendirilmesi gerekir; çünkü bireysel tapınmalar için zaten bir sınırlama yoktur ve düşünülemez, ama toplu ibadetler bir kamu düzeni sorunu yaratabilirler. Ayrıca toplu ibadet konusunun dindarlar açısından ne kadar önemli bir husus olduğu da hatırlanmalıdır.

Toplu ibadet özgürlüğünün kullanılabilmesi herşeyden önce maddi olanak, zemin ve mekân sorunudur. Türkiye'de bu alanda, cami ve mecsitlerin tasnife tâbi tutulup bunlardan bazılarının başka amaçlarla kullanılmasına karar verildiği (12) günlerden bu yana çok şey değişmiştir. 1927'de 23.705 olan cami sayısı 1986'da 60.161'e ulaşmış olup, bunların 45.024'ü Cumhuriyet döneminde yapılmıştır. Her yıl bunlara ortalama 1600 kadar yenisi katılmaktadır. Şu anda ülkede okul sayısının üstünde cami vardır. Cami yapımı devlet tarafından da desteklenmekte, resmî "Camiler Haftası" düzenlenmektedir(13).

(11) Diyanet İşleri Başkanlığınca Valiliklere gönderilen 65.2/962/172 sayılı yazı (*Milliyet*, 26.10.1990).

(12) Kanun No: 2845, Kt. 15.11.1935.

(13) G. JAESCHKE, *Yeni Türkiye'de İslâmlık*, Bilgi yay., Ankara, s. 65-66; P. ÇAKIROĞLU, "Cami sayısı okulları geçti", *Milliyet*, 3.6.1987.

Kamu görevlileri ile öğrenciler gibi belli bir saat çizelgesine uymak zorunda olanların özel durumları üzerinde de kısaca durmak gerekir. Bazı devlet kuruluşlarının, laik devlet ve hukuk düzeni ile kamu hizmeti kavramlarını bozma pahasına bunlara sağladıkları "kolaylıklar" dikkat çekicidir. Resmi kurumlarda ve öğretim birimlerinde görülen mescit enflasyonu bunun tipik bir göstergesi olup, yalnız Dicle Üniversitesi kampüsünde 7 mescitin bulunduğunun belirtilmesi bu konuda yeterli fikir verir. Kamu binalarında ve bunların bahçelerinde kılınan toplu namazlar bu arada hatırlatılmalıdır. Yine bu kurumlardan bir kısmında ramazan aylarında yemekhaneler çeşitli gerekçelerle kapatılmakta, böylece oruç tutmayanlar bu sosyal hizmetten yoksun bırakıldıkları gibi, oruç tutan ve tutmayan ayrımı bu ikinciler aleyhine su üstüne çıkartılmaktadır. Yine pek çok resmî dairede cuma günleri çalışma saatleri namaza göre ayarlanmaktadır. Bu yöndeki bir genelgenin Danıştay tarafından iptal edilmiş olmasına karşın, özellikle mescidi bulunmayan kuruluşlarda bu fiilî durum artarak devam etmektedir (14).

İbadetin dili konusunda da artık bir müdahale yoktur. Dinin kendi içişlerine haksız ve yersiz bir müdahale olup hiçbir laiklik anlayışıyla da bağdaşmayan arapça ezan yasağı ve türkçe ezan zorunluluğu 1951'den beri kalkmıştır.

Kişinin maddî ve manevî varlığını zedeleyen, kamu düzenine ve genel sağlığa aykırı düşen, bu yüzden de Cumhuriyet döneminde yasaklanmış olan birtakım kanlı ve mazoşist dinsel gösteriler bile bugün serbestçe yapılabilmektedir (15).

Toplu ibadetin önemli unsurlarından olan hac ziyaretleri konusundaki sınırlamalar da kaldırılmış olup, gerek vatandaşların gerekse devlet görevlilerin bu ziyaretleri özel destek bile görmektedir. 1948 yılından itibaren döviz tahsisiyle yeniden başlatılan ziyaretler, o tarihten beri sürekli artmış, döviz sıkıntısı çekilen darlık dönemlerinden de etkilenmemiştir. 1986'da hacca gidenlerin sayısı 54.624 olmuş (16), Suudi Arabistan'ın o yıl güvenlik için koyduğu ulusal kotalar Türk hükûmetinin girişimiyle Türk hacı adaylarına uygulanmamıştır.

Yurt içindeki dinsel ya da yarı dinsel yerlerin ziyaretleri konusundaki kısıtlamalar da artık yoktur. 30.11.1925 tarih ve 677 sayılı kanunla kapatılmış olan türbelerden "Türk büyüklerine ait olan veya yüksek

(14) Danıştay 8. Daire, E. 1975/1933, K. 197 6/672, Kt. 2.3.1976 (akt, İ. H. ÖZAY, *Devlet, İdarî Rejim ve Yargısal Koruma*, İstanbul 1986, s. 29-32). Uygulama için bkz. *Cumhuriyet*, 20.12.1986; *Milliyet*, 14.11.1989; *Cumhuriyet*, 26.11.1990.

(15) Kerbela olayını anmak için yapılan ve çocukların da katıldığı zincirle dövünme, yüzünde yaralar açma biçimindeki kanlı ritüeller buna örnektir (bkz. "Kanlı Tören", *Milliyet*, 25.8.1988).

(16) *Milliyet*, 6.12.1986, s. 11.

bir sanat değeri" taşıyanlar 1950'den itibaren yeniden ziyarete açılmıştır (17).

Kısmen din, inanç ve ibadet kavramları çerçevesinde yeralan tarikatlerin konumu da değişmiştir. Çok partili hayatta bunlar adeta yarı tüzel kişilik kazanmışlar, siyasal pazarlıklara taraf olmuşlar, mensupları da meclis ve hükûmetlere girebilmişlerdir. Bu konuda, ceza hukuku uygulamasında da esneme vardır. 1961 ve 1982 Anayasalarınca özel korunma altına alınan yasalardan olan 677 sayılı kanunun 2. md. sinin tarikatleri yasaklamış olmasına karşın Yargıtay, inanç boyutunu aşmamak kaydıyla "tarikat" sayılabilecek toplulukların da anayasa güvencesi altında olduklarına hükmetmiştir (18). Tarikat olgusu ve özgürlüğü Cumhurbaşkanlarınca da kabul ve tescil görmüştür (19).

Kuşkusuz, ibadet özgürlükleri alanında artık hiçbir sorunun kalmadığı ileri sürülemez. Sırf dinsel ibadet karakteri taşıyabilecek bazı toplantıların "gizli âyin" ya da "laikliğe aykırı" sayılarak basılması, bunlara katılanların gözaltına alınması ve basın yoluyla teşhiri buna örnektir. TCK 163 ile 6187 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanunun salt dinsel karakter taşıyan toplantıları da hedef alan bir uygulama görmesi yanlıştır. Salt dinsel amaçlı toplantılara ya da yanlış bir deyimle "gizli âyin"e katılanların çok defa takipsizlik ya da beraat kararı almaları da dikkat çekicidir ve kolluk güçlerini bu alanda daha dikkatli davranmaya yöneltmelidir. Çünkü yargı önünde aklanma, kolluk güçlerinin, özgürlük ve birey onurunu zedeleyici davranışlarının izlerini silmeye yetmez. Bu bağlamda, örneğin Emniyet yetkililerine dayanılarak aktarılan haberlere göre Türkiye'de 33 bin kişi hakkında "irtica soruşturması"nın açılmış olması (20), inanç ve ibadet özgürlüğü ile ilgili birtakım kuşkuları davet etmektedir.

Din pratiği ile ilgili asıl özgürlük sorunu ise, günümüzde daha çok ibadete zorlanma biçiminde kendini göstermektedir. Bu konudaki baskı ve zorlamalar hem görevlilerden, hem de özel kişilerden gelmek-

(17) 677 sayılı kanunun 1. md.sine ek getiren 4.3.1950 tarih ve 5566 sayılı kanun.

(18) Yehova Şahitleri Davası *(Yargıtay 9. Daire*, E. 1985/2623, K. 1985/3431).

(19) Cumhurbaşkanı K. Evren 15 Şubat 1988'de Arpaçay'da yaptığı konuşmada şöyle demiştir: "Meselâ aynı dine mensup olduğumuz halde *tarikatlarımızı*, ayrı ayrı *tarikata* mensup olmalarımızı bile vesile ittihaz ederler (...). İsteyen istediği şekilde ibadetini yerine getirir; ister getirir ister getirmez. İster o tarikattandır, ister bu mezheptendir. Hangisinden olursa olsun anayasamız buna karışmaz" (abç), Bugünkü Cumhurbaşkanının da tarikat bağları içinde yeralmış olduğu basında ileri sürülmektedir.

(20) *Milliyet*, 23.12.1986.

tedir. Bir valinin alevîleri cami yapmaya zorlaması (21), bir belediye başkanının personel için zorunlu din kursları koyması (22), namaz kılmayanların yurtlara alınmaması (23), bakanlıklarda toplu namaz gösterileri (24), oruç tutmayan öğrencinin yönetici-öğretmenlerce dövülmesi (25), ramazanda içki içen vatandaşların Jandarma komutanı tarafından önce dövülüp, sonra da boyunlarına şişe bağlanarak kasabada dolaştırılması (26), ramazanda sigara içen öğrencinin okuldan uzaklaştırılması, yurtlarda ve resmî dairelerde oruç terörü, yemek yiyenlerin dövülmesi ve hatta öldürülmesi (27) vb.

Bazı yerel yöneticiler de bu baskıyı fütursuzca uygulamaktadır. Oruç tutmayanlara para cezası kesen (28), kahvehaneleri kapatan (29), her perşembe hoparlörle Kuran ve ilahi okutup halka topluca dua ettiren (30), namaz saatinde radyo, teyp çalınmasını ve kahvehanelerde video-TV seyredilmesini yasaklayan (31) belediyeler, muhtarlar ve ihtiyar heyetleri olmuştur.

3) ÖĞRETME VE YAYMA FAALİYETLERİ

İlkin, din öğrenim ve öğretiminin durumuna değinmek gerekir.

1948-1949 öğretim yılında ilkokulların 4. ve 5. sınıflarına yeniden din dersleri konmuştu. Öğrencinin, ancak velisinin isteği üzerine katılabileceği bu dersler okulun kendi öğretmenlerince ve ders saatlerini azaltmamak üzere veriliyor ve sınıf geçme üzerine etkili olmuyorlardı. Fakat, CHP'li Millî Eğitim Bakanı Prof. Tahsin Banguoğlu, kendi deyimiyle "bir hile" yaparak, öğrencinin derse katılması değil katılmaması için velisinin dilekçe vermesi usulünü getirince, dersler de fiilen zorunlu hale geldi. 1949'da İmam-Hatip Kursları ile Ankara'

(21) Tunceli Valisi (*Nokta*, 26.10.1986).

(22) Samsun Belediye Başkanı (*Milliyet*, 5.11.1985).

(23) *Yeni Gündem*, 7-13.12.1986; *Milliyet*, 18.10.1985 ve 29.5.1986.

(24) *Milliyet*, 13.10.1985.

(25) Bitlis Yatılı Öğretmen Okulu (*Milliyet*, 30.4.1988).

(26) *2000'e Doğru*, 14-20.6.1987 (Olay, Denizli'nin Acıpayam ilçesine bağlı Şenyuva kasabasında cereyan etmiştir).

(27) "Oruçsuza da Saygı", *Yeni Gündem*, 17-23.5.1987; *Cumhuriyet*, 14 ve 19.5.1987; *Milliyet*, 24 ve 29.5.1986. Van'da Mehmet Şirin Tekin'in Öldürülmesi Olayı (*Nokta*, 17.5.1987); *Görüş*, Haziran 1987, s. 39.

(28) Konya Doğanhisar Karağa Belediye Başkanı (*Tan*, 20.6.1985; *Nokta*, 7.7.1985, s. 26).

(29) Gebze Beylikbağı Muhtarı (*Cumhuriyet*, 26.6.1988); Afyon Anıtkaya Belediye Başkanı (*Cumhuriyet*, 28.5.1985).

(30) Denizli Çivril Belediye Başkanı (*Miliyet*, 4.10.1985); sonradan İzmir DGM'de yargılanıp aklanmıştır (*Milliyet*, 20.12.1985).

(31) Denizli Yeşilköy Muhtarı ve İhtiyar Heyeti (*Milliyet*, 31.10.1985).

da İlahiyat Fakültesi de açılmıştı (32). DP döneminde bakanlar kurulu din derslerinin ortaöğretime de sokulmasını kararlaştırdı. 1982'ye kadar sözde ihtiyarî, aslında ise zorunlu olan din dersleri bu tarihte samimi ve gerçek niteliğine kavuşarak, ilk ve ortaöğretim için "zorunlu" hale geldi (1982 AY. md. 24). 1949'da İmam-Hatip Kursları şeklinde başlayan uygulama da, sayıları gittikçe artan İmam-Hatip Okulları, Yüksek İslam Enstitüleri ve İlahiyat Fakülteleriyle sürdü. Bugün, İmam Hatip Okullarında okuyan öğrenci sayısı 300.000 dolayındadır (33). Okul ve öğrenci sayısı, "ek bina, derslik ve şube" açılması gibi "enine büyüme" yöntemleriyle çoğaltılmakta, böylece "gizli kontenjan artışı" sağlanmakta, imam hatip öğrencileri de öbür okullarda okuyanlara oranla Bakanlık burslarından daha geniş çapta yararlanmaktadırlar (34).

Kur'an kursları da hızla çoğalmaktadır. Resmî açıklamalara göre Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı kurs sayısı 5197'dir. Öğrenci sayısı "izinsiz" ya da gizli kursların öğrencileriyle 1.5 milyonu bulmuştur (35). Yeni çıkan Kuran Kursları Yönetmeliği cami kurslarına da meşruluk kazandırmakta, ayrıca eskiden yılın tümünde günde 4 saati aşmamak üzere 24 saatlik program uygulayabilen kursları şimdi yılda 32 hafta eğitim yapacak şekilde düzenlemektedir. Yönetmelik, Millî Eğitim Bakanlığının bu kurslar üzerindeki denetimini ortadan kaldırmışsa da, sonradan yapılan bir değişiklikle bu yetki yeniden metne sokulmuştur (36).

Devlet eliyle dini yayma ve öğretmenin öbür yolları, TRT yayınları ile Diyanet İşleri Başkanlığının yürüttüğü faaliyetlerdir. 1950'lerde radyoda "Dinî ve ahlâkî musahabe" saatleriyle başlayan dinsel yayımlar günümüzde, dinî bayramlar ve Ramazan programları dışında haftada ez az iki gün radyo ve TV'den yapılmakta, bunu canlı mevlid ve hac yayınları tamamlamaktadır. Diyanet İşleri Başkanlığı da sürekli büyüme içindedir. Bakanlar Kurulu, DİB'in il müftülüklerinde birer şube müdürlüğü kurabilmesini kararlaştırmıştır (37). Başkanlığın, 1991 bütçe tasarısında payına ayrılan miktar 1 trilyon 223 milyar 270 milyon liradır. Bu miktar; Çalışma Sosyal Güvenlik bakanlığı (139 milyar, 970 milyon) Sanayi ve Ticaret bakanlığı (274 milyar 985 milyon), Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (468 milyar 902 milyon) ve Turizm

(32) G. JAESCHKE, *Yeni Türkiye'de İslamlık*, s. 81-92, 128; M. T. HATİPOĞLU, "Din devletine doğru", *Görüş*, Ağustos 1989, s. 5.

(33) *İslam*, Ekim 1987, s. 12-16; M. T. HATİPOĞLU, *"Sayılarla Din Eğitimi"*, *Cmuhuriyet*, 4.8.1986, 18.11.1990.

(34) *Güneş*, 9.5.1990, 26.10.1990; *Cumhuriyet*, 26.11.1990.

(35) *Cumhuriyet*, 18.11.1990; *Güneş*, 10.10.1990.

(36) Kanun No: 3670, Kt. 25.10.1990 (RG. 28.10.1990-20679)

(37) No: 89/14086 (RG. 16.10.1989-20314).

Bakanlığı (211 milyar 297 milyon) bütçelerinin toplamından (1 trilyon 95 milyar 154 milyon) bile daha yüksektir (38).

Bazı islamcı kesimlerin, dini yayma ve öğretme faaliyetlerinin devlet tekelinde olduğu yolundaki eleştirilerinin de bugün temeli kalmamıştır. Çünkü bu faaliyetler bir yandan devlet büçesinden karşılanmaya devam ederken, öbür yandan toplum katında da serbestçe yürütülmektedir. Tarikatlerin ve özel kuran kurslarının durumuna yukarıda değinilmişti. Asıl önemlisi, basın-yayım ve kitle iletişim araçlarının etkili bir şekilde kullanılabilmesidir. Devlet İstatistik Ensitüsü ile Basın Yayın Genel Müdürlüğünün verdikleri sayılardan, 1978-1987 arasında dinsel yayınların % 226 artış gösterdiği anlaşılmaktadır (39). Sırf Kuran'ın, 600.000'i Diyanet İşleri baskısı olmak üzere yılda ortalama 800.000 sattığı belirtilmektedir (40). İslam kitap fuarları, 34 baskı yapan kitaplar, dinsel kartpostal ve kaset bolluğu, bakanlıklarla DİB'in ve Diyanet Vakfı'nın da desteğiyle gelişen islamcı video ve sinema filmleri, uluslararası bilgisayar ağlarının "islami" haberleşme"de kullanılması da bunlara eklenmelidir.

Dinsel amaçlı örgütlenmeler için de durum aynıdır. Dinsel amaçlı vakıflar ve dernekler hızla artmaktadır. Yalnız, "Süleymancılık eğitimi" yaptığı ileri sürülen Kurs ve Okul Talebelerine Yardım Dernekleri Federasyonu'na bağlı 1019 derneğin bulunduğu İçişleri Bakanı tarafından açıklanmıştır (41). Din Görevlileri Federasyonu da önemli bir baskı grubu durumundadır. Federasyonun başkanı, bireysel ve dünyasal sorunlarda din adamlarından görüş alma alışkanlığını edinen bazı laik basın organlarının sorularını cevaplandırırken, adeta bir "fetva emini" rolü üstlenmektedir (42).

Böylece, devlet ve özel kişilerin, dini öğretme, yayma ve aşılama çabalarının sınırı yoktur. Birinci Cumhuriyetin bazı resmi kişilerinin, "biz her ne şekil ve suretle olursa olsun, memleket dahilinde dinî neşriyat yapılarak dinî bir atmosfer yaratılmasına (...) taraftar değiliz" (43) biçiminde tavır koydukları günler artık çok gerilerde kalmıştır.

Görüldüğü gibi, günümüz Türkiye'sinde, müminler ve çoğunluk mezhebinden olanlar için, inanma, öğrenme-öğretme ve inancının ge-

(38) *Güneş*, 19.10.1990; ***Cumhuriyet***, 6.11.1990

(39) *Cumhuriyet*, 21.1.1987.

(40) *Nokta*, 20.7.1986; ***Milliyet***, 12.12.1986.

(41) *Cumhuriyet*, 7.2.1987.

(42) Başkan İsmail Coşar: "Hacı olsun olmasın islamiyette kesin örtünme hükmü vardır" (*Milliyet*, 3.8.1988, s. 3).

(43) "Hazret-i Muhammed'e Dair" adlı kitabını yayınlatmak isteyen Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'e, Dahiliye Vekâleti Matbuat Umum Müdürü Vedat Nedim Tör tarafndan gönderilen 17.5.1943 tarih ve 653 sayılı resmi yazı (metin: A.F. BAŞGİL, *Din ve Laiklik*, Yağmur yay., İstanbul 1962, s. 12, dn. 3).

reklerini yerine getirme konusunda, sınırlı ve tartışmalı birkaç nokta dışında, bir "insan hakları sorunu" bulunduğu ileri sürülemez; hatta bu hak ve özgürlüklerin zaman zaman kötüye kullanıldığı bile (AY. md. 14) söylenebilir.

Bugünkü Türkiye'nin din ve vicdan özgürlüğü alanındaki asıl sorunu inancın ve ibadetin engellenmesi biçiminde değil, Tanrı'ya ve belli bir dine (hatta mezhebe) inanmaya ve bunun pratiğini yapmaya zorlanma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bunun en kurumsallaşmış biçimi zorunlu din dersleridir.

4) ZORUNLU DİN DERSLERİ

Din dersleri ile vicdan özgürlüğü arasındaki bağı göstermesi bakımından Birleşmiş Milletler'in 1981 tarihli *Din ya da İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlük ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi*'nin metninde (44) dile gelen evrensel ölçü son derece önemlidir: *"Çocuk (...), ana-babasın ya da yasal vasisinin isteklerine karşı din ve inanç öğretimi almaya zorlanamaz"* (md. 5/2). Bunun tam tersini yapan 1982 Anayasasının "din kültürü ve ahlâk öğretimi"ni ilk ve orta dereceli okullarda okutulan *zorunlu* dersler arasına katması (md. 24/4) yanlız laiklik ve laik devlet ilkelerinin değil, din ve vicdan özgürlüğünün de onulmaz biçimde yara almasına yol açmıştır. Öyle ki, zorla din öğreten sözde laik devlet, bu açıdan teokratik Osmanlı devletinden bile geri düşmüştür (45).

Gerçi maddenin yazılış biçiminden, zorunlu kılınan faaliyetin belli bir dinin öğretilmesi ve benimsetilmesi değil de, dinler hakkında genel bilgi ve kültürün aktarılmasıymış gibi bir izlenim doğmaktadır. Ama gerçek amacın bu olmadığı besbellidir. Danışma Meclisi'nden çıktığı biçimiyle bu hüküm "din ve ahlâk eğitimi ve öğretimi"nden, "din dersleri"nden söz etmekteydi. Amacın İslâm dini ve diğerleri hakkında bilgi vermek olmayıp, doğrudan doğruya din telkini olduğu o kadar açıktı ki, "İslâm dinine mensup olmayan kişilerin din derslerini takibi isteklerine bağlıdır" hükmünün eklenmesine de gerek duyulmuştu. Böylece asıl niyet ortaya konmuştu. Kendini bu

(44) bkz. M. SENCER. *Belgelerle İnsan Hakları*, Beta yay., İstanbul 1988, s. 296-299.

(45) M. KAPANİ, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, s. 122. Bu ilke ve özgürlüklerin ihlâli o kadar açık boyuttadır ki, Millî Nizam Partisi ile Huzur Partisi'nin Anayasa Mahkemesince kapatılma gerekçeleri arasında, bunların programlarında zorunlu ve yaygın din derslerinin öngörülmüş olması da yer alıyordu (E. 1971/1, K. 1971/1, Kt. 20.5.1971; AYMKD, sayı 9, s. 67; RG. 15.10.1984-18546, s. 10 vd.; E. 1983/2, K. 1983/2, Kt. 25.10.1983; AYMKD sayı 20, s. 345-374).

kadar safça ele veriş cümlesi sonradan Millî Güvenlik Konseyi'nce, herhalde "maksadı aştığı için" değil ama "maksadı fazla belli ettiği için" son metinden çıkartılmış, "din kültürü ve ahlâk öğretimi" biçiminde "objektif" bir formülde karar kılınmıştır. Şu var ki, MGK üyelerinin amacının da aslında din dogmalarının aşılanmasından başka bir şey olmadığı anlaşılmaktadır. Devlet Başkanı K. Evren, 12 Eylül 1980'den sonra yaptığı çeşitli konuşmalarda "millî birlik" için din unsurundan ve ideolojisinden yararlanmış, bunları "birleştirici unsur" olarak kullanmıştı. Sözkonusu maddenin MGK'da görüşülmesi sırasında sarfedilen, "Bir milleti dinsiz yapmak mümkün değildir" (K. Evren), "Bir tarihten, bir coğrafyadan, matematikten vazgeçilemeyeceği gibi, bu din dersinden de vazgeçilmez" (T. Şahinkaya), "Toplumu birleştirici unsur olarak din..." (N. Ersin) şeklindeki sözlerden de asıl amacın din telkini olduğu açıkça anlaşılmaktadır (46).

Uygulama da bu niyet doğrultusunda gerçekleşmiş, ama zamanla doğal olarak bunu da aşmıştır. Bugün *"Din Kültürü ve Ahlâk Öğretimi"* dersi, bir din ve hatta mezhep propagandasından başka bir şey değildir; başka türlü de olamazdı. Kız ve erkek öğrencilerin ayrı oturtulması, şeriat propagandası, notla tehdit, sınıfta uygulama yapılması (namaz), öğrencilerin aşağılanması (47), test sorularında dinci ve şeriatçı telkinlere başvurulması (48), Hıristiyan öğrencilerin derse zorlanması (49), başka dinlerin aşağılanması, müslüman olmaya zorlanması (50), oruç tutmayan öğrencinin sınıfta bırakılması (51) gibi örnekler bunun kanıtıdır.

Din derslerinin telkine, ezberletmeye ve uygulamaya dönük olduğunun en açık itirafı, yine Millî Eğitim Bakanlığı'ndan çıkan bir yazıda yeralmaktadır. Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 3 Ekim 1986 tarihli kararında, azınlık okulları dışındaki okullarda öğrenim gören, TC. uyruklu Hıristiyan ya da Musevi öğrencilere kelime-i şe-

(46) bkz. *Cumhuriyet*, 27.6.1987, (MGK Tutanakları).

(47) İstanbul Kartal Lisesi öğrenci velilerinin toplu şikâyeti için bkz. *Cumhuriyet*, 4.3.1988.

(48) Güneydoğu'da bir lisede dağıtılan test soruları için bkz. M. EKMEKÇİ, "Kenan Bey'in Kulağına Küpe", *Cumhuriyet*, 5.4.1988.

(49) "25 Asırlık Süryanilere Müslümanlık Dersi", *Nokta* 1.11.1987; "Süryanilere Zorla Din Dersi", *Yeni Gündem*, 22-28.2.1987. Hıristiyan ailelere mensup 1500 dolayında öğrenci adına açılan davada Diyarbakır Hıristiyan Cemaati Başkanı Dr. Zeki Geçer'in verdiği bilgiler için bkz. Z. AKSOY, "Müslüman Olmayan Öğrenciye Zorunlu Din Dersi Veriliyor", *Cumhuriyet*, 4.3.1986.

(50) İskenderun Cumhuriyet ortaokulu'ndan iki öğrencinin dilekçeleri için bkz. *Milliyet*, 5.10.1986.

(51) İstanbul Sağmalcılar Lisesi'nde öğrencilerin % 85'inin bu nedenle din dersinden sınıfta bırakılmaları (*Milliyet*, 19.6.1986) olayı, öğretmenin bir başka okula nakliyle kapatılmıştır (*Milliyet*, 8.8.1986)

hadet, kelime-i tevhid, besmele, âmentü, sure, ayet ve namaz duaları ezberletilmeyeceği, namaz, oruç, zekât ve hacca ait uygulamaya yönelik bilgiler öğretilmeyeceği ve öğrencilerin bunlardan sorumlu tutulmayacağı bildirilmiştir (52). Karar, "müslüman öğrenciler" için yapılanların nasıl bir telkin ve propaganda niteliğinde olduğunu ve uygulamaya da yönelik bulunduğunu hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak açıklıkta gözler önüne sermektedir. İlk ve ortaöğretim öğrencilerinin "müslüman olan/olmayan" biçiminde ayrılması, tek başına büyük bir baskı olup, bugünkü eğitimin ne kadar laiklikten uzaklaşmış olduğunun da bir göstergesidir.

Din dersleri, dinci ideolojinin bir gereği olarak, özü bakımından da yayılmacı bir karakter taşıyagelmiştir. 1948-1949'da ilkokulların 4. ve 5. sınıflarından sözde ihtiyarî olarak başlayan dersler, bugün bütün ilk ve ortaöğretim için zorunlu hale gelmiştir. Ama, bir kez daha siyasî ve idarî kadroların da itmesiyle, burada da durulmak istenmediği anlaşılmaktadır. Nitekim bugün, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'na bağlı yurt ve yuvalarda 6-12 yaşlarındaki 9 bin çocuğa haftada 4 saat olmak üzere toplam 29 hafta boyunca din kuralları ezberletilmekte, tek tek ve toplu olarak tekrar ettirilmektedir (53). 1990 Kasımında TBMM Millî Eğitim Komisyonu'nda ANAP'lı muhafazakârların girişimiyle din derslerinin uygulamalı hale getirilmesi yolunda bir adım atılmış, bu değişiklik son anda başbakanlığın araya girmesiyle engellenebilmiştir. Aynı çevre, TV'den din dersi ve memurlara din dersi projelerini de ortaya sürmüştür. Din derslerinin anaokullarından başlamasını öneren ilahiyatçılar da vardır (54). Öte yandan, din dersleri ve ideolojisinin yayılmacı karakteri bütün eğitim üzerinde etkisini göstermekten de geri kalmamaktadır. Öyle ki, din dersleri dışında da, orta öğretim kurumlarından bazılarında eğitim ve sınav sistemleri dinci motiflerin ağırlığını taşımaktadır (55). Yalnız Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okullarda de-

(52) *Cumhuriyet*, 19.11.1986.

(53) *Cumhuriyet*, 10.9.1990, s. 22

(54) *Güneş*, 5,6,7.11.1990; *Cumhuriyet*, 4.9.1990; 6,9,18.11.1990.

(55) Şeriatı öven kitapları tavsiye eden bakanlığa bağlı okullarda diğer dersler de din dersi haline gelmekte *(Yeni Gündem*, 24-30 Mayıs 1987), dinsel manifesto ya da ilmihal benzeri bioloji ödevleri geçer not almakta (A. SİRMEN, "Dostlar alışverişte görsün", *Cumhuriyet*, 24.1.1987), Fen ve Anadolu Liselerine giriş sınavlarında "mutluluk tarifi" adı altında dinsel inanç yoklamaları yapılabilmekte *(Nokta*, 26 Mart-1 Nisan 1984, s. 5; M. SOYSAL, "Çocuk, din ve sınav", *Milliyet*, 31.5.1985; bu sorular sonradan iptal edilmiştir) teknik derslerde başarılı öğrenciler oruç tutmadıkları gerekçesiyle bütünlemeye bırakılabilmekte *(Milliyet*, 29.5.1987), bunlara karşı çıkan öğretmenler baskı altında tutulmaktadır.

ğil, üniversite (56) ve Kara Harp Okulu'nda da (57) dinsellik yoklamaları yapılmaktadır.

Zorunlu din dersleri ve millî eğitimin dincileşmesi, yalnız laikliğe değil, bu bölümün konusu olan inanç ve din özgürlüklerine de aykırıdır. "Dinsel inanç" gibi, kişilerin (küçükler, öğrenciler, ana-babalar) bireysel ve vicdanî tercihlerine kalmış bir alana devlet ve eğitim zoruyla girilmesi, inanç özgürlüğüne yönelmiş vahim bir saldırıdır. Ekonomide serbest piyasa kurallarını nerdeyse acımasızca uygulayan devletin din konusundaki "korumacılığı" ve zorlayıcılığını bağışlamak mümkün değildir. İnanma ve inanmama özgürlüğü kişinin dış baskılardan, özellikle de devlet baskısından korunması için vardır. Dinsel dogmaların şartlandırma yoluyla aşılanması ise, "düşünme" özgürlüğünü de yok eder, kişiyi çok sinsi bir iç düşmanın tutsağı durumuna getirir. Bu insanlar, "manevi bir hükmetme yöntemi"nin baskısı altına düştüklerini farketmeden, bağımsız düşünme ve kuşkulanma haklarından da yoksun kalırlar. Bunu yapan devlet de vicdanlara hükmetmeye kalkışmış olur. Böylece eğitim, hükmetme içgüdüsünün sinsi bir aleti durumuna düşer, okullar çocuk ve gençlerin şartlandırıldığı birer "manevî çiftlik" durumuna gelir. Oysa demokratik bir sistemde okullar, insanlığın bugüne kadar üretmiş olduğu bütün inanç ve düşünce sistemlerini taraf tutmadan ve eşit koşullar altında sunmak ve tartışmakla yükümlüdürler (58).

5) ÜNİVERSİTELERDE TÜRBAN SORUNU

"Dinsel inançlara uygun davranabilme" kavramına oturtulmak istenen güncel ve tartışmalı konulardan biri de Üniversitelerde "türban sorunu"dur. İlkin, bu sorunun hukukî ve yargısal verilerine değinmek gerekir.

Danıştay çeşitli kararlarında türban yasağını Anayasaya ve yasalara uygun bulmuştur. Bu kararlarda şöyle denmiştir:

"...Yeterli eğitim görmemiş bazı kızlarımızı hiçbir özel düşünceleri olmaksızın içinde yaşadıkları toplumsal çevrenin gelenek ve göreneklerinin et-

(56) Örneğin, 9 Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde "İnsanlık Tarihi" dersi veren bir öğretim üyesi, "Din faydaya dayanır, din korkuya dayanır, hayvanlarda da din vardır, bazı toplulukların dini yoktur, kutsal kitaplarda akıl yürütme yoktur, din doğruyu buldurur, din doğruya götürür" şeklindeki soruların yanlış ve doğrularının işaretlenmesini sınavda istemiştir (*Cumhuriyet*, 7.1.1986).

(57) Bu okulda 1986-87 ders yılında Atatürkçülük ve İnkılap tarihi dersi için düzenlenen ve Türk-İslam sentezi telkinine dayalı sorular Uğur Mumcu tarafından açıklanmıştır (*Cumhuriyet*, 8.5.1987).

(58) H. BATUHAN, "Eğitim ahlâkı ve laiklik", *Cumhuriyet*, 26.6.1990, s. 2.

kisi altında başlarını örtmektedirler. Ancak bu konuda, kendi toplumsal çevrelerinin baskısına veya gelenek ve göreneklerine boyun eğmiyecek ölçüde eğitim gören bazı kızlarımızın ve kadınlarımızın sırf laik Cumhuriyet ilkelerine karşı çıkarak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile başlarını örttükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir.

Davacılar yüksek öğretim düzeyinde eğitim gördüklerine göre bu ilkelerin Cumhuriyetimizin kuruluşunda ve korunmasındaki önemini bilmeleri gerekmektedir.

Aydın, uygar ve Cumhuriyetçi gençler yetiştirmekle görevli eğitim kurumlarının bazı kuralları öğrencilere uygulaması doğaldır. Bu kurallar herkesce bilinen ve benimsenen Cumhuriyetin Temel Kurallarıdır. Bu kuralları öğretmek ve benimsetmekle görevli eğitim kurumlarının bunlardan ödün vermesi düşünülemez.

Bu nedenle, yüksek öğrenim görmek üzereokula geldikleri sırada dahi başörtülerini çıkarmamakta direnecek ölçüde laik devlet ilkelerine karşı bir tutum içinde bulunan davacıların okula alınmamalarında yasalara aykırılık olmadığından davanın reddine.." (59).

Anayasa Mahkemesi de, Yükseköğretim kanununa konan Ek Madde 16 hükmünü iptal etmiştir. 3511 sayılı yasanın 2. maddesiyle 2547 saylı yasaya eklenmiş olan hüküm şöyleydi:

Ek Madde 16 - Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarda çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir".

Anayasa Mahkemesi iptal kararını ayrıntılı ve uzun gerekçelere dayandırmıştır (60). Anayasanın değişik hükümleri açısından bunları özetlemek gerekir.

a) *Başlangıç bölümü yönünden:*

Hiçbir görüş ve düşünce Atatürk milliyetçiliği, medeniyetçiliği, ilke ve devrimleri karşısında korunma göremez. Atatürk ilkelerinin en önemlisi olan laiklik gereği din duyguları devlet işlerine ve politikaya karıştırılamaz. Bu ilke her ülkenin kendi koşullarına göre biçimlenir. "Türk Ulusu'nun yücelmesi bakımından laiklik Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa'da benimsenmiş

(59) *Danıştay 8. Daire:* 20.12.1983, E. 1983/142, K. 1983/2788; 23.2.1984, E. 1983/207, K. 1984/330; 13.12.1984, E. 1984/636, K. 1984/1574 (akt, İ. H. ÖZAY, *Devlet, İdarî Rejim*, s. 32-35 ve Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki kararı).

(60) E. 1989/1, K. 1989/12, Kt. 7.3.1989 (RG. 5.7.1989-20216, s. 15-41)

bütün temel ilkelere egemen bir düşünce"dir. Bu açıdan da, "Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması" doğaldır. Anayasanın başka maddelerinde de belirtildiği gibi (md. 42 ve 130), eğitimin çağdaş olması ve Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda yapılması gerekir. Dinsel inanç nedeniyle başörtüsüne olanak tanımak ise, hukuk kurallarını dinsel esaslara dayandırmak anlamına geldiğinden laiklik ilkesine aykırıdır. Ayrıca, "laik eğitimde dinsel esaslara göre hiçbir ayrım gözetilemez". Dolayısıyla, "Dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle, yüksek öğrenim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri laik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz". Yasada "dinsel inanç gereği" ibaresi kullanılmasa dahi, "cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa'daki laiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz".

b) *Anayasa md. 2 yönünden:*

Yasa maddesi "dinsel inanç gereği"ne yer vererek, ulusculuk anlayışında dinsel öğelere dayanmayan Atatürk milliyetçiliğine ters düşmektedir. Aynı ibare, ulusal-demokratik egemenlik ve demokratik devlet ilkeleriyle de çelişmektedir. Laiklik, "bireysel, toplumsal düzeyde ve devlet işlerinde metafizik dışında özgür düşünce gereklerine" bağlılık demek olduğuna göre, bu ilkeye aykırılık da ortadadır. "Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşıma"dıkları, "Hukukun kaynağı, hukuku yaratan istenç olarak kendi ulusunun istenci" olduğu ve "yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan alma(k)" zorunda oldukları için, sözkonusu hüküm hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Sonuç olarak, "Demokrasi, insan hakları, hukuk konularında da Anayasa düzeyi ve sınırları geçerlidir. Dilek ve öneri türünde ya da özlem niteliğinde görüşlerle, Anayasanın öngördüğü sınırlamaları, laikliğin korunması için getirilen kuralları hiçe saymak olanaksızdır (...). Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması da düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz".

c) *Anayasa md. 10 yönünden*

"Dava konusu kural, islamî olduğu ileri sürülen başörtüsüne ayrıcalık tanımakla eşitlik ilkesine biçimsel yönden ters düşmektedir (...). Kişileri şu ya da bu yönden giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hatta aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır".

d) *Anayasa md. 24 yönünden:*

"Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü, istediğine inanma hakkıdır. Laiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk İlkeleriyle sınırlı olduğu gibi, vicdan özgürlüğü konusu da değildir".

e) *Anayasa md. 174 yönünden:*

"Giysi, kişiliği yansıtan bir araçtır. Dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanamaz. Dinsel nitelikteki giysiler ayrıca laiklik ilkesine ters düştüğünden daha yoğun bir aykırılık oluşturur(...). Kamu yaşamında ve özel yaşamda kadın-erkek giyimleri, dinsel gerekler gözetilerek düzenlenemeyeceği gibi, özellikle kamu kesiminde giyinmeyi düzenleyen kurallar ancak hukuksal gereklere göre düzenlenir (...). Laikliği ortadan kaldıran ya da zedeleyen bir özgürlük ya da özerklik geçerlik kazanamaz (...). Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda laiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın laiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır. 174. maddede korunan laiklik ilkesiyle bu madde kapsamındaki devrim yasalarının amaç, erek ve içeriklerinin öngördüğü nitelikleri gözardı ederek dinsel inanç gereğine dayalı bir düzenleme getiren dava konusu kural, anayasanın 174. maddesine de aykırıdır".

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı birkaç yönden özel bir önem taşımaktadır. Bir kere Yüksek Mahkeme daha önceki kararlarının da doğrultusunda Atatürk ve Türk Devrimi ilkelerini ve bunların özü demek olan laikliği, *Anayasa üstü* birer ölçü norm saymakta, özgürlükleri de bunlarla sınırlı kabul etmektedir. Mahkemenin laiklik tanımı, *"Ülkemize özgü ve tarihsel nedenleri bulunan, klasik ve bilimsel tanımlardan ayrılıkları bulunan anlayış ve uygulama modeli"* cümleciğinden de açıkça anlaşıldığı gibi son derece *radikal* ve *militan*dır. Felsefi bakımdan da laikliğin *"aklın öncülüğü"*, *"özgür düşünce"*, *"özgür inanç"*,

*"dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler"*in geçmesi, *"akıl ve bilim"* öncülüğü, *"metafizik dışında özgür düşünce"* gibi eksenlere oturtulması, evrensel ve bilimsel verilere uygundur. Bu açılardan, yüksek öğretim kurumlarında *"dinsel inanç sebebiyle"* başörtülmesine izin veren yasa kuralının iptali doğaldır. Yasanın birinci cümlesinin neden iptal edildiğini anlamak ise zordur. Asıl tartışmalı nokta ise, mahkemenin dinsel inançlara ya da dinselliğe yollama yapmadan sağlanacak bir giyim özgürlüğünü de Anayasaya ve yukarda sayılan Anayasa üstü değerlere aykırı saymasıdır. Bu tercih, Üniversitelerde türban yasağının bir zorunluluk olduğu ve bunun yasama organı tarafından bile hiçbir şekilde kaldırılamayacağı anlamına gelmektedir. Nitekim, Anayasa'da "kanunkoyucuyu böyle bir yasak getirmeye mecbur edecek bir hüküm yoktur" diyen ve karşı oy yazısı yazan üye de bunu böyle anlamaktadır. Laikliğin değiştirilemez bir Anayasa hükmü ve Anayasa üstü değer olması, nasıl olup da "türban yasağı"nın da Anayasadan çıktığı ve yasamanın bu somut konuda hiçbir takdir hakkının bulunmadığı sonucuna ulaştırmaktadır? Bunu anlayabilmek kolay değildir. Öyle görünüyor ki, Türkiye'nin varlık nedeni olan laiklik ilkesinin uğradığı sarsıntılar, Yüksek Mahkemeyi bu somut konuda da son derece duyarlı hale getirmiştir.

Yasa, dinsel inanca yollama yapmadan giyim-kuşam özgürlüğü getirmişse durum ne olacaktır? Yasada boşluk durumunda idarenin yetkileri ne olabilir? "Türban sorunu"yla ilgili iki hukuk sorunuda bunlardır.

Birinci sorun, bugün içinde bulunulan durumdur. 422 sayılı KHK'nin yasalaşması sırasında eklenen bir maddeyle, "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile yükseköğrenim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" hükmü getirilmiştir (61). Bu, durumda, yeni yasa hükmünün Anayasa Mahkemesinin aynı konuda vermiş olduğu ve dinsel referans olsun olmasın Üniversitelerde türbanın serbest bırakılamayacağı yolundaki kararının bağlayıcılığını yok eden, kararın arkasına dolanan bir düzenleme sayılması gerekecektir. Yüksek Mahkemenin yeni düzenlemeyi denetleme olanağı bulması durumunda da, eski kararındaki mantığı izleyerek, türban yasağının Anayasadan çıktığı gerekçesiyle, dinsel inançlara yollama yapmayan bu hükmü de iptal etmesi olasılığı hayli yüksektir.

Bu konuda yasada bir boşluk doğması durumunda İdarenin (YÖK ve Üniversiteler) alacağı tavır ne olabilir? Anayasa Mahkemesi kararları "idare makamlarını" da bağlandığından (AY. md. 153/son), sözkonusu idare birimleri Anayasa Mahkemesi kararına ve buradaki mantık uyarınca doğrudan doğruya Anayasaya dayanarak türban ya-

(61) Kanun No: 3670, Kt. 25.10.1990 (RG. 28.10.1990-20679)

sağı uygulama olanağına sahiptirler, hatta uygulamak zorundadırlar. Kanunda boşluk durumunda bu tartışma, Anayasa Mahkemesi kararı bir yana, başka bir hukukî zeminde daha sürdürülebilir. Bu da, *kişi özgürlüğü* ile *kamu hizmeti* kavramının kesiştiği noktadır.

Bilindiği gibi Türkiye'de bir kararname ile iki özel yasa dışında (62), giyim-kuşamla hele hele kadın giyimiyle ilgili bir yasaklama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, dilediği gibi örtünmek serbest olup, bu konuda bir tartışma da yoktur. Tartışma, kamu hizmetine ayrılmış alanlarda bu hizmetten yararlanacak kişiler için İdare'nin birtakım özel kayıt ve yasaklar koyup koyamayacağı noktasında başlar. Dolayısıyla sorun büyük ölçüde idare hukuku verileriyle ele alınabilecek niteliktedir.

Türk idare hukukunda ve buna büyük çapta kaynak oluşturmuş olan Fransız idare hukukunda, İdarenin, "kamu hizmetinin kurulması ve işleyişi" çerçevesinde, yasada bu konuda kendisine açıkça yetki verilmiş olmasa bile, hizmetin gerektirdiği bazı somut emir ve yasakları koyabileceği kabul edilmektedir. İdarenin bu alanda, elbette yargı denetimine de tâbi olan geniş bir düzenleme ve takdir yetkisi vardır. İdare, kamu hizmetini gören personeline, kamu hizmetine ayrılmış eşyaya ve hizmetin biçimlerine ilişkin konularda olduğu gibi, hizmetin hitap ettiği ya da hizmetten yararlanacak kişiler bakımından da kural ve yasaklar koyabilir: hastanelerdeki hastaların giyimi, ziyaretlerin düzenlenmesi ve sınırlanması, kamu ulaşım araçlarında yolculukta uyulması gereken koşullar, vb. Aynı şekilde, bir kamu hizmeti olanÜniversite öğretiminden yararlanmanın birtakım koşul ve kurallara bağlanması da, İdarenin "kamu hizmetinin örgütlenmesi ve işleyici" konusunda sahip olduğu takdir ve düzenleme yetkisi içindedir. Ayrıca İdare, kamu hizmetine ayrılmış yerlerde düzenliliği ya da kamu düzenini sağlama açısından önleyici kolluk yetkilerini kullanabilir (63).

6) BİR BİLANÇO DENEMESİ

Bugün, inanç ve din özgürlükleri bakımından çok partili hayatta varılan noktaların bilançosu nedir? Bu soruya, 1960'da islâmcı çevrelerden ortaya atılan bir tür "talepler listesi"nden yola çıkarak cevap aramak ilginç olacaktır.

(62) 1925 tarihli Bilumum Devlet Memurlarının Kıyafetleri Hakkında Kararname ile, 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun ve 2596 sayılı Bâzı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

(63) Konunun idare hukuku açısından aldığı görünümle ilgili bu teorik çerçeveyi Azik Hocam Prof. Ragıp Sarıca'nın açıklamalarına borçluyum.

Yazı Kurulu'nda, 27 Mayıs 1960 hareketinden sonra Diyanet İşleri Başkanlığı'na atanan Ömer Nasuhî Bilmen'in de bulunduğu İslâm Mecmuası'nın 34 numaralı ve Temmuz 1960 tarihli sayısında "Din hürriyeti istiyoruz" başlıklı bir bildiri yayımlanmıştı (64). Burada yeralan talepler özetle şöyledir:

1) Din hak ve özgürlüklerinin Batı'daki gibi anayasal güvence altına alınması, devletin dinsel örgütlenmeyi vesayet altında tutmasının önlenmesi, dinin devletçe "yıkıcı ideoloji ve cereyanlara karşı" korunması;

2) Diyanet İşleri teşkilâtının özerkleştirilmesi;

3) Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne ait dinsel kurumların Diyanetİşleri Başkanlığı'na bağlanması;

4) İslâm İlimleri Külliyesi kurulması, imam-hatip okullarının ıslahı, üniversiteye öğrenci hazırlayan meslek okulları haline getirilmesi, sayılarının arttırılması;

5) Din adamı yetiştirmeye özel önem gösterilmesi;

6) Radyo'da dini konuşmaların verimli hale getirilmesi;

7) Dine ve mukaddesata yayın yoluyla saldırıların daha ağır biçimde cezalandırılması;

8) "Dinî telkin, irşat ve teşkilât kurma hakları"nın tanınması.

1960'larda ileri sürülen bu taleplerin, kurumlarla ilgili olan bazıları dışında hemen hepsi, bugün fazlasıyla ve çok yerde laikliğe de ters düşen biçimde gerçekleşmiş bulunmaktadır. Bilançonun bir yüzü budur. Günümüzde, TCK. 163 ve türban yasağı gibi tartışma götürür bazı uygulamalar dışında inanç (inanma), ibadet ve öğrenme-öğretme-yayma özgürlükleri serbestçe kullanılabilmektedir.

İnanç (inanma) ve ibadet özgürlüklerinin ceza rejimindeki değişmeler de bunu doğrulamaktadır. Yukarda yer verilen 1960 tarihli bildiri özetinin 7. maddesinde, "Dine ve mukaddesata yayın yoluyla saldırıların ağır biçimde cezalandırılması" istenmekteydi. Bu talep de bugün fazlasıyla karşılanmış bulunmaktadır. 1987 yılında bu konuda TCK'da yapılan değişiklikle (65), dinsel inanç ve ibadetleri hareket ve saldırılara karşı koruyan hükümlerden "tahkir maksadı" (hakaret kastı) unsurunun çıkartılması; Allah'a, dinlere, peygamberlere, kutsal kitaplara, mezheplere hakaretin ve dinsel ödevlerinin yerine getirilmesinin "kınanması"nın da suç sayılması gibi yenilikler ilginçtir. Şu bakımdan ki, bu durumda korunan artık inanç ve ibadet özgürlükleri değil, dinselliğin ve tanrısallığın kendisidir. Bu açıdan TCK 175'in yeni şekli, 1957'de M. H. Ürgüplü'nün önerdiği, TBMM Adalet Ko-

(64) Metin: G. JAESCHKE, *Yeni Türkiye'de İslâmlık*, s. 129-130.

(65) Türk Ceza Kanununun 175 ve 176. Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun (No: 3369, kt. 20.5.1987; RG. 26.5.1987-19471)

misyonu'nun geliştirdiği, ancak genel kuruldaki tepkiler üzerine yeniden komisyona geri gönderilerek o zamandan beri "uykuya yatırılmış" bulunan yasa değişikliği önerisinin tam 30 yıl sonra canlandırılmış biçiminden başkası değildir. Oysa laik devletin görevi bunları değil, dinsel hak ve özgürlükleri korumaktır. Yeni düzenleme bu yönüyle laikliğe ters düşmektedir. Ayrıca, hakaret kastı olmaksızın sözlü "kınamalar"ın bile ceza konusu yapılması dikkat çekicidir. Bu da "söz özgürlüğü" açısından anti-demokratik bir sınırlamadır. Böylece dinler, laikliğe aykırı ve düşünce özgürlüğünü zedeleyecek biçimde cezaî koruma altına alınmış olmaktadır.

Böylece, inanç ve din özgürlükleri konusundaki bilançonun bir de olumsuz yüzünün bulunduğunu vurgulamak gerekir. Bu bölümdeki örneklerden de anlaşılmış olacağı gibi Türkiye'de bu alanda da bir "insan hakları sorunu" vardır. Bu da, *inanmaya ve ibadete zorlanma* biçiminde kendini göstermektedir. Bu baskılar yalnız özel kişi ve gruplardan değil, devletten ve ajanlarından da gelmektedir. Milli eğitim, TRT ve Diyanet İşleri Başkanlığı gibi kurumlarıyla devlet, bir din ve mezhebin koruyucusu, yayıcısı ve propagandacısı durumundadır. Zorunlu din dersleri bunun en tipik alanıdır. Dolayısıyla sorun, hem devletin dinler karşısındaki tarafsızlığı anlamına gelen laiklik ilkesinin, hem de kişilerin inanç (inanma/inanmama) özgürlüklerinin ihlâliyle yakından ilgilidir. Öyle ki devlet, yargı organı dışındaki hemen hemen bütün kollarıyla "yukarıdan aşağıya doğru" toplumu ve bireyleri dincileştirme ve bireysel özerklikleri silme eğilimindedir.

Böylece bugün, vaktiyle hep "laik radikalizmle özdeş tutulan Bonapartizm'in teokratiği de" gündeme girmiş bulunmaktadır (66).

(66) H. Şahin, "Asıl tehlike nerede?". *Güneş*, 19.11.1990.

IV./ DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Türkiye'de düşünce özgürlüğü ve "düşünce suçları", insan hakları sorununun en hararetli odak noktalarından biri olagelmiştir. Burada da söze, liberal demokratik teori ve pratikten çıkan tanım ve ölçülerin hatırlatılmasıyla başlamak gerekiyor (1). Türkiye'nin bu alandaki durumu bundan sonra daha iyi görülebilcektir.

1) EVRENSEL STANDARTLAR

Düşünce özgürlüğü, insanın serbestçe düşünce ve bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte (dernek, toplantı, sendika, vb.) çeşitli yollardan (söz, basın, resim, sinema, tiyatro, vb.) serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Bu üç alan, yani düşüncelere *ulaşabilme*, düşüncelerinden ötürü *kınanmama* ve bunları serbestçe *yayabilme* hakkı, bir bütün oluşturur ve genellikle "düşünce özgürlüğü", "düşünce ve açıklama özgürlüğü" ya da sadece "açıklama (ifade) özgürlüğü" gibi formüllerle anlatılır. Kullanılan deyim ne olursa olsun, ana sorun düşünceleri *açıklama* özgürlüğünün ne durumda olduğudur; işin püf noktası buradadır. Yoksa, açıklanıp yayılamadığı sürece kişinin kendi iç dünyasında kalan düşüncelerin korunmasıyla yetinmek ve bunu da düşünce özgürlüğünün varlığının kanıtı diye göstermek bir aldatmacadır. Bu, düşünce özgürlüğünü *"düşünme* özgürlüğü"ne indirgemek olur. Oysa, özgürlükçü demokrasiler çağında asıl anlamlı olan, düşüncelerin serbestçe açıklanabilmesi ve yayılabilmesidir.

Bir düşüncenin, taraftar kazanmak amacıyla sistemli ve etkileyici bir biçimde başkalarına aktarılması, aşılanmaya çalışılması, telkini ve propagandası da düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü içinde yeralır. *Propaganda*, düşünceleri açıklamanın etkili bir biçiminden başka bir şey değildir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi bu özgürgürlüğün bir ruhsal etki yaratma hakkını içerdiğini kabul etmiştir (2). ABD Yüksek Mahkemesi, ihtilâl düşüncesini savunma ve yaymanın

(1) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. B. TANÖR, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası* (Öncü yay., İstanbul 1969) ile *TCK 142. madde., Düşünce-Özgürlüğü ve Uygulama*, (Forum yay., İstanbul 1979).

(2) BVerfGE 7, 198

bile, somut eyleme çağrı ya da kışkırtma niteliğine bürünmedikçe, bir anayasal hak olduğuna işaret etmiştir (3).

Bu veriler ışığında *"düşünce suçu"*, belli bir görüşü, ideolojiyi, doktrini, siyasal sistemi, vb. savunma ve yaymanın ya da başkalarına aşılamaya çalışmanın cezalandırılması anlamına gelir (4). Çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde, yine ilerde verilecek az sayıdaki istisnai örnek dışında bu anlamda bir *"düşünce suçu"* ya da *"propaganda suçu"* yoktur.

Gerçi, batı demokrasilerinde de düşünce özgürlüğünün çerçevesi ülkeden ülkeye, somut koşullara ve kuvvet dengelerine göre değişme göstermiştir. Bazı ülkelerde savaş, soğuk savaş, faşizm ve komünizm tehdidi gibi nedenlerle özgürlüğün çerçevesini daraltan kurallar getirmiştir. ABD ile İsviçre bu konuda verilebilecek iki tipik örnektir.

ABD Yüksek Mahkemesi, 1919'dan itibaren düşünce özgürlüğü konusunda liberal bir ölçü tutturmuştu: *"açık ve mevcut tehlike ölçütü"* (5). Daha sonra ise mahkeme, "kızıl korkusu", uluslararası işçi hareketi ve ekonomik bunalım paniği gibi etkenlerle *"zararlı eğilim ölçütü"*nü ortaya sürdü (6). Artık, bir düşüncenin açıklanma biçiminin somut durumda açık bir tehlike yaratıp yaratmadığına bakılmıyor, düşüncenin kendisinin soyut olarak böyle bir tehlikeyi yaratacak nitelikte olup olmadığı araştırılıyordu. Bu yönde yasalar da çıkarıldı. Örneğin, New York Ceza Kanunu'nun "mevcut hükümetin kuvvet ve şiddet... ya da herhangi bir yasadışı yolla devrilmesi gereğini esas alan doktrin" diye tanımladığı kriminal anarşiyi savunan ifadeler, soyutta kalsalar ve hiçbir somut telkin niteliği kazanmasalar bile suç sayılabilecekti. Ama Yüksek Mahkeme, akademik tartışmaların, tarih ve felsefe denemelerinin, yönetimin yasal yollardan değişmesini istemenin yine de suç olmadığına hükmetti. Savaş ve "komünist tehdit" psikozu ABD yasama organını 1940'dan itibaren *Yabancıların Tescili Kanunu* (1940), *İç Güvenlik Kanunu* (1950) ve *Komünist Kontrol Kanunu* (1954) gibi, kısmen "düşünce"yi de hedef alan yasalar çıkarmaya itti. Federal Yüksek Mahkeme bu dönemde de birara yeni havanın etkisinde antiliberal kararlar verdi (7), ama çok geçmeden özgürlüğü koruyucu bir tutum takınmaktan geri kalmadı ve yumuşatıcı bir rol oynadı (8).

(3) *Yates v. US*, 354, 298 (1957).

(4) A. PAPADATOS, *Le délit politique*, Genève 1955, p. 146; *Dictionnaire de politique*, Ed. Cujas, p. 101; *Dictionnaire Robert*, "Opinion" maddesi.

(5) *Schenck v. US*, 249 Us 47 (1919).

(6) *Gitlow v. New York*, 268 US 652 (1926).

(7) *Denis v. US*, 342 US 494 (1951).

(8) *Harisiades v. Schaughnessy*, 342 US 580 (1952). Yüksek Mahkeme Yeniden "açık ve mevcut tehlike ölçütü"ne döndü *(Yates v. US*, 354 US 298 (1957), bu tutumunu pekiştirdi *(Edwards v. South Carolina*, 372 US 229 (1963).

İsviçre'de de II. Dünya Savaşı öncesi koşullarında Federal Konsey "Komünist fesatçılığı"na (3 Kasım 1936), Devlet için tehlikeli propagandaya (27 Kasım 1938) ve demokrasinin korunmasına (5 Aralık 1938) ilişkin kararnameler çıkarmıştı. Sonradan Federal Meclis de komünist propagandayı ve bunun kolaylaştırılmasını suç saydı (6 Ağustos 1940), komünist partiyi yasakladı (26 Kasım 1940). Federal Mahkeme Ceza Dairesi ise "komünist propaganda" yasağını yorumlarken, şiddet yoluna başvurulmadıkça komünist düşüncenin yayılmasının anayasal güvence altında olduğu görüşüne vardı (9). Mahkeme bu tutumuyla, olağanüstü koşullarda bile düşüncenin kendisinin korunabileceğini ortaya koymuş oluyordu.

Batı'da pekçok ülke ise, iç ve dış bunalım dönemlerinde olağanüstü bazı önlemler almakla birlikte, düşünce özgürlüğüne sınır koyma yoluna gitmemiştir. 1939 tarihli bir "décret-loi" ile devletin bütünlüğünü koruyucu kuralların getirildiği, 12 Haziran 1968'de de "ihtilâlci örgütler"in feshedildiği Fransa buna örnektir. Burada somut şiddete teşvik ve şiddet kullanımı için propagandanın yasaklanmasıyla yetinilmiştir. Bu ülkede 1881'den beri "düşünce suçu" bulunmadığı Fransız hukukçuları tarafından kabul edilmektedir (10). İngiltere ve İskandinav ülkeleri başta olmak üzere, liberal rejimler, düşünce özgürlüğü alanında siyasal konjonktürden fazla etkilenmemeyi başarmışlar, özgürlükçü esaslara sadık kalmışlardır.

Düşünce özgürlüğünün liberal rejimlerdeki seçkin yeri, bu özgürlüğü bütün siyasal sistemin temeli sayan ABD Yüksek Mahkemesinin (11) bir kararında şöyle vurgulanmıştır:

"...halkı zararlı düşünce akımlarına karşı korumaya kalkışmak devletin ne görevi, ne de hakkıdır. Anayasa koyucuları bizim adımıza doğru ile yanlış arasında bir ayrım yapmak için hiçbir yönteme güvenmediklerinden, gerçeği aramada herkesin kılavuzu yine kendisi olmak gerekir. (12)"

Yüksek Mahkemenin düşünce özgürlüğü konusunda uygulayageldiği yerleşik ölçü olan *"açık ve mevcut tehlike"* şartı, "düşünce suçu"na olanak tanımamakta, düşüncenin kendisini mutlak olarak anayasal güvence altında saymakta, ancak bunun açıklanış biçiminin belli bir olayda *"açık ve somut bir tehlike"* yaratıp yaratmadığına (suça

(9) *İsviçre Federal Mahkemesi Ceza Dairesi*'nin 1 Şubat 1943 tarihli kararı (bkz. İ. OCAKÇIOĞLU, "Komünist faaliyetleri ve propagandası hakkında Federal Mahkeme Kararı", *Adalet Dergisi*, 1964, sayı 7-8, s. 803-804).

(10) J. MORANGE, *Libertés publiques*, PUF, Paris 1985, p. 169; R. BOURDONCLE, *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français*, LGDJ, Paris 1957, p. 91.

(11) J.P. LASSALE, *La Cour Suprême et le problème communiste aux Etats-Unis*, Paris 1960, p. 50-51.

(12) *Thomas v. Collins*, 323 US. 116

teşvik, kışkırtma, ayaklanmaya çağrı, vb.) bakmaktadır. 1953'den bu yana yine eski saygın yerini kazanan, hatta 1969'da düşünce özgürlüğünü koruyucu değeri daha da pekiştirilen bu ölçüt (13), artık batı demokrasilerinde evrensel standardı temsil etmektedir. Buna göre her ifade (söz, yazı, vb.) kendi somut zemininde ele alınmalı, devletin önlemekte haklı olduğu açık ve somut bir tehlikenin varolup olmadığı her olayda ayrı ayrı tartışılmalıdır. Kural olarak, belli bir görüş ya da ideolojinin önceden ve yasayla tehlikeli sayılıp yasaklanmasına olanak yoktur.

Bu evrensel standartlar açısından çeşitli ideoloji ve görüşlerin hukuki rejimi nasıldır?

Komünizm konusunda bazı ülkelerde konan sınırlamalar "düşünce suçu" anlamına gelmemiştir. ABD Yüksek Mahkemesi komünist doktrinin açıklanmasını, savunulmasını ve iktidar mücadelesinde propagandasının yapılmasını anayasal hak saymıştır (14). Federal Almanya'da Komünist Parti savunduğu düşünceler nedeniyle değil, yasadışı sayılan faaliyetlerde bulunduğu iddiasıyla kapatılmış (15), ama propaganda yasaklanmamıştır. İtalya'da faşizm döneminde konan ve Türkiye'deki TCK 141 ve 142. md.lerin mehazı olan Ceza Kanununun 270 ve 272. md.leri faşizmin yıkılmasından sonra yürürlükten kaldırılmamış, hatta Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasaya aykırı sayılmamış olmakla birlikte (16), bu maddelerin "düşünceyi yasaklama" gibi bir işlevleri olmamıştır (17). Nasıl olsun ki, yalnız İtalya'da değil, bütün batı demokrasilerinde komünist partiler varolmuştur; bu olgu bile tek başına, "komünizm propagandası" diye bir suçun bulunmadığının kesin kanıtıdır (18).

Anarşizm konusunda da durum aynıdır. Örneğin Fransa'da "anar-

(13) *Brandenburg v. Ohio*, 395 US 444 (1969). Yorumu için bkz. S. EMANUEL, *Constitutional Law*, 4 th edition, New York 1986, p. 477-478.

(14) *Harisiades v. Schaughnessy*, 342 US 580 (1952).

(15) GROSSER, *La Démocratie de Bonn*, Ed, A. Colin, Paris 1958, p. 90; M. CHARTIER, "La jurisprudence de Bundesverfassungsgericht sur les partis politiques, *Essai sur les Droits de l'Homme en Europe*, Première série, T. I. Bibliothèque Européenne, 1959, p. 123.

(16) 22.6.1966 tarih ve 87 sayılı karar ("İtalyan Mahkemeleri Kararları", çev. S. Erman, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, sayı 10, s. 149-152)

(17) Y. GÜNAL, *"Neye kapalıdır?"*, AÜSBFD, c. XXI, No: 3, s. 230-231

(18) Bu basit gerçeği kimi hukukçular nedense görmek istemiyorlar. "Saçak Paneli" davası bilirkişisi Doç. Dr. Zeki Hafızoğulları, "bünyesinde meşru komünist partilerin bulunduğu bazı hukuk düzenlerinin ortaya çıkardığı düşünce tarzı bir yana bırakılırsa..." diyor (30.10.1986 tarihli rapor). Sanki, bu "bazı hukuk düzenleri" istisnaî ve ihmal edilebilir örneklerdir ve sanki bütün batı demokrasilerinde durum böyle değildir (bkz. Z. HAFIZOĞULLARI, *"Bir bilirkişi raporu"*, AÜHFD, 1987, c. 39. s. 59 vd.)

şizmi övme" formülüyle anılan bir suçun bulunuşu, anarşizmin bir doktrin olarak övülmesini ya da savunulmasını değil, anarşistlerce işlenen adî suçların (adam öldürme, kamu otoritelerine itaatsizlik, hırsızlık, yangın, tahrip, vb.) övülmesini cezalandırmaktadır (19).

Etnik azınlıklardan gelen *ayrılıkçı* talep ve düşünceler de, bu gibi sorunlara sahne olan ülkelerde (İngiltere, İspanya, Fransa, vb.) yasaklanmış değildir. Buralarda, İrlanda, Bask, Korsika, Brötanya sorunları ve hatta terör, serbest tartışmayı engellememiştir. Örneğin Fransa'da 1939 tarihli *décret-loi* ile devletin bütünlüğü konusunda hüküm getirilmiş olmasının, azınlıkların ayrılma isteklerinde bulunmalarına engel olmayacağı, 1952'deki bir davada hükümet komiseri tarafından da kabul edilmiştir (20). Yine Fransa'da, Korsika'nın bağımsızlığı için silahlı eylem yapan örgütlerin varlığı (Front de Libération Nationale de la Corse/Korsika Ulusal Kurtuluş Cephesi), adanın statüsü konusundaki tartışma ve önerileri engellememiştir (21).

Faşist, ırkçı, ayrımcı, yahudi düşmanı, savaş yanlısı ve *kışkırtıcısı* düşünce açıklamaları konusunda ise durum farklıdır. Bu yöndeki propagandalarla "ırksal, dinsel, ulusal düşmanlıkların kışkırtılması", hukukun koruması altında değildir. Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi, "Her türlü savaş propagandası"nın, "ulusal, ırksal ya da dinsel nefret duyguları körüklenerek ayrımcılık, düşmanlık ve şiddet kışkırtıcılığı" yapılmasının yasaklanmasını öngörmüştür (md. 20). Aynı yönde yasaklar Her Türlü Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına Dair Uluslararası Sözleşme'de (md. 4), Avrupa Konseyi'nin Demokrasiye Karşı Bir Tehdit Olarak Hoşgörüsüzlüğe İlişkin Bildirge'sinde (1981) de yer almıştır (22). Bunlarda açıkça propaganda yasakları öngörülmektedir.

Ülke hukuklarında da uzun zamandan beri bu yönde yasaklar yer almaktadır. İngiltere'de faşist, ırkçı ve ayrımcı propagandayı yasaklayan "Irk İlişkileri Kanunu" (Race Relation Act/1965) ile Fransa'da aynı yöndeki 1 Temmuz 1972, 11 Temmuz 1975, 7 Haziran 1977 ve 3 Ocak 1985 tarihli yasalar buna örnektir. İtalya'da da faşist propaganda 195 (1945), 1946 (1947), 645 (1952) ve 152 (1975) sayılı yasalarla yasaklanmış ve cezalandırılmıştır (23). Federal Almanya'da suç ve terör örgütleri lehine propaganda, ceza yasasına eklenen bir hükümle

(19) R. PINTO, *La liberté d'opinion et de l'information*, Paris 1955, p. 50; TERROU/SOLAL, *Le droit de l'information*, Paris 1951, p. 316.

(20) R. PINTO, *La liberté d'opinion*, p. 52-53.

(21) "Les communistes corses et le droit à l'autodétermination", *Le Monde*, 30.8.1978.

(22) Metinler: M. SENCER, *Belgelerle İnsan Hakları*, Beta yay., İstanbul 1988.

(23) Z. HAFIZOĞULLARI, "TCK'nun 142 maddesi üzerine bilirkişi raporları", SBFD, Ocak-Haziran 1988, no 1-2, s. 201.

yaptırıma bağlanmıştır (md. 129/a). Belçika (24) ve Avusturya'da da (25) ırk ayrımı amacı güden ya da nasyonal-sosyalist örgütler ile, bunların desteklenmesi konusunda yasaklar vardır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avusturya'da nasyonal-sosyalizmin yeniden geri getirilmesine yönelik faaliyetlerin yasaklanması ve cezalandırılmasını, "demokratik bir toplumda kamu güvenliği ve millî güvenlik yararına ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruyucu nitelikte ve gerekli sınırlamalar"dan saymış ve AİHS'nin md. 10/2 hükmüne uygun bulmuştur (26).

Özetlemek gerekirse, çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde, yukarda sayılan son alan dışında, "düşünce suçu"na rastlanmamaktadır. Suç sayılan ifadeler; faşist, ırkçı, ayrımcı, savaş kışkırtıcı propaganda ile, şiddete ve suç işlemeye tahrik (27) eylemleridir. Hakaret (28), sövme, iftira, vb. gibi zaten düşünce özgürlüğüne yabancı unsurlar ile, çocukların ve gençlerin ahlâkını bozucu yayınları burada anmak gerekmez; bunlarla ilgili yaptırımlar "düşünce suçu" kavramına girmez (29).

2) TÜRKİYE'DE "DÜŞÜNCE SUÇLARI"

Türkiye'de yasalarda doğrudan doğruya düşünceyi cezalandıran, azımsanmayacak sayı ve ağırlıkta hüküm vardır. Yargı organları da bunları bu şekilde anlayıp uygulamaktadır. Bu ceza hükümlerinden bazıları yabancı mahkemelerce de "düşünce suçu" olarak nitelendirilmiştir (30).

TCK 140

"Devletin hariçteki itibar veya nüfuzunu kıracak şekilde devletin

(24) 12 Şubat 1981 tarihli yasa (BIAJ, sayı 10, s. 35).

(25) 5 Mart 1980 tarihli yasa (BIAJ, sayı 10, s. 35).

(26) A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, p. 98.

(27) Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, askerleri orduyu terk etmeye çağıran el ilânları dağıtmanın Sözleşme'nin koruması altında olmadığını belirtmiştir *(Arrowsmith/Royaume-Uni*, Req. no 7050/75, Rapport de la Commision, 12 octobre 1978).

(28) Komisyon, orduya hakaretin "başkalarının şöhretinin korunması" ilkesine (Sözleşme md. 10/2) aykırı düştüğünü saptamıştır (A. H. ROBERTSON, *Human Rihgts in Europe*, p. 98).

(29) Yine Komisyon, bu tür yayınların koruma göremeyeceği görüşündedir (A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, p. 98).

(30) Örneğin TCK 141 ve 142. Federal Almanya'da siyasal sığınma davalarına bakan Federal İdare Mahkemesince birer "düşünce suçu" hükmü sayılmaktadır (Köln Barosu Avukatlarından Hanswerner Odendahl'ın arşivinden).

dahilî vaziyeti hakkında yabancı bir memlekette asılsız, mübalâğalı veya maksadı mahsusa müstenid havadis veya haberler neşreden veya millî menfaatlere zarar verecek herhangi bir faaliyette bulunan vatandaş, beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapse konulur" hükmü, "maddî unsuru" bile belirsiz (31) bir "düşünce suçu"dur. TCK'nın mehazı olan 1889 tarihli İtalyan Ceza (Zanardelli) Kanunundan değil, doğrudan doğruya faşist İtalyan mevzuatından alınan bu maddenin benzerleri Franco İspanyası Ceza Kanunu(md. 132) ile Salazar Portekiz'i Ceza Kanununda (md. 149) da yer almaktaydı. Bu kadarı bile, sözkonusu hükmün demokratik hukuk devletini değil, faşist devleti koruma işlevini açıklar. TCK 140, suç ve cezaların yasallığını da yoksayan bir hükümdür. Kısmen bu yüzden, kısmen de uygulama koşullarının doğmaması nedeniyle sözkonusu madde 1980'e kadar pek uygulama alanı bulmamıştır. Madde, 1980 askerî müdahalesinden sonra ve yurt dışındaki politik tavırların da önem kazanmasıyla adeta yeniden keşfedilmiştir. Politik göçmenler ve iki milyona varan göçmen işçi kitlesi ile bunların basın-yayın faaliyetleri bu maddeyle karşılanmaya başlamıştır. Açılan soruşturmalar vesile edilerek yurttaşlığı "kaybettirme" işlemleri de yapılmıştır. Yalnız 1986-89 yıllarında bu madddeden 180 sanık yargılanmıştır (32).

Ancak, maddenin asıl etkisi, Türkiye'de yaşamakta olup da buradan yurt dışına dönük olarak düşüncelerini açıklayanlar üzerinde olmuştur. Bülent Ecevit hakkında, bir basın demeci yüzünden 12 Eylül rejimi döneminde dava açılmış ve sanık iki ay tutuklu kalmıştır. İnsan Hakları Derneği'nin bir heyetinin Fransız parlamentosunun bir komisyonu önünde yaptığı açıklamaların sağ eğilimli bir Türk gazetesinde çarpıtılarak ve sansasyonel bir tarzda verilmesi, bu heyetteki kişiler hakkında DGM'de dava açılmasına yetmiştir.

TCK 140 uyarınca verilen mahkumiyet kararları da vardır. Bir iltica dilekçesinde yeralan Türkiye ile ilgili bilgileri doğrulamak için tanıklık edilmesi "millî menfaatlere zarar verici nitelikte faaliyet" sayılmıştır (33). Kuşkusuz, bu türden mahkumiyetlerle ilgili en çarpıcı örnek, İsmail Beşikçi ile ilgili olandır. İsviçre Yazarlar Birliği Başkanına yazdığı 14 Ağustos 1980 tarihli mektup nedeniyle bu madde uyarınca yargılanan Dr. İ. Beşikçi, Gölcük Sıkıyönetim Mahkemesi tarafından 10 yıl ağır hapis ve 5 yıl da sürgün cezasına çarptırılmış, cezalar Askeri Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir. Dikkat

(31) H. ÇELENK, 12 Eylül ve Hukuk, Onur Yay., Ankara 1988, s. 76-77.

(32) F. EREM, *Türk Ceza Hukuku*, c. II. Ankara 1962, s. 97; E. COŞKUN, "TCK 140, Avrupa yasaları ve çelişkiler", *Görüş*, Mart 1989, s. 18-19: T. YILMAZ. "Düşünceye yurt dışında da sansür", *Cumhuriyet*, 5.12.1989, s. 14.

(33) *Ask. Yrg.*, 3. D., 13.3.1985, E. 1985/77, K. 1985/57 (AYKD, sayı 4, 1986, s. 76).

çekici olan bir nokta da şudur ki, yazılan mektup herhangibir yerde yayımlanmış, yani aleniyete dökülmüş değildi, sadece müsveddesi ele geçirilmiş ve sanık tarafından da "gönderilmiş olduğu" doğrulanmıştı.

TCK 141

Belli düşünceler etrafında birleşmeyi (cemiyet kurma), hatta buna "tevessülü" cezalandıran TCK 141 de tipik bir "düşünce suçu"dur. Bu madde konusunda, "kanun, toplum için sakıncalı olan düşünce etrafında toplanmayı yasaklamaktadır" (34), "Cemiyete girme bir düşünce suçudur" (35) diyen Askerî Yargıtay bunu açıkça kabullenmiş ve maddeyi böyle uygulamıştır.

TCK 141, çok partili hayat döneminde pekçok dernek, sendika ve parti yöneticisine de uygulanmıştır. 1946'da Türkiye Sosyalist emekçi ve Köylü Partisi, 1950'lerde İleri Gençler Birliği, Türkiye Gençler Derneği, İstanbul Yüksek Tahsil Gençlik Derneği, Türkiye Barışseverler Cemiyeti, 12 Mart rejimi döneminde Türkiye Öğretmenler Sendikası, Türkiye İşçi Partisi, 12 Eylül döneminde yine TİP, Türkiye İşçi-Köylü Partisi yöneticileri hakkında verilen mahkumiyet kararları ile halâ kesin hükme bağlanmamış bazı davalar (DİSK, Barış Derneği, vb.) buna örnektir.

Bu kadarına gitmek gerekmez; Askerî Yargıtay iki kişinin birlikte eylemini (afiş asma) "cemiyet teşkili (36)", hatta iki kardeşin mektuplaşmasını "cemiyet içinde olma (37)" saymıştır. Yine Askerî Yargıtay'a göre "birleşen kimseler faaliyette bulunmasalar dahi cemiyet teşekkül etmiş (38)" olur. Örneğin, bir dernek lokalinde bazı kitap, yazı ve pankartların bulunması, dernek faaliyete geçmemiş olduğu halde, "tevessül" eylemi ve suç sayılmıştır (39).

Askerî Yargıtay daha sonraki kararlarından birinde, bu tür bir ce-

(34) *Ask. Yrg. Daireler Kurulu*, 10/9/1981, E. 101, K.99 (H. ÖZBAKAN/K. ÇELİKKALE, *Sıkıyönetim Davaları ile ilgili Askerî Yargıtay Kararları ve Alakalı Mevzuat*, Çağ matb., Ankara 1982, s. 104).

(35) *Ask. Yrg.* 3. D., 16.6.1981, E. 254, K. 240 ve *Daireler Kurulu*, 11.2.1982, E. 28, K. 25 (H. ÖZBAKAN/ K. ÇELİKKALE, *sge*, s. 97 ve 122).

(36) *Ask. Yrg., Drl, Krl.*, 4.6.1981, E. 70, K. 67 (ÖZBAKAN/ÇELİKKALE, s. 103).

(37) *Ask. Yrg., Drl, Krl.*, 22.10.1981, E. 124. K. 123 (ÖZBAKAN/ÇELİKKALE, s. 110).

(38) *Ask. Yrg., Drl, Krl.*, 10.9.1981, E. 101, K. 99 (ÖZBAKAN/ÇELİKKALE, s. 104).

(39) YCGK, 30.1.1978, E. 77/9-360, K. 1978/17 (YKD, c. IV sayı 5, 1978, s. 808-811).

miyet kurmanın ve buna girmenin, henüz faaliyete geçilmemiş olsa bile, bir "düşünce suçu" oluşturduğunu ve cezayı gerektiren eylem olduğunu çok daha açık bir şekilde belirtmiştir:

"Komünist bir rejimi gerçekleştirmek amacı etrafında birleşen kimseler faaliyette bulunmasalar dahi sözkonusu cemiyet vücut bulur. Böyle bir cemiyetin amaçlarına katılmayı da o cemiyete girme olarak kabul etmek doğru olur. Bu niteliği itibariyle cemiyete girme suçu, cemiyet kurma suçu gibi hem şekli, hem de düşünce suçudur (40)."

TCK 142

1938'de geçirdiği değişiklikten bu yana "cebir ve şiddet" unsuruna yer vermeyen bu madde (41), "düşünce suçu"nun bir başka katıksız örneğidir. Burada, düşüncenin propagandası suçun oluşmasına yeterlidir, ayrıca cebir-şiddet çağrısında bulunulmuş olması gerekmez. *"Propaganda suçunda en önemli unsur taraftar kazanma amacıdır (42)"* diyen Askerî Yargıtay bu maddenin de doğrudan doğruya düşünceyi cezalandırdığını kabul etmiş ve bu yönde kararlar vermiştir. (Sivil) Yargıtay'ın daha liberal tutumlar içinde olduğu sanılmamalıdır; çünkü *"inandığını topluluğa beyan etme"*yi bile propaganda ya da övme suçu sayan daire kararları vardır (43). Maddedeki *"övme"* suçuna verilen anlam da, düşüncenin cezalandırıldığının açık itirafıdır: "Övmekten maksad, bir fikrin başkaları tarafından benimsenmesi için onu iyi göstermek, savunmak veya değerini yükseltmektir. (44)"

Başka ülkelerde ve bu ülkeler için yazılmış ya da çok eski tarihli kitapların Türkçe çevirilerinin dava ve mahkûmiyet konusu olması da, "düşünce suçu"nun hangi boyutlara kadar uzanabildiğini gösterir. Bilimsel sosyalizm öncesi döneme ait kitapların (örneğin Babeuf'ün "Devrim Yazıları") çevirmeni bu maddeden yargılanmış, uzun süre tutuklu kaldıktan sonra aklanabilmiştir. 1848'de yazılmış olan Komünist Manifesto'yu Türkçeye çevirenlerin mahkûmiyet kararlarını onayan Yargıtay'a göre bu eserin eski tarihli oluşu, "komünizm propagandası niteliği taşımadığını göstermez. (45)"

Yargıtay, TCK 142/4'teki *"övme"* suçunu yorumlarken de, her tür-

(40) *Ask. Yrg. Drl. Krl.* 11.2.1982 tarih ve 28/25 sayılı kararı (akt, H. ÇELENK, Hukuk, Süreç yay., İstanbul 1986, s. 40).

(41) 16.7.1938 tarih ve 3531 sayılı kanun.

(42) *Ask. Yrg. Drl. Krl.*, 14.3.1985, E. 1985/62, K. 1985/57 (AYKD, sayı 4, 1986, s. 97).

(43) *Yrg.*, 9. CD., 17.3.1978, E. 78/1293, K. 78/1215 (YKD, c. IV, sayı 6, 1978, s. 1057-1058).

(44) *Yrg.*, 1. CD., 12.2.1970, E. 1969/3193, k. 1970/531 (RKD, Yıl 6, 1971, III/2, s. 55).

lü kaçamağı tıkamaya özen göstermiştir. Şöyle ki: "Övmekten maksad, bir fikrin başkaları tarafından benimsenmesi için onu iyi göstermek, savunmak veya değerini yükseltmektir (46)"; "Propaganda fiilinde taraftar kazanmak maksadı güdüldüğü halde, övme fiilinde sadece ileri sürülen fikirlerin benimsenmesi için methüsenalarda (övgülerde/BT) bulunarak başkaları üzerinde tesir yaratmak kâfi görülmüştür (47)". Görüldüğü gibi ayrımlar gerçekten çok incedir ve kolay kolay anlaşılabilecek nitelikte de değildir. Yüksek Mahkemenin de bu hassas ölçüleri uygulamakta hayli zorlandığı anlaşılmaktadır. "Komünist Manifesto" ile "Karl Marx, Hayatı ve eserleri" (H. Lefèbre) adlı kitapları aynı ölçülerle tartan Yargıtay Birinci Dairesi bir ay farkla verdiği kararlardan biricisinde Komünist Manifesto'da *propaganda suçunun* (TCK 142/1), ikinci eserde ise *övme* suçunun (TCK 142/4) işlendiği sonucuna varacaktı. Ancak ikinci karardaki eser için "komünistlik fikri yayılmakta ve *en azından övülmektedir*", çevirmen için de "komünistlik fikrini yaymak *veya övmek* maksadını güttüğü" anlaşılmaktadır diyen mahkemenin bunca gidip-gelmeden sonra "övme suçu"nda karar kılabilmiş olması (48) bu zorlanmanın örneklerinden biridir. Pek çok mahkeme kararında da propaganda ve övme içiçe kullanılan terimler durumundadır. Bunun da zararını yine sanıklar çekmektedir; çünkü iki suçun cezaları arasındaki 5 yıllık fark küçümsenecek gibi değildir. Yasadaki anti-demokratik zihniyetten de kaynaklanan bu zoraki tanım ve ayrımlar, aslında "propaganda suçu" sayılamayan ifadelerin "övme suçu" sayılmalarını ve böylece cezasız bırakılmamalarını sağlamak gibi bir işlev yüklenmiştir. Bir sohbette SSCB konusunda yapılan konuşmalarının (49), Yunan cuntasına karşı Yunanlı bir yazarın kitabının Türkiye'de de ingilizce yayımlanmasının (50), Bulgar şairi G. Milev'in "Eylül" adlı şiir kitabının Türkçeye

(45) *Yrg.*, CD., 10/4/1974, E. 1973/858, K. 1974/1397 (YKD, Yıl 1975, sayı 5, s. 121). Oysa bir başka kararda, Osmanlı dönemi sosyalist yazılarının yeni harflerle yayınlanmasının "yıllarca sonra yürürlüğe giren TCK hükümlerince" suç sayılamayacağına işaret edilmiştir: *Yrg.*, 9. CD., 20.12.1978, E. 1978/3823, K. 1978/4806 (YKD, c. VI, sayı 10, 1980, s. 1442-1444).

(46) *Yrg.*, 1. CD., 12.2.1970, E. 1969/3193, K. 1970/531 (RKD, Yıl 6. 1971, III/2, s. 55).

(47) *Yrg.*, 1. CD., 12.1.1971, E. 1970/3683, K. 1971/20 (RKD, Yıl 6, 1971, III/2, s. 45).

(48) *Yrg.*, 1. CD., 26.3.1971, E. 1970/2140, K. 1971/1051 (RKD, Yıl 6, 1971, III/2, s. 42-44) ve 28.4.1971, E. 1970/4037, K. 1971/1510 (RKD, Yıl 6, 1971, III/2, s 40-43).

(49) *Yrg.*, 1. CD., 10.4.1967, E. 3228, K. 877 (RKD, Yıl 2, 1967, III, s. 77-80).

(50) *Yrg.*, 1.CD., 12.2.1970, E. 1969/3193, K. 1970/531 (RKD, Yıl 6, 1971, III/2, s. 55).

aktarılmasının (51), bir okulun müdür odasında "yapılan görüşme ve çıkan *tartışma*" sırasında söylenen bazı sözlerin (52), resimli Lenin albümünün (53), bazı afişlerin ve üretim araçlarında özel mülkiyetin kaldırılmasını öneren broşürün (54) "övme suçu" çevresinde ele alınıp sanıkların cezalandırılması bunu göstermektedir.

Bir bütün olarak TCK 142 uygulaması, yalnız komünizm propagandası ya da övgüsünün değil, bunun yanısıra düzene ilişkin eleştirilerin de cezalandırıldığını ortaya koymuştur. Bu türden cezalara ve mahkumiyet kararlarına örnek olarak bugüne kadar daha çok basın ve yayın yoluyla işlenmiş suçlar üzerinde durulmuştur. Bu elbette önemlidir, çünkü basın ve yayın yoluyla düşünceler daha geniş kitlelere ulaşır ve etkileri de büyük olur. Ama bu gerçek, sıradan insanların da gündelik hayatlarında bu suçu işleme tehlikesi ve ceza görme tehdidi altında bulunduklarını unutturmamalıdır. Nitekim, konuyla ilgili birtakım Yargıtay kararları, insanların günlük konuşmalarına da dikkat etmeleri gerektiğini öğretmektedir. Çünkü Yüksek Mahkeme, "Türkiye'de kiminin çok zengin ve kapitalist, kiminin de fakir ve süründüğü, Rusya'da ise herkesin bir olduğu", "Lenin ölmeseydi Türkiye'nin şimdi aynı rejimde olacağı ve Türkiye'nin de ergeç aynı rejimi kabul edeceği, vb." (55), "Bazılarının fabrikaları var, bazıları da günde 10 lirayı zor kazanıyor ve aç yatıyor; sosyalistlik eşit yaşamak demektir. Herkes eşit olmalı.." (56), "Bu nizamın iyi olmadığı", "fabrikalarla topraklar"ın özel mülkiyete konu olamayacağı (57) şeklinde konuşmalar yapanlarla, sosyal adaletsizliklerden yakınan ve toprakların birleştirilmesini isteyen (58), cebir önermeyen ama sırf marksizm "demokrasinin zıddı" sayıldığı için suç oluşturduğu kabul edilen sözleri (59) söyleyenleri mahkûm eden kararları onamıştır.

(51) *Yrg.*, 1. CD., 17.4.1973, E. 1973/718, K. 1973/1450 (RKD, Yıl 8, 1973, III/2, s. 8).

(52) *Yrg.* 8. CD., 21.11.1973, E. 2007, K. 1558 (YKD, 1975, sayı 2, s. 142-143).

(53) *Yrg.*, 8. CD., 19.1.1977, E. 1976/10027, K. 1977/240 (YKD, c. III, 1977, s. 599).

(54) *Yrg.*, 8. CD. 30.3.1976, E. 1976/9855, K. 1977/2928 (YKD, c. III, 1975, s. 1030-1) ve 11.5.1976, E. 1976/1045. K. 1976/3909 (YKD, c. II, 1976, s. 1352-4).

(55) *Yrg.* 1. CD, 30.5.1966, E. 1223, K. 1280 (RKD, yıl 1, 1966, s. 122-123).

(56) YCGK, 30.4.1973, E. 1972/1-44, K. 1972/363 (RKD, yıl 8, 1973, c. III/1, s. 98-103).

(57) *Yrg.* 8. CD, 11.5.1976, E. 1976/1045, K. 1976/3909 (akt. T. KAZAN, "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü", *İstanbul Barosu Dergisi*, c.52, 1978, sayı 10-12).

(58) *Yrg.* 1 CD., 30.5.1966, E. 1223, K. 1280 (RKD, Yıl 1, 1966, c. III, s. 119-123).

(59) *Ask. Yrg.* 3. D., 21.9.1971, E. 379, K. 391 (T. LÜLECİ/H. ÖZBAKAN), *Askeri Yargı İle İlgili Kanunlar Ve İçtihatlar*, c. II. Ankara, s. 1299; *Ask. Yrg. Drl. Krl.*, 25.6.1981, E. 88, K. 87 (ÖZBAKAN/ÇELİKKALE, s. 134).

Düşüncelerin başka yollardan açıklanmasında da aynı yaptırımlarla karşılaşılmıştır. Duvarlara orak-çekiç çizilmesinde, bir sinema salonunda "bölücü"sözler içerdiği kabul edilen bir müzik bandının çalınmasında (60), epey zaman öncesinde idam edilmiş kişilerin afişlerinin asılmasında (61), bir derginin "fikirlerinin benimsenerek" dağıtılmasında (62), bir mektuptaki "eziyet ve sömürüden kurtulmaya" yönelik dileklerde (63), bir sınav kâğıdına yazılan cevaplarda (64) bu maddedeki suçların işlediği kabul edilmiştir.

TCK 142 ile ilgili bu ve benzeri mahkeme kararları, "cebir" unsurunun aranmadığını göstermektedir. Cebir unsurunu arayan kararlar istisnaidir (65), bunların arkası gelmediği gibi, liberal sayılan 1961-71 döneminde bile Yargıtay "sosyalizmin kanun ve devlet zoruyla kurulacağı" görüşünü savunan yarışma yazılarında (66), soyut marksizm savunularında (67), üretim ve tüketim araçlarını "devletleştirmek amacı güden ve dini, ferdi mülkiyeti ve miras hakkını reddeden" şiirlerde (68) suç unsuru bulmuştur. 12 Mart dönemi sonrasında (69) verilen kararlar da bu yöndedir.

Yargıtay, buradaki suçların işlenmiş sayılması için "aleniyet" şartını da aramamakta, düşüncenin başkalarına aşılanmak istenmesini yeterli görmektedir (70). Böylece özel mektuplarda sosyalizmin, "bilimsel izah sınırını aşıp onurlu bir rejim olarak" nitelendirilmesi (71),

(60) *Ask. Yrg.*, 4. D., 24.3.1981, E. 94, K. 108 (ÖZBAKAN/LÜLECİ, s. 141).

(61) *Yrg.* 9. CD, 10.8.1978,E. 1978/330, K. 1978/3081 (akt, T. KAZAN, "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü").

(62) *Yrg.*, 9. CD, 20.3.1978, E. 1978/112, K. 1978/1253 (aynı kaynak).

(63) *Yrg.*, 9. CD, 14.12.1977, E. 1977/3814, K. 1977/4118 (YKD, c. 4, 1978, s. 473-474).

(64) *Yrg.*, 9. CD, 27.3.1978. E. 1978/1371, K. 1978/1343.

(65) Örnek olarak: *Yrg.* 1. CD., 30.5.1967, E. 1966/2548, K. 1967/1392 ve 3.10.1967, E. 1967/1702, K. 1967/2246 (A. ÜNER/ N. GENÇER, *Komünizm, Sosyalizm ve İlgili Yargıtay Kararları*, Ankara 1969, s. 24).

(66) *Ş. Alkılıç davası*, YCGK, 19.4.1965, E. 158, K. 150 ve 24.6.1968, E. 4-17, K. 1968/210 (ÜNER/GENÇER, s. 73-76).

(67) *Yrg.*, 1. CD., 30.5.1966, E. 1223, K. 1280 (RKD, Yıl 1, 1966, c. III. s. 119-123).

(68) *Aşık İhsanî davası*, Yrg., 1. CD., 2.3.1967, E. 431, K. 508.

(69) *Yrg.*, 9. CD., 14.12.1977, E. 1977/3814, K. 1977/4118 (YKD, c. IV, 1978, s. 473-4); 9. CD., 17.3.1978, E. 1978/1293, K. 1978/1215 (YKD, c. IV, 1978, s. 1057-1058).

(70) *Yrg.*, 1. CD, 30.5.1966, E 1223, K. 1280 (RKD, Yıl 1, 1966, III, s. 119-120); 1. CD., 7.2.1973, E. 1972/4984 (O. KARATEKE/A. KUTLAY, *Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Ceza Daireleri Kararları*, 1973 yılı, 1, s. 101).

(71) *Yrg.*, 9 CD., 1.4.1977, E. 1977/1088, K. 1977/1006 (YKD. c. III, 1977, s. 1182-1183)

"eziyet ve sömürüden kurtulmaya" yönelik dileklerde bulunulması (72), bir babanın oğluna siyasal düşüncelerini yazması (73) ya da bir sınav kâğıdında "komünizmi övücü sözler"in bulunması (74) TCK. md. 142'deki suçların işlenmiş sayılması için yeterli görülmüştür.

Özel suç kastı da çoğu kez aranmamaktadır; düşüncelerin başkalarına aktarılması suçlu sayılmak için yeterlidir. Bu yüzden, bir kitapta belli bir eğilimin varlığının saptanması, (75) bir yabancı kitaptaki "düşüncelerin Türkiye'de de yayılıp benimsenmesi amacı"nın varlığı (76), bir babanın yatılı okuldaki oğluna mektup yazması, kasıt unsurunun gerçekleştiği anlamına gelebilmiştir. İki arkadaş arasındaki özel yazışmalar da komünizm telkinine kanıt sayılmış, ancak "mektubu alan kimsenin de esasen telkine ihtiyacı olmayan bir komünist" olduğunun kabulüyledir ki, mektubu yazanın bir suç işlemediği (işleyemeyeceği) sonucuna ulaşılabilmiştir (77).

Elbette Yargıtay'ın ve Askeri Yargıtay'ın sanık lehine onama ya da bozma kararları da çoktur. Ancak yukarda belirten ölçüler açısından, lehte bozma kararlarının yüksek mahkemeler hesabına olumlu puan olmaktan çok, dava mahkemelerinin (özellikle sıkıyönetim askeri mahkemeleri) kararlarının niteliği hakkında bir fikir verdiği söylenebilir (78). Kaldı ki bunun tersi de geçerlidir, beraat kararlarını bozan yüksek mahkeme kararları hiç de az değildir (79).

TCK 142 ve benzeri "düşünce suçları"ndan dolayı verilen cezalar inanılmaz ağırlıktadır (80). 1983 seçimlerinden bu yana da bu maddelerle ilgili uygulamada bir gevşeme değil, 1982 Anayasasının, 12 Eylül rejiminin devam eden kurum, kural ve zihniyetlerinin de etkisiyle bir yayılma vardır. Bu tarihten sonra açılan davaların bir kısmının henüz kesin hükme bağlanmamış, bazılarının da takipsizlik ya da

(72) *Yrg.*, 9. CD., 14.12.1977, E. 1977/3814, K. 1977/4118 (YKD, c. 4, 1978, s. 473-4).

(73) *Yrg.*, 1. CD., 17.5.1963, E. 1963/636, K. 1109 (akt. Ç. ÖZEK. 141-142, s. 196, dn. 32).

(74) *Yrg.*, 9. CD., 27.3.1978, E. 1978/1371, K. 1978/1343 (YKD, c. IV, sayı 7, 1978, s. 1241-2).

(75) *Yrg.*, 1. CD., 20.1.1968, E. 1967/2533, K. 1968/178.

(76) *Yrg.*, 1. CD., 30.1.1969, e. 1968/3296, K. 1969/286 (A. ÜNER/N. GENÇER, s. 169).

(77) *İzmir Ağır Ceza Mahkemesi*, 3.12.1953 günlü ve 431/323 sayılı karar.

(78) Prof. Dr. M. Soysal'ın "Anayasaya Giriş" kitabından dolayı Ankara Sıkıyönetim Mahkemesinden aldığı mahkûmiyet kararı bunun en iyi örneğidir.

(79) Tipik bir örnek için bkz. *Ask. Yrg.*, 4. D., 18.6.1985, E. 1985/176. K. 1985/134 (AYKD. sayı 4, 1986, s. 115).

(80) Örneğin, M. Erdost ve S. Ege'nin 1974'deki toplam hapis cezaları 35'er yıldı. TCK 142, 159 ve 312 uyarınca mahkum olan 27 dergi sorumlusunun toplam cezaları 3 bin yıl civarındadır.

aklanmayla sonuçlanmış olması, özgürlükler adına duyulan kaygıları yatıştırmaya yeterli değildir. Çünkü, düşüncelerini yaymaktan ötürü ceza soruşturmasına uğramak, sonu takipsizlik ya da aklanmayla bitse bile, özgürlüğünü kullanmanın nasıl bir risk ve cesaret işi olduğunun kanıtıdır.

"Düşüncelerini yayma" kavramına sokulamayacak bazı durumlarda da soruşturma açılmaktadır. İzmirli lise öğrencisi 15 yaşındaki M.C'nin DGM'de yargılanması buna bir örnektir. Bir tartışma sırasında arkadaşlarına söylediği sözlerden, sınıf kapısına karaladığı silik şekillerden ve özel defterine yazdığı sloganlardan dolayı komünizm propagandası yapmakla suçlanan sanığın aklanabilmesi için 87 gün tutuklu kalması, 33 gün Adli Tıp'ta tecrit edilmesi ve yargılamanın da 15 ay sürmesi gerekmiştir. Beykoz Belediye Başkanının, gelen yılbaşı tebriklerine cevap verirken, "Türkiye Birleşik Komünist Partisi Beykoz İlçesi" adresine de bir cevap göndermesi, Başkanın ve iki memurun, "Kuruluşuna, yürürlükte bulunan yasalarca izin verilmeyen komünist partiden açık bir şekilde bahsederek komünizm propagandası yaptıkları" iddiasıyla DGM'ye sevkedilmelerine ve haklarında 5-12 yıl hapis cezası istenmesine yetmiştir (81).

TCK 163

Bu maddenin, laikliğe aykırı derneklerle ilgili 1. ve 2. fıkraları bir yana bırakılırsa, doğrudan doğruya düşünce özgürlüğüyle ilgili hükümleri 3. ve 4. fıkralarda yer almaktadır. Maddenin, 21.1.1983 tarih ve 2787 sayılı yasa ile değiştirilen ve bugün yürürlükte olan şeklinde 3. ve 4. fıkralar iki türlü faaliyeti cezalandırmaktadır. *"Birinci paket"*, 3. fıkranın başında yeralan ve "laikliğe aykırı olarak devletin sosyal veya ekonomik veya siyasî veya hukukî temel düzenini, kısmen de olsa dinî esas ve inançlara uydurmak amacıyla (...) her ne suretle olursa olsun, propaganda yapan"ları cezalandıran hükümdür. Fıkranın bundan sonraki bölümü ile 4. fıkranın tümü ise dinsel inanç, duygu ya da sembollerin kişisel ya da siyasal amaçlara "alet" edilerek kötüye kullanılmasını cezalandırmakta ve *"ikinci paket"*i oluşturmaktadır. Bu iki "paket" arasında esaslı bir anlam ve içerik farkı vardır.

*"İkinci paket"*te suç sayılan fiilin, yani günlük dildeki karşılığıyla "din sömürüsü"nün bir hak ve özgürlüğün *kötüye kullanılması* anlamına geldiği meydandadır. Nasıl, hakaret ve sövme ya da iftira niteliğindeki ifadeler "düşünce" ve "düşünceyi yayma" kavramının kapsamı

(81) *İzmir DGM Gerekçeli Kararı*, E. 1988/58, Kt. 10.10.1988; Yargıtay 9. CD. E. 1989/3280, K. 1989/4625, Kt. 1.12.1989; Beykoz olayı (*Cumhuriyet*, 24.3.1990).

dışında kalan ve bunlara yabancı hareketlerse, aynı şekilde dinin ve dinsel duyguların kişisel ya da siyasal yarar sağlamak amacıyla kötüye kullanılması ve bu yolda propaganda malzemesi yapılması da "düşünceyi açıklama" kavramına yabancı bir davranıştır. Bu şekildeki ifadeler "kötüye kullanma" niteliğinde olup Hukuk tarafından korunmaz. Ayrıca laik bir sistemde din ve politika ayrımı esastır.

*"Birinci paket"*teki durum ise farklıdır. Burada, herhangi bir "kötüye kullanma" ya da "sömürme" sözkonusu değildir. Sırf içeriği bakımından laikliğe aykırı düşüncelerin propaganda ve telkini, sadece bu sebepten ötürü cezalandırılmıştır. Burada bir "düşünceyi açıklama" fiili vardır ve yasa bunu cezalandırmaktadır. Dolayısıyla *"birinci paket"* gerçek anlamda bir "düşünce suçu" niteliğinde olup, bu açıdan TCK 141 ve 142 ile açık bir paralellik içindedir. Hukuki gerçek bu olunca da, sol düşüncelerin cezalandırılmasına karşı yönelen eleştirileri, dinci düşüncenin cezalandırılması konusunda da tekrarlamak gerekir. Bunun tersi tutarsızlık olur. Laikliğin korunması ise, zaten *"ikinci paket"*le yeterince yaptırıma bağlanmış sayılmalıdır.

TCK 163'ün 1983'de değiştirilmesinden önceki biçiminde bu iki paket aynı fıkrada (fıkra 4) yer almaktaydı ve bugünkü biçiminden özde farklı değildi. Maddenin eski ve yeni şekilleriyle uygulanışı, bu hükümlerin bir "düşünce suçu" olarak kabul gördüğünü ortaya koymaktadır.

Baştan belirtmeli ki, genellikle sanıldığının tersine, bu hükümler "zaten uygulanmıyor" değillerdir. Mahkûmiyet kararlarının varlığı, hatta çokluğu bunu gösterir. Mahkûmiyetle sonuçlanmayan soruşturma ve davaların sayısı da hayli yüksektir. Son yıllarda bu tür kovuşturmalarda ve gözaltına alma işlemlerinde artışlar görülmüştür (82). Mahkumiyetle bitmese de, bu tür işlemler, maddenin bir noktaya kadar uygulandığını gösterir. Bu kadarının bile, düşünce özgürlüğünü zedeleyici, bunu serbestçe kullanmaktan caydırıcı ve kişinin huzurunu bozucu bir durum yarattığı meydandadır. "Gizli ayinler"e yönelik müdahaleler, uygulamanın dinsel özgürlükleri de sarstığını gösterir.

Öteyandan uygulamada, siyasal ve kişisel çıkar sağlama amacıyla din duygularını alet ederek yapılan laikliğe aykırı propaganda ve telkinlerden ("istismar ve kötüye kullanma") çok, sırf laikliğe ters düştü-

(82) bkz. Mehmed CEMAL, *Yüzaltmışüç*, Fatih yay., İstanbul 1974. 1984-87 arasında kovuşturmaya uğrayanların % 70'i "delil yetersizliği"nden aklanırken, 10 sanık toplam 33 yıl 11 ay hapis cezasına çarptırılmıştır (A.T. BERKER, "Irtica davalarında hızlı artış", Cumhuriyet, 30.7.1987, s. 14). 16 yıl 8 aya mahkum Osman Coşkun (*Güneş*, 16.1.1990); Zaman gazetesi yazarlarının mahkumiyeti (TİHV Bülteni, 13.12.1990, s.1); Saidi Nursî mevlidi düzenleyen gazetecilerin gözaltına alınmaları (*Cumhuriyet*, 2.11.1990)

ğü kabul edilen ifade ve toplantılar kovuşturma ve mahkûmiyet konusu olmuştur: teokratik istek, dilek, özlem, öneri ve savunmalar, din devleti fikrini aşılama ve yayma çabaları, vb. İddianameler ve mahkûmiyet kararları, "din sömürüsü" yapan kişi ve ifadeler üzerinde değil, "laikliğe aykırı düşüncelerin yayılması" ekseninde yoğunlaşmıştır. Maddenin asıl uygulanan yanı *"birinci paket"*i, yani "düşünce suçu" koyan tarafıdır.

Dünya işlerini düzenleyen bir din olarak İslâmın laiklikle çelişmesi yüzünden, bazen sırf din kurallarının savunulması ya da açıklanması da kovuşturma konusu olabilmiştir (83).

Sözkonusu eski 4. fıkra, Yargıtay tarafından da bir "düşünce suçu" olarak anlaşılmış ve uygulanmıştır. Yüksek Mahkeme, başka ülkelerde ve hatta hayli eski tarihlerde yazılmış kitapların türkçe çevirilerinde laikliğe aykırı popaganda bulma konusunda, tıpkı sosyalist literatür çevirilerinde olduğu gibi, zorlanmamış, duraksamamıştır (84). Basit bir düşünce açıklaması boyutunu aşmayan, hatta fantazya ve demogoji kokan sözler suç sayılabilmiştir (85).

Anayasa Mahkemesi de eski TCK 163/4 hükmünü Anayasaya uygun bulurken, laikliğe aykırı düşüncelerin açıklanması özgürlüğünün olamayacağını belirtmiş, buradaki hükmün bu tür düşünceleri cezalandırdığı ve bunun da Anayasaya aykırı düşmediği sonucuna ulaşmıştır (86).

Bir "düşünce suçu" olma niteliği apaçık ortada olan TCK 163'ün eski ve yeni biçimiyle *"birinci paket"*lerinin anayasalarımız karşısındaki durumu nedir? Anayasa Mahkemesi, TCK eski 163/4 hükmünün 1961 Anayasasının 19. maddesinin son fıkrasına (1982 AY. md. 24/son) uygunluğunu kanıtlamak için şu gerekçeye dayanmıştı:

"Anayasanın din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin beşinci fıkrasında gösterilen durumlar, ayrı sözcüklerle de olsa, Türk Ceza Yasası'nın 163/4. maddesinde yeralmaktadır. (Bu) suçun maddi ve manevi ögele-

(83) M. CEMAL, *Yüzaltmışüç*, s. 254 vd.; *Güneş* 16.1.1990 (Osman Coşkun),

(84) Örneğin bkz. *Yargıtay Ceza Genel Kurulu*, 13.4.1987, /E. 1986/9-365, K. 1987/199 (YKD, c. 13, sayı 12, s. 1812-1815).

(85) "En büyük bir Cumhuriyet rejimi olan islam, hâkim olduğu BMM'nin kapısına 'Hakimiyet kayıtsız şartsız Hakkındır' levhasını yazmayı emreder (...). Akıncı gençlik Türkiye'de yapılan inkılapların hesabını sormak için yola çıkmıştır" şeklindeki sözler suç sayılmıştır: Yrg., 9. CD., 6.4.1978, E. 1978/1519, K. 1978/1494 (YKD, c. 4, sayı 10, 1978, s. 1769-1770); YCGK, 24.3.1980, E. 1979/276, K. 1980/115 (YKD, c. 4, sayı 7, 1980, s. 1015-1033).

(86) "..laikliği koruyup sürdürmek için düşünce özgürlüğünün sınırlanması, bizzat Anayasa'nın uygun bulduğu bir düzenlemedir" (E. 1980/19. K. 1980/48, kt. 3.7.1980; AYMKD, Sayı 18, s. 273). Aynı yönde : E. 1989/1. K. 1989/12, kt. 7.3.1989 (RG. 5.7.1989-20216).

ri Anayasanın 19/5. maddesindekilerin koşutu olup, Anayasanın 19. maddesinde geçen 'istismar, kötüye kullanma, yasak dışına çıkma ve kışkırtma' sözcükleri Türk Ceza Yasasının 163/4. maddesindeki 'propaganda ve telkin'i kapsamaktadır. (87)"

Gerekçe hiç de inandırıcı değildir. Şu nedenle ki, hukuk teori ve pratiğinde "istismar, kötüye kullanma, yasak dışına çıkma, kışkırtma" ile "propaganda ve telkin" apayrı kategorilerdir. Birinciler hukukun korumadığı davranışlar, öbürleri ise düşünceyi yayma özgürlüğünün doğal biçimleridir. 1961 Anayasası propaganda ve telkini değil, *"her ne suretle olursa olsun istismar ve kötüye kullanma"*yı yasaklamıştı. TCK eski 163/4'ün birinci bölümü ile, 1961 Anayasasının 19. maddesinin 5. fıkrası arasında paralellik değil, esaslı bir farklılık vardı. 1961 Anayasası, kendinden önce konmuş olan TCK 163/4 hükmünde yeralan suçlardan daha dar bir yasaklama çerçevesi çizmiş, fıkranın bütününü değil, sadece ikinci yarısını bünyesine alarak anayasallaştırmıştı.

TCK eski 163/4'ün bugünkü karşılığı olan TCK 163/3 ve 4'ün 1982 Anayasası karşısındaki durumu nedir? 1982 Anayasasıyla da yasaklanan "istismar ve kötüye kullanma"dır (md. 24/son). Hatta eski Anayasada yeralan, "Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtan gerçek ve tüzel kişiler hakkında kanunun gösterdiği hükümler uygulanır" şeklindeki kurala yeni Anayasada yer verme ihtiyacı duyulmamıştır. Ayrıca ne genel sınırlama hükmü olan 13. maddede, ne de düşünce özgürlüğü ile ilgili 26. maddede, anti-laik düşüncelerin yayılmasıyla ilgili bir hükme rastlanmaktadır. Kısacası, anti-laik propaganda ve telkin suçu, Anayasanın bu hükümlerine dayandırılamaz.

Anayasanın 14. maddesi açısından ise durum pek net değildir. Burada, örneğin TCK 141-142'nin anayasallaştırılması isteğinin oldukça açık olmasına karşılık, laiklikle ilgili gibi görünen hüküm epey bulanıktır: "Anayasada yeralan hak ve hürriyetlerden hiçbiri (...) *din ve mezhep ayrımı yaratmak* veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar". *"Din ve mezhep ayrımı"* gibi dar bir ölçüyü esas alan bu ibareyi anti-laik (teokratik) bir düzenin tanımı ve karşılığı olarak kabul edebilmek zordur. Nasıl laiklik din ve mezhep ayrımı gütmeme ilkesine indirgenemezse, teokratik devlet de din ve mezhep ayrımcılığından ibaret görülemez. Hatta bir teokratik devletin mutlaka bu alanda ayrımcı olacağı da ileri sürülemez. Fakat bu bulanık hüküm, laikliğe aykırı düşünce özgürlüğünün olamayacağı yolunda da yorumlanmaya bütün bütüne kapalı değildir. Böyle yorumlandığı takdirde de, TCK'nın 1983'de değiştirilen 163. maddesinin 3. fıkrasının birinci bö-

(87) AYMKD, sayı 18, s. 272.

lümünün (eski 4. fıkranın birinci bölümü), 1982 Anayasasının 14. maddesinden dayanak aldığını kabul etmek gerekecektir.

Ama bu da, sözkonusu "paket'in, özgürlükçü demokrasi ölçülerine ters düşen, bir "düşünce suçu" koyan hüküm olduğu gerçeğini gölgelemez. 6 Temmuz 1960 tarih ve 15 sayılı bir yasanın TCK 163'teki suçları "vatana ihanet" kavramına sokmuş olması, bugün hâlâ yürürlükte olduğu Anayasa Mahkemesi'nce de belirtilen Hıyanet-i Vataniye Kanununun buna benzer hükümler taşıması işin vahametini daha iyi gösterir.

* * *

TCK 141, 142 ve 163 ile ilgili dava ve mahkûmiyetlerin bilançosu, ülkenin düşünce özgürlüğü konusundaki düzeyini yeterince yansıtan bir ayna durumuna gelmiştir. Adalet Bakanlığı verilerine göre 1982-1990 arasında bu maddelerden 10.949 kişi yargılanmıştır. Adalet Bakanının 14.11.1990 tarihli açıklamasına göre TCK 142 ve 163 uyarınca davası devam eden sanık sayısı 1269, tutuklu sayısı da 61'dir. Özgürlükçü rejimlerde benzerine rastlanmayan bu durum, Avrupa ile bütünleşme fikrinden yola çıkan bazı resmi kişilerin de giderek itiraf etmeye başladıkları bir gerilik örneğidir (88).

Adlîye'nin en yetkili ağızlarından, "Eyleme dönüşmemiş düşüncenin suç niteliğinin ortaran kaldırılması, bu amaçla eylem kavramının ölçü ve sınırlarının belirlenmesi" taleplerinin yükselmesi, bu durumdan duyulan tedirginliğin yargı organının doruklarında da yaşandığını gözler önüne sermektedir (89).

Başka Bazı Hükümler

Türkiye'de "düşünce suçları" yukarda sayılanlardan ibaret değildir. Türk Ceza Kanununun; bazı resmî bilgilerin açıklanması (md. 132, 136, 137), ülkenin güvenliğini sarsacak makaleler yayımlanması

(88) Cumhurbaşkanı Evren ve Başbakan Özal bu durumdan duydukları tedirginliği ifade etmişlerdi. Diyanet İşleri Başkanı Prof. Yazıcıoğlu'nun da, Avrupa ile bütünleşme sürecini öne çıkararak, TCK 141, 142 ve 163'ün kaldırılması isteğini dile getirmesi ilginçtir (*Cumhuriyet*, 23.1.1989, s.10). Bu konuda bir "yuvarlak masa" tartışması için bkz. "Toplumsal Çoğulculuğun Sınırları ve Türk Ceza Kanununun 141, 142 ve 163. Maddeleri Üzerine Bir Tartışma", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Sayı 104, Şubat 1989, s. 29-48.

(89) "Yargıtay Başkanı A. Coşar'ın 1988-1989 Adlî yılını Açış Konuşması", *Bursa Barosu Dergisi*, Ekim 1988, sayı 33-34, s.18.

(md.155) (90), suç işlemeye kışkırtma (md.311), suç sayılan fiili övme, halkı yasalara uymamaya ve sınıfları birbirine karşı kin ve düşmanlığa tahrik etme (md. 311, 312), Cumhurbaşkanına (md. 158), Türklüğe, Cumhuriyete, BMM'ne, hükümetin manevi kişiliğine, bakanlıklara, silahlı güçlere ve emniyet kuvvetlerine ve adliyeye hakaret (md. 159) gibi bazı davranışlarla ilgili hükümleri de eleştiri özgürlüğünü sürekli tehdit etmektedir. Cumhurbaşkanı Özal'a hakaretten açılan davaların 1 yıllık toplamının 43 olması (16'sı gazeteciler aleyhine), bu konuda yeterli bir fikir verir.

Özel yasalar da bu tür suçlara yer vermektedir. Askerî rejimden çıkış ya da demokrasiye ısınma süreçlerinde konan yasalar bunların başında gelir. 27 Mayıs 1960 rejimi sonrasında çıkarılan 38 sayılı "Tedbirler Kanunu" açıkça düşünceyi cezalandırmaktaydı. Bu kanun, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya uygun bulundu (91); daha sonra ise TBMM tarafından yürürlükten kaldırıldı (92). MGK'nın "yasama yetkisi"ni kullandığı dönemin son gününde çıkardığı 2969 sayılı yasa da, "12 Eylül 1980 öncesindeki siyasi çekişme ve çatışma ortamına benzer bir durumun yeniden doğmasına yol açacak sözlü ve yazılı beyanda" bulunmayı, "MGK başkan ve üyelerinin beyanlarını sözlü ve yazılı olarak kötüleyici veya küçük düşürücü şekilde tartışma ve eleştiri konusu" yapmayı cezalandıran hükümleri başta olmak üzere, tipik bir "düşünce yasakları yasası"ydı (93). Yasada 1986'da yapılan bir değişiklikten (94) ve Anayasa'nın geçici 4. maddesinin yürürlükten kalkmasından (95) sonradır ki, bir dava vesilesiyle, bu kanunun yürürlükten kalktığının mahkeme kararıyla saptanması mümkün olabilmiştir (96).

(90) Bunun tipik ve yargı açısından da hazin bir örneği, Nadir Nadi'nin 23 Ocak 1983 tarihli "Tuhaf bir tasarı" başlıklı ve TDK ile ilgili yazısından dolayı İstanbul 1 No'lu Sıkıyönetim Mahkemesince 2 ay 20 gün hapis cezasına çarptırılmasıdır. Aslında bu yeni bir makale de değildi; yazar 13 Ağustos 1961'de yine Cumhuriyet'te yayımlanmış olan yazısını aynen ve yorumsuz ikinci defa bastırmıştı. Böylece, 22 yıl önce kovuşturma konusu olmayan bu yazıda şimdi suç bulunuyordu. Mahkûmiyet kararı gerekçesine göre burada "...eski bir yazıdan yararlanmak yoluyla, ancak tamamen değişik bir kasıt altında yapılan bir makale yayını olduğu" için, TCK 155'teki "halkı kanunlara karşı gelmeye teşvik ile memleketin emniyetine tehlike iras edecek surette makale neşretmek" suçunun unsurları oluşmuştu. Karar daha sonra Askerî Yargıtay'ca bozulacaktır.

(91) E. 1963/16, K. 1963/83, Kt. 8.4.1963 (RG. 9.7.1963-11449).

(92) Kanun No. 1182, Kt. 15.5.1969.

(93) Kanun No. 2969, Kt. 6.12.1983 (RG. 6.12.1983-18243 mük.).

(94) Kanun No. 3271, Kt. 2.4.1986.

(95) Kanun No. 3361, Kt. 17.5.1987 (RG. 18.5.1987-19464 mük.), Kanun No. 3376, Kt. 23.5.1987 (RG. 28.5.1987-19473).

(96) *İstanbul 2. Asl. Ceza Mahkemesi*'nin 31.3.1988 tarihli kararı, Dosya No. 1988/42 (Av. Gülçin Çaylıgil arşivi).

Atatürk Aleyhinde İşlenen Suçlar Hakkında Kanun da (97), düşünce özgürlüğünü kısıcı yönde uygulanabilmektedir (98).

3) DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DÜZEYİ

Yasalar ve uygulama ile ilgili bu tarama, Türkiye'de "düşünce suçları"nın varlığı ve kapsamı konusunda yeterli fikir vermiş olmalıdır. Tablo bu kadar net ve açıkken, kimi devlet ve siyaset adamlarının ve diplomatların bunun tersini ileri sürmeye hakları yoktur (99).

"Düşünce suçları", her şeyden önce insan aklının ve İnsan'ın dışlanması demektir. Ayrıca bunların belirsizliği "suçların kanuniliği" ilkesini ve "yasayı bilmemek özür sayılmaz" düsturunu da anlamsızlaştırmaktadır. Çünkü en başta savcılar, yargıçlar ve bilirkişiler burada neyin suç olduğunu tanımlamakta acze ve birbirleriyle çelişkiye düşmektedirler. Aslında ise Türkiye'de düşünce özgürlüğünün düzeyi, "düşünce suçları"na bile indirgenemeyecek geriliktedir. Bu konuda da verilebilecek ve temsilî değeri olan örnekler vardır.

Bunlardan birincisi, "kanaat özgürlüğü"yle ilgilidir. Şöyle ki, "düşünce suçları'yla ilgili davalarda "kasıt" unsuru da araştırıldığında, bazen sanığın iç dünyasındaki düşüncelere kadar uzanılmakta ve bundan da sanık aleyhine sonuçlar çıkarılabilmektedir. Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun bir kararında şöyle denmiştir:

"...cemiyete girme suçu, cemiyet kurma suçu gibi (...) düşünce suçudur. O itibarla failin düşüncesinin, onun tarafından takip edilen gayenin ortaya çıkarılması bu suçun oluşması için yeterli olacaktır. Düşünce içe dönük bir olay olsa da, onun dış âleme yansıyan bir görünümü vardır. İşte bu görünümün iyi incelenip değerlendirilmesi, içe dönük düşüncenin mahiyetini de aydınlatır. (100)"

(97) No. 5816, Kt. 25.7.1951 (RG. 31.7.1951-7872).

(98) Örneğin D. Perinçek, "Atatürk ve Allah" başlıklı yazısı ile aynı konuda verdiği bir röportajdan dolayı bu yasa uyarınca hapis cezasına çarptırılmıştır (*2000'e Doğru*, 25 Aralık 1988, s. 27). İzmir'de yayımlanan Yakın Tarih Ansiklopedisi aynı nedenle toplatılmış, Zaman gazetesinin iki üyesi de 3'er yıl hapis cezasına çarptırılmıştır (*Cumhuriyet*, 21.12.1990).

(99) Cumhurbaşkanı K. Evren, "Bazı derneklerin mensupları şimdi hapisteler; ama fikir suçundan değil, 141 ve 142. maddelerden dolayı hapisteler" demiştir (*Antalya konuşması*, 28 Nisan 1985). Başbakan Özal ve Dışişleri Bakanı Halefoğlu dış basına verdikleri demeçlerde "Türkiye'de siyasal suçlu yoktur, tedhiş suçundan yargılananlar vardır" temasını işlemişlerdir. Londra Büyükelçisi R. Gümrükçüoğlu da bir İngiliz parlamenterine gönderdiği mektupta (8 Ocak 1986), Barış Derneği sanıklarının "fikir suçundan değil, yasadışı faaliyetlerinden dolayı" yargılandıklarını ileri sürmüştür (*Cumhuriyet*, 24.2.1986).

(100) E. 1982/28, K. 1982/25, Kt. 11.2.1982 (H. ÖZBAKAN/H.ÇELİKKALE, s. 97)

"Düşünce suçları"na yer veren bir sistemde "kasıt" unsurunun yüklendiği bu marazî görev, sanıkları hiç gereği yokken "iyi niyet açıklamaları"nda bulunmaya da zorlamaktadır (101).

Görülüyor ki, sistem yalnız *düşünce* özgürlüğünü değil, *düşünme* özgürlüğünü de korumamaktadır. Anayasa Mahkemesi ile bazı hukukçu ve politikacıların "kişinin iç âleminde kaldığı sürece bütün düşünceler serbesttir; ancak bunlardan bazılarının açıklanması cezalandırılabilir" yolundaki anti-demokratik görüşlerinin birinci önermesi bile koruma altında değildir.

İkincisi; doğrudan doğruya politik ve ideolojik içerikli olmayan, propaganda ya da telkin niteliği göstermeyen, sembolik protesto eylemleriyle düşünce açıklamalarının bile güvence altında olmadığı görülmektedir. Bu tip hareketler de en azından gözaltına alınma, bazı durumlarda kovuşturmaya uğrama ve hatta mahkûm olma gibi sonuçlar doğurabilmektedir (102).

Üçüncü olaak da, bütün ifade özgürlüklerinin önkoşulu olan "dil özgürlüğü", özellikle "kendi ana dilinde düşüncesini açıklayabilme hakkı (103)" üzerinde durmak gerekir. Türkçe'den başka Dillerle Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun (104), "Türkiye'nin tanıdığı ülkelerin resmi dili dışındaki herhangi bir dille düşüncelerin açıklanması, yayılması ve yayımlanması" yasağını koymuştur (md. 2/1). Buna aykırı davrananlar, 6 aydan 2 yıla kadar hapis ve 100 bin liraya kadar ağır para cezasına çarptırılır (md. 4). Kaynağını Anayasadan alan (md. 26/3) bu yasanın bu dolambaçlı formülasyonu, yabancı ülkelerdeki azınlıkların (Galliler, Japonlar, Basklılar, Brötonlar, İsviçre'de romansça konuşanlar, vb.) Türkiye'ye geldiklerinde ana dillerini kulla-

(101) Milliyet gazetesinde yayımına başlanan ve durdurulan bir röportaj nedeniyle yargılanan gazetecilerin, "Yaptığım işte devlete zarar vereceğim konusunda en ufak bir düşüncem olmamıştır. Bilakis fayda vereceğimi düşünmüştüm", "Maksadım millî menfaatlere aykırılık değil, özellikle millî menfaatlere yardımcı olmaktı" şeklindeki ifadeleri buna örnektir (*Milliyet*, 7.9.1988, s.7). Düşünce özgürlüğünün bulunduğu sistemlerde kimsenin bu türden güvenceler vermek zorunda kalmayacağı açıktır.

(102) Örneğin, Taksim anıtına protesto çelengi koyan tutuklu ve mahkum ana-babalarına karşı DGM'de dava açılmıştır. Hayat pahalılığını protesto için Başbakana pantolon kemerlerini gönderen 8 kişinin bu hareketlerinin demokratik rejimlerde olağan bir davranış olduğunun saptanabilmesi için bu kişilerin yargılanmaları ve aklanmaları gerekmiştir (Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesi; *Cumhuriyet*, 25.1.1989, s.10). İstanbul Üniversitesi kapısına siyah bez üzerine türban asan ve yargıç tarafından "maksadın ne, protesto mu?" diye sorgulanan öğrenci ise 10 ay hapis cezasına mahkum olmuştur.

(103) Ch. A. MORAND, "la liberté de la langue", *Mélanges André Grisel*, Ed. Idées et Calendes, Neuchâtel, p. 167.

(104) No. 2932, Kt. 19.10.1983 (RG. 23.10.1983).

namayacakları gibi bir anlama da gelmekteyse de, amacın bu olmadığı besbellidir. Öteyandan yasanın başlığı "yayınlar"dan sözetmişken, içeriğinde "düşüncelerin açıklanması, yayılması" dendiğine göre, *"konuşmalar"* da yasak kapsamına girebilecektir. Zaten "yasaklanan dildeki konuşmalar" bu yasaya göre kovuşturulamamışsa, başka ceza hükümleri devreye sokulabilmektedir. Nitekim, bir SHP mitinginde Kürtçe konuşan bir bayan 1 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır (105). İHD Genel kurulunda (Ekim 1990) Kürtçe konuşan bir delege ile çevirmeni de, yine "milli duyguları zayıflatmayı amaçlayan propaganda yaptıkları" gerekçesiyle (TCK 142/3) Ankara DGM'si tarafından tutuklanmışlardır. Dahası, yasaklama mutlak olduğuna göre, örneğin rejimi ya da iktidarı övücü söz ya da yazıların da ayrıcalığı olmayacak, bunların da cezalandırılması gerekecektir (106).

Bir dilde yazıyla ya da benzeri çoğaltma yollarıyla (bandlar, kasetler, vb.) düşünce açıklamalarının yasaklanmasının ve cezalandırılmasının yalnız hukuk, özgürlük ve insan hakları açısından değil, uygarlık ve insanlık adına büyük bir utanç noktası olduğu ortadadır. Yine de hukuk çerçevesinde durumu saptamak gerekirse; bu hükümlerin yasa önünde eşitlik ve devletin ayrım gözetmemesi ilkelerine, düşünce özgürlüğüne, uluslararası sözleşmelerde öngörülen "kültürel haklar"a (107), Lozan antlaşmasının Türk vatandaşlarının dil özgürlüğüne karşı sınır konmayacağına ilişkin md. 39/4 ve 5 hükmüne aykırı (108) düştüklerini söylemek yeterli olur.

Durum buyken, 2932 saylı yasanın yürürlükten kaldırılması için TBMM'ye sunulan yasa önerisi, hükümetin karşı görüş bildirmesi ve meclis çoğunluğunun da bunu benimsemesi üzerine reddolunmuş bulunmaktadır (109).

(105) *Cumhuriyet*, 22.11.1989

(106) C. EROĞUL, 'Anayasa sorunu", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Haziran 1986, sayı 82, s. 6.

(107) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (BM), özellikle md. 1, 2, 6 ve 15.

(108) K. SOYPAK, "2932 ve yasaklanan dil", *2000'e Doğru*, 29 Ocak 1989, s. 29; A. Z. OKÇUOĞLU, "Türkçe'den başka diller", *Yeni Gündem*, 12-18 Nisan 1987, Sayı 58, s.48-49.

(109) bkz. F. İLKİZ, "Konuşma yasağı", *Demokrat*, Ağustos 1990, s. 36-37.

V./ BASIN VE YAYIN ÖZGÜRLÜĞÜ

Basın ve yayın özgürlüğü, genel olarak, düşünce özgürlüğünü kısıtlayan hükümlerden (özellikle "düşünce suçları"), özel olarak da basın hukukundaki yaptırım ve kayıtlamalardan (ağırlaştırılmış cezalar, toplatma ve dağıtımı durdurma, vb.) etkilenmektedir.

1) KOVUŞTURMALAR

Türkiye'de 12 Mart 1980 ile 12 Mart 1984 tarihleri arasında, basın ve yayın organlarının sahip ve yazıişleri müdürleri, muhabir ve köşe yazarları, çevirmenler ve kitap yazarları hakkında 181 kovuşturma açılmış, ilk derece mahkemeleri tarafından 82 sanığa toplam 316 yıl 4 ay 20 gün hapis cezası verilmiştir (1). Büyük bir bölümü askerî rejim altında yaşanan bu dönemden "normal rejime" geçildikten sonra ise basın ve yayın ürünlerinin ve bunları yaratanların kaderi iyileşmemiş, hatta daha da kötüleşmiştir. Bunda elbette askerî rejim ve sıkıyönetim koşullarında yapılamayan eleştirilerin ve yayılamayan düşüncelerin, "normal düzen"de artık serbest olduğu sanısının da payı vardır. Oysa, düşünce ve basın özgürlüğünü kısıtlayan pekçok hüküm asıl şimdi, yani düşüncelerin nisbeten daha serbestçe açıklanabileceği "normal dönem"de işlev görmeye başlamaktaydı. 1984'den sonra, bu özgürlüklerin alanını daha da daraltan yeni yasalar eskilerine eklenmiştir.

Gerçekten, "sivil rejim"in ilk 5,5 yılının basın ve yayın özgürlüğüne yönelen baskı ve kısıtlamalar açısından bilançosu, hiçbir demokratik ülkede rastlanmayan bir tablo çizmektedir. Bu dönemde 458 yayın için toplatma kararı, 368 yayın hakkında mahkemelerce müsadere ve imha kararı verilmiş, 39 ton kadar gazete, dergi ve kitap yakılmış, 1426 davada 2.127 gazeteci yargılanmış, yazar, çevirmen, yayıncı ve gazetecilere toplam 2 bin yıla yakın hapis ve milyarlarca liralık para cezası verilmiş, bazı gazete ve dergilerin dağıtımı engellenmiştir (2).

Dava sayılarındaki artışı sayılara dökmek mümkündür. Örneğin İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinde konumuza giren suçlardan yar-

(1) *Basın 80-84*, Çağdaş Gazeteciler Derneği yay., Ankara 1984, s. 177 vd.
(2) S. SARILAR, "Vurun kitaba", *Cumhuriyet* 25.2.1989, s. 1.

gılananların sayısı 1983'de 121 iken 1984'de % 121,4'lük bir artışla 268'e çıkmıştır. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinde basın davaları tablosu 1983'de 11 davada 11 sanıktan ibaretken, bu sayılar 1984'de 208 davada 302, 1985'de 257 davada 362, 1986'da 282 davada 420, 1987'de de 317 davada 509 sanığa doğru sürekli bir yükseliş kaydetmiş bulunmaktadır (3).

Yeni basın davaları içinde "muzır yayınlar"la ilgili olanlar büyük yer tutmaktadır. 1986'daki yasa değişikliğinin (4) yürürlüğe girmesinden sonraki 10 ay içinde yalnız İstanbul Merkez Adliyesi ile Şişli Adliyesi Basın savcılıklarınca 5 günlük gazete ile 12 haftalık ve aylık dergi hakkında açılan dava sayısı 57'yi bulmuştu. Bu davalarda verilen para cezaları astronomik ve "ödenemez" rakamlara ulaşmaktadır. (5). Bazı tiyatro eserleri, filmler, edebî ve bilimsel yayınlar da, "müstehcen" bulunarak kovuşturma konusu olmaktadır (6).

Ağır hapisle sonuçlanan ve kesinleşen davaların büyük çoğunluğu, 1980 öncesinde çıkan sosyalist gazete ve dergilerin yazıişleri sorumlularıyla ilgilidir. Sıkıyönetim mahkemelerinde görülen bu davaların 1984'de kesinleşmeye başlaması ve verilen cezaların ağırlığı, 1984 sonrası mahkûmiyet toplamlarının yüksekliğini de kısmen açıklar. Örneğin, 1990 yılında da hapis cezalarını çekmekte olan 22 yazıişleri sorumlusunun çarptırıldıkları ceza toplamı 2242 yıl, bunlar arasından toplam olarak en çok ceza alan üçünün mahkûmiyet süreleri 748, 661 ve 155 yıldır. Sorumlu yazıişleri müdürleri, yayımlardan dolayı değil de örgütsel faaliyetten dolayı yargılanıp cezalandırılmış olsalardı, alacakları cezalar 15 yılı aşmayacaktı (7). Bugün de yazıişleri

(3) S. SARILAR, "Basın davalarında büyük artış", *Cumhuriyet*, 20.4.1988, s. 14

(4) No. 3266, Kt. 6.3.1986 (RG. 12.3.1986-19045).

(5) Örneğin, 1988 başlarında 35 davada toplam 7 milyar 145 milyon lira para cezası verilmiş, sadece bir tek kişiye düşen ceza tutarı 1 milyar 621 milyonu bulmuştur (Playboy Yazıişleri Müdürü N. Bayramoğlu). Mahkûm olduğu para cezalarını ödememesi durumunda toplam 1096 yıl (!) hapis cezası çekmesi gereken, bu yüzden yurt dışına çıkan ve aranan Yazıişleri Müdürleri de (Playboy) vardır (M. ZEYTİNOĞLU, "Tartışma" sütunu, *Cumhuriyet*, 10.3.1990).

(6) Örnek olarak: Binbir Gece/İstanbul Şehir Tiyatrosu; Muzır Müzikal/F. Şensoy; Asılacak Kadın/B. Sabuncu; Elli Yaşlarında Cinsel Yaşam/Robert Chartam; Cinsel Sorunlarımız/H. Dümen; Asılacak Kadın/ P. Kür, vb. (Ş. KONUKÇU, "57 muzır davası", *Cumhuriyet*, 20.2.1987; *Cumhuriyet*, 30.6.1987, 19.2.1988; *Nokta*, 3 Mayıs 1987, s. 62-63).

(7) Liste ve örnekler için bkz. YILMAZ, V./TAŞ, O./YILDIRIMTÜRK, M., *Bir Engizisyon Hukuku Kavramı: Düşünce Suçu*, Belge Yayınları, Hukukî belgeler Dizisi, İstanbul 1989, s. 8; N. YILMAZ, "Binlerce yıla hükümlü düşünce suçluları", *Türkiye'nin Sorunları Dizisi* 2, s. 155-160; A. T. BERBER, "Sosyalist dergilere ceza yağmuru", *Cumhuriyet*, 10.10.1988, s. 8.

sorumluları ve yazarlar hakkında ağır hapis cezaları sivil mahkemeler tarafından verilmektedir (8).

2) ÖNLEYİCİ TEDBİRLER

Basın özgürlüğünü tehdid eden diğer uygulamalar, *dağıtımın önlenmesi, yayımın durdurulması* ve çeşitli *toplatma* kararlarıdır.

Basın Kanununun Ek 1. maddesinde öngörülen *"dağıtımın önlenmesi"* usulü, sansür benzeri bir yetkidir. Çünkü basım gibi dağıtım da, basın faaliyetinin ayrılmaz parçasıdır ve dağıtımı engelleyen bir müdahalenin basımı denetleyenden pek farkı yoktur. Ayrıca bu yetkiyi kullanacak olanların, bir basın organında neyin yayımlandığını ya da yayımlanacağını haber almak durumunda kalmaları, buna adeta zorlanmaları da basın özgürlüğünün özüne dokunan bir noktadır. Bu yetki kural olarak yargıca, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da yürütme organına bağımlı savcılara tanınmıştır. Gerçi, bu gibi durumlarda savcının alabileceği "dağıtımın önlenmesi" kararının en geç 24 saat içinde yargıç onayına sunulması, yetkili yargıcın 48 saat içinde bunu onamaması durumunda dağıtımı önleme kararının hükümsüz sayılması öngörülmüşse de, süreli (periyodik) bir basın organı ve özellikle günlük gazeteler için bu "güvence"nin hiçbir anlamı olmadığı meydandadır. Dahası, dağıtımı önlenen yayında suç bulunması durumunda yayını yapanın mahkûm edilmesi de mümkün olduğuna göre, dağıtılmamış, yani aslında "yayımlanmamış" bir eserin sahibinin cezalandırılması olasılığı da vardır.

Dağıtımın önlenmesi kurumu ile, bunun gibi bir öndenetim ya da sansür niteliği taşıyan *"yayımın durdurulması"* yoluna, şimdilik çok sık değilse bile, kritik konularda başvurulması, eleştiri ve basın özgürlüklerinin kolayca kısılabildiğini gösterir (9).

Toplatma konusuna gelince, Türkiye'de yargıcın CMUK md. 867'ya dayanarak süreli (mevkute) ve süresiz (gayri-mevkute) her türlü basılmış eser için bir ihtiyatî (geçici) önlem olarak toplatma kararı alması ötedenberi çok yaygın bir uygulamadır. 1982 Anayasası (md. 28/7) ve Basın Kanunu (Ek md. 1/2), gecikilmesinde sakınca bulunan durumlarda bu yetkiyi de savcılara vermiştir. Gerçi burada da savcı, kararını 24 saat içinde yetkili hâkime bildirmek zorundadır. Hâkim bu kararı 48 saat içinde onaylamazsa toplatma kararı hüküm-

(8) Örnekler için bkz. *Cumhuriyet*, 27.10.1988. 1990 Haziranında 28 gazeteci hapishanedeydi (*Özgür Basın*, Basın Konseyi yay., sayı 14, s. 4)

(9) *Milliyet, Bugün, Güneş, Günaydın* ve *Sabah* gazeteleri (4.4.1990) ile *2000'e Doğru* dergisinin bazı sayıları "ön denetim"e tabi tutularak dağıtımları engellenmiş; *Sabah* gazetesi de bir "yayımı durdurma" önlemiyle karşılaşmıştır.

süz kalır. Ancak, toplam 72 saat geriden gelebilecek bir güvencenin özellikle günlük basın organları için pek bir anlam taşımayacağını açıklamaya gerek yoktur.

Kaldı ki, bu yetkinin yargıç tarafından kullanılmasının da bir güvence oluşturmadığı yine pratikte görülmektedir. Bu şekilde toplatılan basılı eserlerin niteliğine bir gözatmak, bunu kavramaya yetecektir.

Mahkemelerce toplatılmasına karar verilen yayınlar arasında, dünya edebiyatının seçkin örnekleri (10) ile sosyalist teori ve pratiğin temel kaynakları ön sırada yeralmaktadır (11). Komünizm propagandası (TCK 142/1) gerekçesiyle verilen bu kararlar bazan sosyalizmle doğrudan ilişkisi olmayan bilimsel incelemeleri de hedef almaktadır (12). "Milî duyguları zayıflatıcı" propaganda suçunun (TCK 142/3), ansiklopedik kaynakların bile toplatılmasına neden olduğu görülmüştür (13). 1984'den sonra verilen toplatma kararlarında "müstehcenlik" gerekçesinin kullanılışında bir artma göze çarpmakta, edebî ve bilimsel eserler de bundan paylarını almaktadırlar (14). Sosyalist dergilerin bir tek DGM yargıcı kararıyla toplatılması da süreklilik kazanmış ve sanki kurallaşmıştır (15). Bu yüzden de, aslında, "geçiçi bir önlem" olan toplatma işlemi, bu organların yayıma devamlarını hemen hemen imkânsız kılan bir yaptırım haline gelmektedir.

Uygulamada oldukça sık rastlanan bir durum da, bazı yayınların basıldıkları yer dışındaki illerde görev yapan mahkemelerce toplatılmalarıdır (16). Haklarında men-i muhakeme ve takipsizlik kararı verilen yayınlar için de sonradan başka yargı mercileri tarafından top-

(10) Örneğin: Boyalı Kuş/Kosinski, Çimento/Gladkov, Aslan Asker Şvayk/Brecht, Bir Şeftali Bin Şeftali/Behrengi, Dipten Gelen Dalga/Ehrenburg.

(11) Örneğin: Anti Dühring, Devlet ve Devrim, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı, Emperyalizm Kapitalizmin En Büyük Aşaması, Ekonomi Politik, Felsefenin Sefaleti, Gotha ve Erfurt Programlarının Eleştirisi, Komünist Manifesto, Fransız Solunun Ortak Hükümet Programı, Devrim Yazıları (Babeuf).

(12) Örneğin, Cinsel Olgunlaşma/W. Reich (İstanbul 2. Sulh Ceza Mahkemesi, 5.7.1985).

(13) Larousse Atlas de Poche (İst. DGM, 17.11.1986 ve müsadere), Ana Britannica fasikül 2 (İst. DGM), Nouveau Petit Larousse Illustré (İst. 1. Sulh Ceza, 26.3.1984).

(14) Oğlak Dönencesi (İst. 2. Sulh Ceza, 7.1.1986). Bitmeyen Aşk (İst. 4. Sulh Ceza, 22.12.1986), Sudaki İz, (İst, 1. Sulh Ceza, 9.5.1986), Burgu (İst. 2. Sulh Ceza, 27.9.1984), Cinsel Yaşam (İst. 2. Sulh Ceza. 3.6.1986). Asılacak Kadın (İst. 4. Sulh Ceza. 19.3.1987).

(15) Örnekler için bkz. *Cumhuriyet*, 17.6.1988, 25.3.1988, 24.10.1990

(16) Örneğin, 1981 yılında İzmir mahkemelerince verilen toplatma kararlarının çokluğu dikkat çekicidir.

latma (17) ya da zoralım kararları verildiği görülmüştür (18). Kitapların ilk baskılarından yıllar sonra yapılan yeni ve değişmemiş basılarının toplatılmasına karar verildiği de olmuştur. Örneğin, Cinsel Yaşam adlı kitap (H. Dümen) ilk baskısından 20 yıl, Asılacak Kadın adlı roman da (P. Kür) ilk baskısından 8 yıl sonraki basıları nedeniyle toplatılmıştır.

Toplatma kararlarının çokluğu ve toplatılmasına karar verilen yayınların niteliği, ülkemizde basın ve yayın özgürlüğünün düzeyi hakkında kesin bir fikir vermektedir (19).

Gerçi toplatma, geçici bir önlemdir ve aklanma durumunda bu karar kaldırılır, toplatılan nüshalar da ilgiliye geri verilir. Ancak, bu da bir güvence, uğranılan zararı düzeltecek bir mekanizma değildir. Bir kere, düşünce ürünlerinin ve yaratıcılarının bu kadar kolayca yargılanabilmesi, sonu aklanmayla bile bitse, basın özgürlüğü açısından yeterli bir tehdit unsurudur. Ayrıca, yayımcının uğradığı zarar ya da zarara uğrama korkusu bu özgürlük aleyhine işleyen etkenlerdir. Yayınların geri verilmesi durumunda ise, çok kez bunların artık işe yaramaz halde oldukları görülür. Hakkındaki toplatma kararı kaldırılan yayın, süreli karakterdeyse, zaten bunların güncelliği geçmiştir, geri verme de bir değer taşımaz.

Bakanlar Kurulu ya da İçişleri Bakanlığı tarafından yurda sokulması ve dağıtılması yasaklanan yayınlar üzerinde de ayrıca durmak gerekir. 1949-1984 arasındaki 35 yıllık dönemde bunların sayısı 1303'tür. Bunların arasında harita ve atlaslar, yorumlu bazı Kuran ve Kitab-ı Mukaddes baskıları, Kürtçe ve Çerkesce sözlük ve alfabeler, İslam Ansiklopedisi'nin bazı bölümleri, Fransız Kültür Bakanlarından A. Malraux'nun "L'Espoir" (Umut) adlı yapıtı, Manifeste du Parti Communiste (Komünist Parti Manifestosu) ile Dialectical Materialism (Diyalektik Materyalizm) gibi sosyalist literatürle ilgili temel kaynaklar özellikle dikkati çekmektedir (20).

(17) Ekonomi Politik (Nikitin) ve Felsefenin Temel İlkeleri (Politzer) hakkında vaktiyle verilmiş takipsizlik kararları bulunduğu halde, bu iki kitap hakkında İzmir DGM'si toplatma kararı almıştır (13.11.1987).

(18) Uygarlık Tarihi (S. Tanilli) davasında beraat kararı verildiği halde (İst. 5. Ağır Ceza, 1977/294), sonradan İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesinde kitabın zoralımına karar verilmiştir (1983/222).

(19) Daha geniş bilgi için bkz. *Basın 80-84*, Ankara 1984; N. SİNANOĞLU, *Toplattırılan Yayınlar, Yargıtay Kararları*, Yeni Elif yay., Ankara 1980; Ş. KONUKÇU, "Kitap kıyımı", *Cumhuriyet*, 19.2.1987. Günlük basında *Milliyet*, *Hürriyet*, *Sabah*, *Bugün*, *Yeni Nesil*, *Bulvar* ve *Güneş* gazeteleri "toplatma" kararıyla karşılaşmışlardır (*Güneş*, 14.1.1990).

(20) bkz. *Basın 80-84*, s. 231 vd.; N. SİNANOĞLU, *Toplattırılan Yayınlar, Yargıtay Kararları*, (bütün kitap),

Basın Kanunu md. 31'de öngörülen bu yetki, yurt dışında basılmış olan belli eserler için kullanılmak gerekirken, ilerde çıkacak ve belli kategorilere giren tüm yayınlar için de kullanılmaktadır. Örneğin, Bakanlar Kurulu'nun 1953 tarihli bir kararıyla, "SSCB, Polonya, Çekoslovakya, Macaristan, Romanya, Bulgaristan, Çin Halk Cumhuriyeti, Doğu Almanya, Kuzey Kore ülkelerinde çıkan ve bu devletlerin hariçteki resmî veya gayriresmî organı veya ajansları tarafından neşredilen bilumum matbuatın Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması men edilmiştir. (21)" Sözkonusu karara ve basın kanunu md. 31'e dayanılarak, *yurt içinde basılmış* eserler hakkında soruşturma açıldığı da olmuştur (22).

Yurda sokulması ve dağıtılması yasaklanan yayınların gümrük kapılarında ve PTT kuruluşlarında elegeçirilmesini sağlamak için gerekli denetimlerin yapılması, İçişleri Bakanlığı tarafından bir genelgeyle istenmiştir. Bu süzgeçler oldukça sıkı bir şekilde uygulanmakta, yurt dışına kitap ısmarlayan kitabevlerine gelen koliler PTT'ce alıkonarak Emniyet kanalıyla bilirkişilere incelettirilmekte, örneğin Cambridge Üniversitesi yayınları bile bu işlemden geçmektedir.

Basın Kanunu md. 31'den doğan ve zaman zaman yasanın da çerçevesini aşan bu uygulamaların, her türlü bilgi ve haberin "sınır tanımaksızın serbestçe akışımı"nı güvence altına alan uluslararası metinlerin (23) koyduğu standartlara ters düştüğüne kuşku yoktur.

Öteyandan bütün ülkedeki basın özgürlüğü, olağanüstü hal rejiminin de tehdidi altındadır. KHK'lerle olağanüstü hal bölgesi dışındaki yayınların durdurulması yasaklanması ve matbaaların kapatılması yetkisi İçişleri Bakanlığına verilmiş, en son çıkarılan 430 sayılı KHK ise bu yetkiyi kaldırmamış sadece süreyle sınırlamıştır.

Toplatma kararlarının uygulanışı da keyfilik ve tutarsızlıklarla doludur. Bu kararlar Emniyet'e bildirilir, ama kaldırıldıklarından Emniyet'in haberi olamaz. Böylece, yayımcı, dağıtıcı ve kitapçılarla kolluk güçleri arasındaki sürtüşmelerin de arkası kesilmez. Bazı Emniyet Müdürlükleri, kendilerince yasak yayınlar listesi düzenler; ama bunlar işleri bütün bütüne karıştırır. Bir müdürlüğün listesi başkalarınınkini tutmadığı gibi, haklarındaki toplatma kararı kaldırılmış yayınlar hâlâ bu listede görümeye devam eder (24). Kimi zaman ise, polis, ya-

(21) 29 Haziran 1953 tarih ve 4-1044 sayılı karar.

(22) Nazım Hikmet'in SSCB'de yayımladığı "İvan İvanoviç Var mıydı, Yok muydu?" adlı kitabını Türkiye'de basan Kaynak Yayınevinin yöneticisi hakkında açılan soruşturma buna örnektir. Polis, sözkonusu kitabın satışını durdurmuştur. (*Cumhuriyet*, 30.1.1986).

(23) Özellikle, BM'in *Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi* (md. 19/2), Avrupa Konseyi'nin *İfade ve Haberalma Haberverme Özgürlüğü Bildirgesi* ve *Helsinki Sonuç Belgesi*'nin kural ve ilkelerine olan aykırılık açıkça ortadadır.

yım ve dağıtım bürolarına, kitabevlerine ve kitap kulüplerine yaptığı baskınlarda, hiçbir temele dayanmadan gelişigüzel kitaplara elkoyar, bunları savcılığa gönderir (25).

Anlaşılması daha da zor olan bir nokta, basın savcılarının bazı davranışlarıdır. Bir yayın hakkında toplatma kararı bulunup bulunmadığını en iyi bilmesi gereken kişiler bunlardır. Ayrıca, basılan eserler yasa gereğince kendilerine yollandığından, "inceleme yapmak için" piyasadaki kitaplara elkoymaya ihtiyaçları da olmasa gerekir. Hele yayım eski tarihliyse, yani ceza soruşturması için yasada öngörülen zaman aşımı süreleri geçmiş ve eser hakkında da bir toplatma/zoralım kararı verilmemişse, artık yapılacak bir şey olmamalıdır; hukuk devleti ve hukuka güven ilkeleri bunu gerekli kılar. Oysa bazı basın savcılıklarının tutumu hiç de buna uygun değildir. Örneğin Ankara Cumhuriyet Basın Savcılığı "İlhan İlhan Kitabevi"nde bulunan ve çoğu eski tarihli (zaman aşımı süresini geçirmiş) ve yasaklar listesinde yeralmayan 60 kitaba incelenmek üzere elkoydurmuştur. Neden sonradır ki bunlar hakkında takipsizlik kararı bulunduğu anlaşılabilmiştir (26).

Bir yayımın toplatılmasına karar verilmesi, bu eserden bir nüshayı ellerinde bulunduranlar için de sıkıntılara yolaçabilmektedir. Gerçi, toplatılmış ve hatta suç unsuru taşıdığına hükmedilip zoralıma tâbi tutulmuş yayımlardan bile bir tek nüshayı elinde bulundurmak yasalarımıza göre hiçbir zaman suç sayılmamıştır; mahkeme kararları da bunu bu şekilde saptamıştır. Ama, 12 Mart rejimi döneminden itibaren, konutlarda arama yapılarak birer nüshadan ibaret yayımlara elkonması bir alışkanlık haline gelmiştir. Sıkıyönetim Kanununda 1982'de yapılan bir değişiklikle bu uygulamaya son verilmek istenmişse de (27), durum yine pek fazla değişmiş sayılamaz. Gerçi bu şekilde yasaya aykırı olarak elkonmuş yayınları kanun yollarına başvurarak geri alma olanağı vardır. Ama işlemler usandırıcı ve yıpratıcıdır. Ayrıca pekçok kişi *"yasak yayın bulundurma"* diye bir suçun olmadığını

(24) Örneğin, İzmir Emniyet Müdürlüğü'nün düzenlediği bir listede 1953/54 tarihli yasaklamalara yer verilmiş, ama haklarındaki karar kaldırılmış olan yayımlar listeden çıkartılmamıştır. (bkz. *Cumhuriyet*, 16.1.1988).

(25) Cumhuriyet Kitap Kulübü'nün Konya ve Edirne temsilciliklerinde yasaklanmış olmayan kitaplara da elkonmuştur (*Cumhuriyet*, 28.4.1987 ve 9.1.1988).

(26) Ankara Cumhuriyet Basın Savcılığı'nın 17.2.1988 tarih ve 13/1092 sayılı kararı (*Cumhuriyet*, 19.2.1988; 22.8.1988).

(27) Yasa değişikliği Sıkıyönetim komutanına, bazı yayınların *"birden fazla sayıda bulundurulmasını* (...) yasaklama" yetkisini tanımaktadır (1402 sayılı kanunun 3. md.sinin (c) bendini değiştiren 2766 sayı ve 28.12.1982 tarihli kanun (RG. 30.12.1982-17914).

bilmez, itiraz yollarının varlığından habersizdir, hatta TV yayınlarının da etkisiyle böyle bir suçun varolduğunu sanır.

Yayın toplatma ve yasaklama kararı alabilen Bakanlar Kurulu, İçişleri Bakanlığı, mahkemeler ve savcıların yanısıra bazı resmî kurumların yöneticileri de bu yönde birtakım uygulamalara girişmektedirler. Kimi Kültür Bakanları, kendilerinden önceki dönemde bakanlıkça yayımlanan birtakım eserlere dağıtım ve yeniden basım yasağı koymuşlar, kitaplıklardan kaldırtmışlar ve hatta imha kararı verebilmişlerdir. Kültür Bakanlığı son olarak *Mesnevî*'yi de, yazımından 711 yıl sonra, bazı bölümlerini sansür ederek yeniden yayımlamıştır. Kitap yasaklama ve sansür etme işlemlerinin en yaygın alanlarından biri de hapishanelerdir. Özellikle 1 Ağustos genelgesinden sonra bu uygulamalar daha da artmıştır. Örneğin, Aydın cezaevine sokulması yasaklanan kitap sayısı 402'dir. Adana E tipi cezaevinde Knut Hamsun (Açlık) ve Voltaire (Candide) yasaklılar arasındadır (28).

Kabul etmek gerekir ki, bu konularda Silahlı Kuvvetlerdeki uygulamalar daha da ölçüsüzdür. Örneğin, Kara Kuvvetleri Komutanlığı yerli-yabancı 96 yazarın 280 kitabını ordu personeline ve askerî öğrencilere yasaklamıştır. Eserleri yasaklananlar arasında; H. İ. Dinamo, F. Baykurt, O. Hançerlioğlu, Y. Kemal, U. Mumcu, Ç. Altan, O. Kemal, A. Nesin, İ. Selçuk, S. Tanilli, A. İlhan, K. Tahir, R. Ilgaz, N. Berkes, Y. Nabi, S. Meray, N. Nadi, O. Akbal, K. Yaman, M. Soysal, H. V. Velidedeoğlu gibi Türk yazarları ile, Gogol, Gorki, London, Tolstoy, İstrati, Hamsun, Hemingway, Fallaci, Ehrenburg gibi yabancı yazarlara rastlanmaktadır. Bu arada anayasal belgeler (S. Tanilli/ Anayasalar ve Siyasal Belgeler) ve TRT ödülü kazanmış eserler de (A. Sayar/Yılkı Atı) yasaklananlar arasındadır (29). Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Deniz Eğitim Komutanlığınca da, hepsi Millî Eğitim Bakanlığı'nın yayını olan 40 eser askerî öğrenciler için sakıncalı bulunarak imha ettirilmiştir (30).

(28) bkz. *Nokta*, 16 Mart 1986; *2000'e Doğru*, 6.5.1990, s. 52; *Cumhuriyet*, 26.1.1989, 4.2.1989.

(29) KKK, 2 Mart 1987 tarih ve İSTH: 3590-226-87/YKF. 206 sayılı yazı (*2000'e Doğru*, 12-18 Temmuz 1987, s. 26).

(30) 3 Haziran 1987 tarih ve İSTH: 3548-206/87 (236) sayılı yazı (*2000'e Doğru*, 15-21 Mayıs 1988, s. 8-11). İmha ettirilen kitaplar arasında Aletli Jimnastik, Okullarda Basketbol gibilerinin yanısıra, Mevlana Celâleddini Rumî, Şeyh Galip, İbni Haldun (Mukaddime), Sadi, Farabî'nin klasik eserleri de bulunmaktadır.

3) ZORALIM VE İMHA

Mahkûmiyet kararı, içinde suç unsuru bulunan yayının zoralımına ve imha edilmesine yolaçar. Sadece, çok partili düzene dönülmesinden (1983) sonraki 5,5 yıl içinde 368 yayın hakkında mahkemelerce müsadere ve imha kararı verildiğine yukarda işaret edilmişti. Bu kararlara konu olan yayınlar arasında sosyalizmin klasik ykaynakları ve hatta sosyalizm incelemeleri de dahil olmak üzere "komünizm propagandası" niteliğinde sayılanlar ile (31) "müstehcen yayınlar" (32) başta gelmektedir.

İmha yöntemi, yayımın SEKA'ya gönderilerek hamur haline getirilmesidir. 1980-86 arasında sırf İstanbul Adliyesi mahkemelerince verilen müsadere kararları gereğince 39 bin ton yayın SEKA'ya gönderilmiştir (33). Sıkıyönetim ve taşra uygulamasında yoketme yöntemi daha da basittir: yakma ya da yırtarak imha.

Sıkıyönetim Komutanları ise, mahkeme kararı olmadan da imha yoluna gitmişlerdir. Örneğin, Ankara Sıkıyönetim Komutanlığı "Bilim ve Sosyalizm" yayınlarına ait ve haklarında zoralım kararı bulunmayan 133.607 kitaba elkoymuş ve bu İl'de sıkıyönetimin kaldırılacağının belli olmasıyla birlikte bunları yaktırarak yokettirmiştir (34). Aynı şekilde, "Sosyalizm ve Parlamenter Demokrasi" adlı kitap da (G. Hodgson) Sıkıyönetim savcılığından takipsizlik kararı almış olduğu halde İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı'nın emri ile imha edilmiştir (35).

İnsanlığın ve insanların düşünce ürünlerinin ve yaratılarının bu biçimde yokedilişi, düşünce ve düşünceleri basın-yayın yoluyla açıklama özgürlüğü açısından kara bir lekedir. Şu var ki, "yoketme" (imha), ne kadar çağdışı bir işlem olursa olsun, nihayet bir "sonuç"tur; asıl önemli olan buna yolaçan "nedenler"dir. Bunları da, düşünce ve basın özgürlüğüyle ilgili antidemokratik yasalarda

(31) Örneğin: *Komünist Manifesto* (Yrg. 1. CD. 26.3.1971, E. 1970/140, K. 1971/105); *Devlet ve İhtilâl* (Yrg. 1. CD. 13.1.1971, E. 1971/61); *K. Marx, Hayatı ve Eserleri*/H. Lefèbre (Yrg. 1. CD. 28.4.1971, E. 1970/4037, K. 1971/151).

(32) Örneğin, *"Oğlak Dönencesi"* (H.Miller) ve *Sudaki İz* (A. Altan) ile ilgili mahkûmiyet ve müsadere kararları Yargıtay 5. Dairesi tarafından onanarak kesinleşmiştir (*Cumhuriyet*, 24.2.1989).

(33) *Cumhuriyet*, 18.2.1987.

(34) *Milliyet*, 1.5.1988, Ankara İdare Mahkemesi bu olaydan dolayı Başbakanlığı, "kusursuz (objektif) sorumluluk" ilkesi açısından 35 milyon lira tazminat ödemeye mahkûm etmiştir (*Cumhuriyet*, 12.7.1989, s. 8).

(35) KKK 1. Ordu Komutanlığı Adli Müşavirliği'nin 10.3.1986 tarih ve 1986/328 SYNT sayılı kararı (*Yeni Gündem*, 26 Mayıs) 1 Haziran 1986).

(36), bu konuda demokratik, çağdaş ve özgürlükçü bir içtihat geliştiremeyen yargıç zihniyetinde aranmak gerekir.

Bir kere daha rakamlar, Türkiye'de basın ve yayın özgürlüğünün gerçek düzeyi hakkında fikir vermeye yetecek kesinliktedir. Ülkemizde 1949-1984 arasında çeşitli yollardan yasaklanan, toplatılan ya da zoralımına karar verilen yayın sayısı 3.472'dir. Bunların 1.303'ü Bakanlar Kurulu, 2.169'u da mahkemelerce verilmiş kararlarla yasaklanmış, müsadere edilmiş ya da toplatılmıştır (37). 1984-1989 arasında verilen kararların sayısı ise 600 dolayındadır.

4) POZİTİF HUKUK

Türk mevzuatı ötedenberi basın ve yayın özgürlüğünü dar çemberler içinde tutmuştur. Haber, bilgi ve düşüncelere ulaşma hakkı ile, bunları açıklayıp yayabilme özgürlüğü yasaların sürekli tehdidi altında olagelmiştir. Sınırlamaların bir bölümü ilke olarak her hukuk düzeninin öngörebileceği türdendir: kişilerin onur ve haklarının, bazı devlet (askerî) sırlarının korunmasına yönelik sınırlamalar gibi. Ancak bu konularda da aşırılıklara gerek mevzuat gerekse uygulamada rastlanmamış değildir. Asıl önemlisi, genel ahlâkın, kamu düzeninin ve özellikle de devletin varlığının korunması için konan hükümlerdeki kısıtlamalar ve "düşünce suçları"dır. Bunlar 1961 Anayasası döneminde bile büyük bir blok oluşturuyordu (38).

1980'den sonra getirilen ek mevzuat ise basın özgürlüğünü, bilgilenme hakkı (devlet ve toplum/birey kaynaklı) ve açıklama/yayma özgürlükleri açısından daha da kısmıştır. Bugün yürürlükte olan basın özgürlüğü mevzuatının ayrıntılı bir dökümü yapılmış ve yayımlanmış olduğundan, bu başvuru kaynağına işaretle yetinmek mümkündür (39). Burada vurgulanması gereken nokta, yukarda gösterilen ihlâllerin büyük çapta bu mevzuattan kaynaklandığıdır.

İşaret edilmesi gereken bir başka nokta da, basın ve yayın hayatını kıskaçları içine alan bu düzenlemelerde, 1983'de yeniden çok partili siyasal yaşama dönülmesinden sonra bir gevşemenin olmaması, tam tersine baskıcı hükümlerin daha da arttırılmış olmasıdır. "Muzır ya-

(36) Örneğin, Millî Güvenlik Konseyi'nce Basın Kanunu'nda yapılan değişiklikler (Kanun No. 2950, Kt. 10.11.1983), Uluslararası Basın Enstitüsü tarafından "diktatörlükler"e özgü nitelikte sayılmıştır (K. COPPARD, *IPI; The Defence of Press Freedom*, (A History of the International Press Institute), Londan/Zürich, p. 91).

(37) *Basın 80-84*, s. 200 vd.

(38) bkz. Ç. ÖZEK, *Türk Basın Hukuku*, İstanbul 1978.

(39) bkz. M. S. GEMALMAZ/O. DOĞRU, *Türkiye'de Basın Özgürlüğü Mevzuatı*, Basın Konseyi yay., İstanbul 1990.

yınlar"la ilgili düzenleme (1986) bu yeni döneme aittir. Medenî kanunun 24. maddesinde yapılan bir değişiklikle kişilik haklarını koruma gerekçesine dayanılarak yayınlara müdahale edebilme olanağının genişletilmesi de bu dönemin bir eseridir (40). Nitekim, Başbakan Özal ve ailesi hakkındaki yazı dizilerine ("Hasbahçe'de Sonbahar" ve "Saltanat Kayığı") başlayan Sabah gazetesinin bu yayımlarının mahkeme kararıyla durdurulması bu yolla sağlanmıştır (Mayıs 1989). Üstelik böyle bir uygulamanın Anayasaya uygunluğu da kuşkuludur (41). Basın ve haberalma-haberverme özgürlüklerinin bu dönemdeki son ihlâllerine kaymak oluşturan bir başka kaynak ise, olağanüstü hal bölgesi için çıkartılan KHK'lerle bu bölge dışındaki basın ve yayın faalıyetlerine de getirilen kısıtlayıcı hükümlerdir.

Görüldüğü gibi, basın-yayın hayatına yönelik müdahalelerin büyük bölümü pozitif hukuktan, özellikle de yasalardan ve kanun hükmündeki kararnamelerden kaynaklanmaktadır. Ancak bu saptama, mevzuatın uygulanmasında yine bu mevzuata aykırılık olmadığı anlamına gelmez; idarenin ve hatta yargı görevlilerinin zaman zaman yasaları da aşan işlemlerde bulundukları bu bölümde görülmüştür.

Son olarak hatırlatmak gerekir ki, basın ve yayın faaliyetleri üzerindeki baskılar yalnız devletten ve hukuk uygulamalarından da gelmemektedir. Basım ve yayımevlerinin baskın ve saldırılara uğraması, basın mensuplarının dövülmesi ve hatta öldürülmesi devlet dışından gelen ihlâllerin en vahim örneklerdir. Basının kendi içinden de, tekelleşme, otosansür ve gazete patronlarının müdahalesi gibi olgular (42), basın, yayın ve haberalma özgürlüklerinin asıl sahipleri olan basın emekçileri ile okurlar üzerinde olumsuz etkiler yaratmaktadır.

(40) Kanun No: 3444, Kt. 4.5.1988.

(41) bkz. E. YURTCAN, "Yayın yasağı Anayasaya aykırıdır", *Cumhuriyet*, 25.5.1989.

(42) Güneş gazetesi sahibi Asil Nadir'in sahibi olduğu gazete ve dergilere, Kıbrıs konusundaki yayımlarla ilgili "genelge-talimatı" buna bir örnektir (Metin: *Özgür Basın*, Basın konseyi yayını, sayı 12-13, s.4). Bununla ilgili lehte ve aleyhte tutumlar için bkz. *Cumhuriyet*, 20.3.1990; *Güneş*, 1.4.1990.

VI./ BİLİM VE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ

Bazı anayasalar, bu arada 1961 ve 1982 Türk Anayasaları, düşünce özgürlüğünün yanında bir de bilim ve sanat özgürlüğüne yer vermişlerdir. Bu özgürlük, bilim ve sanatları serbestçe öğrenme, araştırma, yayma ve öğretme haklarını içerir. Düşünce ve bilim-sanat özgürlükleri içiçe geçmiş iki kategori olup, ikisi de insan beyninin ürünleriyle ilgilidir. Konu ortaklığı, bunların birbirinden ayrılmasını da zorlaştırır.

1) AYRIM VE KAVRAMLAR

Aslında düşünce özgürlüğü her türden "açıklama"yı içine alır, bunların bilimsel sanatsal ya da sıradan olması farketmez. Zaten klasik olan da "düşünce özgürlüğü"dür. "Düşünce suçu"nu kabul etmeyen sistemlerde bu kadarı, bilimsel ve sanatsal yaratılar da dahil her türden "dışavurma"yı korur.

O halde, bazı anayasaların ayrıca bilim ve sanat özgürlüğünden de sözetmelerinin anlamı nedir? Bu, yararsız ve gereksiz bir yineleme midir? Sorulara, biri tarih öbürü hukuk zemininde, iki yönden açıklama getirilebilir.

Tarihte, bilim ve sanat özgürlüğünü özel olarak tanıyan ilk Anayasa, 1919 Weimar Anayasası olmuştur (md. 142). Devlete çeşitli alanlarda sosyal ödevler yükleyen bu metin, sanat ve bilimlerin, serbestliğini tanımanın ötesinde, Devlete bunları geliştirme ödevi de veriyordu. Ancak bu özgürlüklerin anayasallaşmasının asıl tarihsel nedenini, faşizm altında bilim ve sanat üretimleri de dumura uğratılmış ülkelerin demokrasiye dönerken gösterdikleri duyarlılıkta aramak gerekir. 1948 İtalyan Anayasası (md. 33) ile 1949 Bonn Temel Yasasının bu özgürlükten ayrıca sözeden anayasalar olmaları bunu kanıtlar. Bu iki örnek, başka ülkelerdeki anayasa hareketlerine de etkili olmuştur; Türkiye'de de, 1961 Anayasasının hazırlanışında, bu örneklerden esinlenilmiş, bu husus 21. maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Bu tercihte, 1960 öncesi dönemde yaşanan, bilimsel ve akademik özgürlük ve güvencelere yönelik saldırıların önemli rol oynadığı da unutulmamalıdır.

İşin hukukî yönüne gelince, burada şu soruyu sormak gerekir: düşünce ve açıklama özgürlüğü varken, bunun yanında bir de bilim ve

sanat özgürlüğüne yer vermenin hukukî anlamı ve katkısı nedir? Bu iki özgürlük demeti arasında, bütün içiçe geçmelere karşın, yine de birtakım anlamlı farklar bulmak mümkündür. Bunlar, "genel-özel" ilişkisi ekseninde ele alınabilir.

Düşünce özgürlüğü, entellektüel (fikrî) özgürlüklerin en geneli ve kucaklayıcısıdır. Bilim ve sanat özgürlüğü ise, tıpkı basın ve haberalma özgürlüğü gibi onun bir alt kategorisidir, daha özel bir biçimidir. Düşünce özgürlüğü, bilimsel ya da sanatsal olsun olmasın, her türden (politik, sıradan, gelişigüzel, vb.) ifadelerin hukukî rejimiyle ilgilidir. Öbürünün konusu ise, bilimsel ve sanatsal yaratı ve faaliyetlerdir. Bu bakımdan düşünce özgürlüğüne oranla bilim ve sanat özgürlüğünün konusu daha dar kapsamlıdır.

Bu iki kategori arasında, hukukî rejimler ve yaptırımlar açısından da fark vardır. Bilim ve sanatların özel ve toplumsal işlevi, bu alandaki yaratıların *mutlak bir özgürlük* rejiminden yararlanmalarını gerekli kılar. Çünkü bunlar, fikir üretiminin en yüce değer ve biçimleridir. Örneğin, "düşünce suçu"na yer vermeyen liberal rejimlerde bile istisnai olarak bazı propagandaların (faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, vb.), müstehcen yayınların ya da suça kışkırtma eylemlerinin hukuk tarafından korunmamasına karşılık, bilimsel ve sanatsal yaratılarda bu türden suçların işlenmesi ya da işlenmiş sayılması düşünülemez. Niteliği gereği, bilim ve sanat özgürlüğü hiçbir sınırlamaya tâbi olmayan ve olmaması gereken mutlak bir özgürlüktür. Bu özellik asıl, "düşünce suçları"nın olduğu ülkeler açısından sonuç doğurabilir; ve hiç değilse bilim ve sanat ürünlerini ve bunları yaratanların korunmasını sağlayabilir.

Düşünce özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğü arasında, bunları kullananlar ya da bunlardan yararlananlar açısından da bir fark vardır. Gerçi bilim ve sanat özgürlüğü de, düşünce özgürlüğü gibi, *"herkes"*in sahip olduğu bir özgürlüktür. Ama buradaki "herkes" içinde belli bir kesim ön plana çıkar. Bunlar; bilim adamları, sanatçılar, eğitim ve öğretim işleriyle uğraşanlar ve bu kurumlardan yararlanan öğrencilerdir. Bilim ve sanat özgürlüğüne ayrılmış anayasa maddelerinde, eğitim ve öğretim özgürlüğünden de sözedilmesi bu özgürlüklerin daha özgül (spesifik) bir karakterde olduğunu ve toplumun belli kesimlerinin özel koruma altına aldığını gösterir. Bu da, öğreten ve eğiten için özgürce öğretme ve eğitme, öğrenen ve eğitilen için de özgürce öğrenebilme ve eğitilme hakları demektir.

Öğretme/öğrenme, eğitme/eğitilme ilişkisi mutlaka bir kurumsal yapıyı (okul, üniversite, kurs, vb.) zorunlu kılmasa da, daha çok genel öğretim kurumlarında ve özellikle de yüksek öğretimde ortaya çıkar. Öğretim ve öğrenim özgürlüklerinin bu sonuncu kesimi *"akademik özgürlük"* ya da *"akademik özgürlükler"* adını alır. Bilim ve sanat

özgürlüğünü ya da eğitim ve öğretim özgürlüklerini özel olarak düzenlemiş olmayan hukuk sistemlerinde bile akademik özgürlükler, yasal güvenceler ya da gelenek/göreneklerle ötedenberi özel koruma altında olmuşlardır (özellikle ortaçağdan beri Almanya ve Hollanda'da)? Bunlar; yüksek öğretim kurumlarını, öğreteni ve öğreneniyle birlikte, baskı odaklarına karşı (siyasal iktidar, yürütme, idare, yargı, çıkar grupları, ordu, kilise, vb.) koruyan ek güvenceleridir. Böylece akademik özgürlük, *özel'in* (bilim ve sanat özgürlüğü) *özeli'nin* (eğitim ve öğrenim özgürlüğü) *özeli'ni* (yüksek öğretim) oluşturur.

2) "DÜŞÜNCE SUÇLARI" KARŞISINDA BİLİM VE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ

Bilim ve sanat özgürlüğünün ve ürünlerinin "düşünce suçları" karşısındaki durumu nedir? Bu sorun Türkiye gibi ülkeler açısından özel bir önem taşıyagelmiştir.

Türkiye'de ötedenberi, düşünce özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğüne biçilen hukuki değerler farklı olmuştur. TCK 141-142'yi değiştiren 5435 sayılı yasanın (1949) gerekçesinde, propaganda niteliğinde olmadıkça komünizmi ve anarşizmi öğretme ve anlatmanın, bu alanlarda bilimsel eleştirilerde bulunmanın suç sayılamayacağına işaret edilmişti (1). 16 yıl sonra Anayasa Mahkemesi bu ayrımı ve ölçüyü aynen benimsemiş ve kullanmıştır (2). Üniversite çevresinden de akademik özgürlüğün mutlak ve sınırsız olduğu, bunun her fikri savunma ve yayma hakkını içerdiği, "düşünce suçları" olgusunun bu özgürlüğü etkilememesi gerektiği yolunda görüşler gelmiştir (3).

Gerçi 1961 Anayasasının temel hak ve özgürlükleri düzenleyiş biçimi ve sistematiği açısından düşünce özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlükleri arasında bir fark yoktu; bunların birini içeriği bakımından sınırlı, öbürünü ise sınırsız saymanın tutarlı bir gerekçesi olamazdı. Ama burada sorun bu değildir. Acaba, düşünce özgürlüğü sınırlı, bilim ve sanat özgürlüğü ise sınırsız kabul edilmekle, hiç olmazsa bilim özgürlüğünün dokunulmazlığı sağlanabilmiş midir? Sorun budur ve bunun da yanıtını yine somut olgulardan yola çıkarak aramak gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki, düşünce özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğü arasında kurulan bu pek ince ayrım, üniversite öğretim üyelerinin bile, ders takrir ve notlarından, monografi ve çeşitli eserle-

(1) *Tutanak Dergisi*, d. VIII, c. 20, S sayısı 257, s. 4-16, 18.

(2) E. 1963/173, K. 1965/40, Kt. 26.9.1965 (AYMKD, sayı 4, s. 267).

(3) İstanbul Üniversitesi Senatosu'nca kurulan ve R. Sarıca, T. Z. Tunaya, L. Duran, S. Özçelik ve İ. Giritli'den oluşan komisyonun Ekim 1965 tarihli raporu.

rinden dolayı yargılanmalarını, tutuklanmalarını ve hatta mahkûm olmalarını önlemeye yetmemiştir. Ama Türk ceza hukuku uygulamasında "düşünce suçları" ile bilim ve sanat özgürlüğü arasındaki çelişki, asıl *çeviri eserler* konusunda kendini belli eder. Buna geçmeden önce birkaç noktayı hatırlatmak gerekir.

Birincisi; bilim ve sanat özgürlüğü yalnız bunları öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma yapabilme hakkını değil, "bilim ve sanatı *serbestçe öğrenme* hakkı"nı da içerir (AY. md. 27/1). Dolayısıyla yabancı kaynakların türkçeye çevrilmesi, çeviren ve yayınlayan için bir *"yayma"* hakkı olduğu kadar, okurlar için de *"öğrenme"* hakkının karşılığıdır. İkincisi; Türkiye'nin özel koşullarında yabancı kaynaklı eserlerin Türkçeye çevrilmesi, bilim ve sanatı öğrenebilme açısından özel bir önem taşır. Üçüncüsü; çeviri eserlerle ilgili yargı kararlarının yerli (telif) eserlerle ilgili olanlardan sayıca daha fazla oluşu, "düşünce suçları" ile bilim ve sanat özgürlüğü ilişkisinin çeviri eserler zemininde ele alınmasını daha kolay ve verimli hale getirmektedir.

Çeviri eserlerin önemini belirttikten sonra şimdi esas sorunun cevabına geçilebilir.

Yargıtay'ın bilim ve sanat özgürlüğünün sınırlı olup olmadığı konusundaki yaklaşımı çelişkili olagelmiştir. Yüksek Mahkeme, 1961 Anayasasının ilk yıllarında ve muhtemelen Anayasa Mahkemesinin bilim ve sanat özgürlüğünü sınırsız sayan görüşünün de etkisiyle vermiş olduğu kararlarda, "sınırsız bilim ve sanat özgürlüğü" görüşüne sahip çıkmaktaydı (4). Buna karşılık, 1970'li yıllarda verilen bazı kararlarda bu özgürlüğün de sınırlı olduğu, özellikle "TCK'nun 141 ve 142. maddeleri kapsamı dışındaki bilim ve sanat eserleri hakkında geçerli (5)" olduğu sonucuna varılmıştır. Böylece bir anayasal özgürlük, ceza yasası hükümlerine göre yorumlanmış ve sınırlanmış olmaktadır.

Dava mahkemelerinin ve Yargıtay'ın suç unsurunu araştırma yöntemleri ise daha istikrarlı görünmektedir. Önce, eldeki eserin *"bilimsel"* olup olmadığı araştırılmakta, bunun sonucuna göre de hüküm verilmektedir. Eser, bilimsellik noktasından "Geçer" not almışsa, sanık (çevirmen, yayımcı, vb.) lehine, aksi halde ve propaganda suçu da oluşmuşsa, sanık aleyhine karar verilmektedir. Örneğin, sosyalist teorinin temel kaynakları arasında yeralan "Komünist Manifesto" (6),

(4) "Devrim Yazıları" (Babeuf) ve "Teori ve Pratik" (Mao) başlıklı çevirilerle ilgili kararlar buna örnektir: *Yrg.* 1. CD. 29.2.1968, E. 1967/1108. K. 1968/643 ve 1968/3445, K. 1968/3454 (A. ÜNER/N. GENÇER, *Komünizm, Sosyalizm ve İlgili Yargıtay Kararları, Ankara* 1969, s. 135-137, 147-148).

(5) *Yrg.* 8, CD. 18.5.1976, E. 1976/2878, K. 1976/4105 (YKD, 1976, s. 1528).

(6) *Yrg.* 1. CD. 26.3.1971, E. 1970/2140, K. 1971/1054 (RKD, 1971, III/2, s. 43-44).

Marx-engels'in "Politika ve Felsefe" üzerine yazıları (7) ile Fransız bilim adamı H. Lefèbre'in "Karl Marx, Hayatı ve Eserleri (8)" adlı kitabı Yargıtay'ca "bilimsel" nitelikte bulunamadıklarından, bunlarla ilgili davalarda sanıklar aleyhine hüküm verilmiştir.

Yargıtay "bilimsellik"ten neyi anlamaktadır? Yüksek Mahkeme'ye göre bilimsellik, bir konunun "objektif ve tarafsız bir biçimde açıklanmış" olmasıdır (9). Bilimsel sosyalizmin temel kitaplarından olan "Komünist Manifesto"yla ilgili davanın kararında bu şöyle açıklanmıştır:

"Dava konusu eserin mahkemece tarihi bir belge ve öğrenme ve öğretme hürriyetlerinin bir gereği ve bilimsel eser niteliğinde olduğu kabul edilmiş ise de, bir incelemenin bilimsel nitelik taşıyabilmesi için umumî, objektif mahiyette olması, şahsî-subjektif görüşler dışında tamamen tarafsız ve birbirine uygun neticelerin ışığı altında bir araştırma bulunması lâzımdır. (10)"

Bu gerekçeyle sözkonusu eseri bilimsel saymayan Yargıtay, H. Lefèbre'in "K. Marx, Hayatı ve Eserleri" adlı kitabını da "umumi" (?), "objektif ve tarafsız" ve dolayısıyla "bilimsel" bulamamıştır (11). "Objektif bir incelemnin ürünü olmadıkları" gerekçesi Marx-Engels'ten yapılan derleme-çevirilerle ("Politika ve Felsefe") ilgili kararda da kullanılmıştır (12). Buna karşılık "Sovyetler Birliği'nde Sendikacılık" adlı kitapla ilgili davada, uluslararası işçi hareketi ile Sovyet sendikalarının "objektif bir görüşle" açıklandığı saptanarak sanık (çevirmen) lehine karar verildiği görülmektedir (13).

Mahkemeler, "bilimsellik sorunu"nu çözmede "bilimsel" desteğe de başvurmaktadırlar. Yargıtay'a göre "bir eserin bilimsel niteliği haiz olup olmadığı (...), ancak o konularda uzmanlık seviyesine ulaşmış, otorite sahibi bilim adamlarının yine bilimsel ve objektif ölçülerle varacakları sonuca göre belli olur. (14)" Ancak bu yol da çok verimli sonuçlar veren bir yöntem gibi görünmemektedir. Çünkü en başta Yargıtay'ın kendisi "uzmanlık seviyesine ulaşmış otorite sahibi bilim

(7) *Yrg* 1. CD. 10.4.1971, e. 1973/858, K. 1974/1397 (YKD, 1975, sayı 5, s. 121).

(8) *Yrg.* 1. CD. 28.4.1971, E. 1970/4037, K. 1971/1510 (RKD, 1971, III/2, s. 42).

(9) *Yrg.* 1. CD. 10.4.1967, E. 3228, K. 877 (RKD, yıl 2, 1967, III, s. 79).

(10) *Yrg.* 1. CD. 26.3.1971, E. 1970/2140, K. 1971/1051 (RKD, yıl 6, 1971, III/2, s. 43).

(11) *Yrg.* 1. CD. 28.4.1971, E. 1970/4037, K. 1971/1510 (RKD, yıl 6, 1971, III/2, s. 42-43).

(12) *Yrg.* 1. CD. 10.4.1974, E. 1973/858, K. 1974/1397, (YKD, 1975, sayı 5, s. 121).

(13) Yrg. 1. CD. 21.4.1970, E. 1970/350, K. 1285 (RKD, yıl 5, 1970, III/2, s. 56).

(14) *Yrg.* 1. CD. 14.11.1968, E. 1968/2806, K. 1968/3098 (ÜNER/GENÇER, s. 153-164).

adamı"nı teşhiste bocalamaktadır. Örneğin, önceki kararda dava mahkemesinin beraat kararını bozan Yargıtay 1. CD, mahkemenin bilirkişi raporunu dikkate almamasını da haksız buluyordu. Bu davanın bilirkişilerinden biri aynı dairenin başka kararlarında ise "kifayetsiz" sayılacaktı (15).

Öte yandan aynı eser hakkında bilirkişilerin farklı görüşlere ulaşmaları da çok sık rastlanan bir durumdur. Bu da doğaldır, çünkü "bilimsellik" bir tartışma konusudur, kolayca kestirilip atılacak bir sorun değildir. Üstelik, "bilimsellik" tartışmasının neden hukuku ve ceza mahkemesini ilgilendirdiğini anlayabilmek de zordur. Bu nedenlerle, düşünce özgürlüğü/bilim özgürlüğü gibi zor ayrımlar bilirkişileri de içinden çıkılmaz bir yola sokmaktadır. Sanığın da bir bilim adamı olması durumunda ise işler büsbütün karışmaktadır. Böyle bir davanın bilirkişisi olan bilim adamı, bir meslekdaşına yöneltmeye hakkı olan bilimsel eleştirilerini mahkeme üzerinden iletmiş olmakla, adeta bir "akademik yargıç" rolüne bürünmektedir.

Yargıtay bilimselliği sınarken, bazan yazarın ve çevirmenin öğrenim durumlarını, "bilim adamı" olup olmadıklarını da işin içine katma gereğini duymaktadır. Örneğin, bir çeviri eserin bilimsel nitelik taşımadığı sonucuna varılırken, yazarının "bir bilim adamı olmadığı"nın vurgulanmasına özen gösterilmiştir (16). Bir başka davada yine aynı sonuca ulaşılırken, bu defa da çevirmen-sanığın öğrenim durumu ve bilimsellik düzeyi ortaya konmuş, "Sözkonusu makaleleri Türkçeye çevirip yayımlayan sanık, kendi ifadesine göre ancak lise öğrenimi görmüştür; bir bilim adamı değildir (17)" denmiştir.

Bunun daha ileri bir adımı, bazı doktrinlerin bilimsel olamayacağına baştan karar verilmesidir. "Yunanistan'daki Askeri Diktatörlüğü Nasıl Sona Erdirmeli?" başlıklı İngilizce broşürü Türkiye'de yine İngilizce olarak basıp yayımlamaktan sanık kişi hakkında suçluluk kararı verilirken, broşürü yazanın "aşırı bir komünist" olduğu kanısına varan Yargıtay şu saptamayı yapmaktaydı:

"Tebliğname'deki (Komünist Partisi açısından bilimsel görüşleri açıkladığı) cümlesini mânâlandırmak mümkün değildir. Bir görüş veya düşünce hem bilimsel ve hem de Komünist Partisi açısından birlikte bir mânâ taşımaz; görüş ya komünisttir veya bilimseldir. (18)"

(15) *Yrg.* 1. CD. 24.1.1970, E. 1969/1491, K. 1970/266.

(16) *Yrg.* 1. CD. 12.1.1971, E. 1970/3683, K. 1971/20 (RKD, yıl 6, 1971, III/2, s. 46).

(17) *Yrg.* 1. CD. 14.11.1968, E. 1968/2806, K. 1968/3098 (ÜNER/GENÇER, s. 153-164).

(18) Yrg. 1. CD. 12.12.1970, E. 1969/3193, K. 1970/531 (RKD, yıl 6, 1971, III/2, s. 54).

Yargıtay, sosyalist eserleri çevirenlere bir de görev yüklemekte ve çevirdikleri eseri eleştirmekle yükümlü tutmaktadır. Bunun yapılmamış olması ise, "bilimsel tarafsızlık ve objektiflik" unsurunun yokluğu olarak yorumlanmakta ve sanık aleyhine hükme yolaçmaktadır. Örneğin, Yargıtay, "Komünist Manifesto" ile ilgili kararında "bilimsellik" tanımını koyduktan sonra şöyle devam etmektedir:

"...Halbuki sanık bu ilkenin tamamen dışında, kendi benimsediği görüş ve düşünceyi kapsayan ve yayımlanması ile başkaları üzerinde tesir yaratacak olan, komünizmin peygamberleri sayılan K. Marx ve F. Engels tarafından yazılan Komünist Manifesto'yu okuyup beğenip Türkçeye çevirip yayımlamış, eserde ileri sürülen düşünceleri hiç olmazsa kitap tercümesinin dipnotu yerinde veya tercüme önsöz kısmında bilim süzgecinin ışığı altında, objektif ve tam bir tarafsızlıkla değerlendirme yoluna gitmemiş olmasına göre, mahkemece bu hususa ait gerekçe ve savunmalar tamamen yersiz olduğundan...(19).

Görülüyor ki, "düşünce suçları"nın varolduğu bir hukuk düzeninde "sınırlı düşünce özgürlüğü/sınırsız bilim özgürlüğü" ayrımı, bilim özgürlüğünü olsun kurtarmaya yetmemektedir. Bu da beklenmedik bir sonuç değildir, çünkü "bilimsellik" denetimi Hukuku, Devleti ve Yargı'yı ilgilendiren bir iş değildir. Bu konuda "yargıç", bilim dünyası ile okurlar ve kamuoyudur. Eğer bilimselliği ölçecek terazi yargıçların ve bilirkişilerin elindeki terazi olsaydı, İlk Çağ'dan bu yana "zındık damgası" yiyen pekçok bilginin yapıtları günümüzün bilim hazinesinin değerli parçaları durumuna da gelemezdi.

İşte, girilmemesi gereken bir yola bir kere adım atılınca, bunun ardından, bir sanığı çevirdiği eseri eleştirmemesinden ötürü sorumlu tutmak ya da bir başka sanığın Atatürk'ün "konuşma ve görüşlerini ters yönde yorumladığı"nı ileri sürüp mahkeme kararında onunla polemiğe girmek ve "bilimsel yanılgıya düştüğü"nden sözetmek gibi gariplikler de kaçınılmaz biçimde sökün eder (20).

Görülüyor ki ülkemizde, uygar dünyada en dokunulmaz alanlardan biri sayılan, hatta bazan anti-liberal rejimlerde bile özel bir hoşgörüden yararlanan bilim ve sanat özgürlüğü dar ve ideolojik bir çemberin içine sıkıştırılmıştır. Üstelik yukarda çizilen tablo, bu konuda özgürlükçü temeller atmış olan 1961 anayasası dönemiyle ilgilidir. Verilen karar örnekleri de olağan ve sivil mahkemelerin, Yargıtay'ın içtihatlarıdır. 1980 sonrası dönem ise, bir yandan askerî rejimi ve sıkı-

(19) *Yrg.* 1. CD. 26.3.1971, E. 1970/2140, K. 1971/1051 (RKD, yıl 6, 1971, III/2, s. 43). Aynı yönde: *Yrg.* 1. CD. 12.2.1970, e. 1969/3193, K. 1970/531 (RKD, yıl 6, 1971, III/2, s. 54).

(20) *Yrg.* 1. CD. 28.4.1971, E. 1970/4037, K. 1971/1510 (RKD, 1971, III/2, s. 41); 26.3.1971, E. 1970/2140, K. 1971/1051 (RKD, 1971, III/2, s. 43); 10.4.1974, E. 1973/858, K. 1974/1397, (YKD. 1975, sayı 5, s. 120).

yönetim mahkemeleri ile, öbür yandan da bilim ve sanat özgürlüğünü bile fütursuzca ve açıkça sınırlayan Anayasası ile (md. 13, 27, 42, 130) bu tabloyu daha da karartmıştır (21).

3) GÖSTERİ SANATLARI VE İDARE

Bilim eserleri için özgül (spesifik) sorun "düşünce suçları" yok; gösteri sanatları içinse İdare'dir. Sinema, müzik-video ve tiyatro eserleri, İdare'nin sansür, denetim, yasaklama hatta imha gibi işlemleriyle sık sık karşılaşır.

Gerçi ilk bakışta, sinema konusunda bazı batı ülkelerinde de tam bir serbestlik yoktur. Fransa, İsveç, bazı eyaletleriyle ABD'de sansür mevzuatı yürürlüktedir. Federal Almanya'da yabancı filmler için bakanlıklararası bir kurul öndenetim yapmakla görevlidir. Fransa ve İngiltere'de yerel yönetimlerin, film gösterimine müdahale yetkileri vardır. Ancak, bu ülkelerde pratikteki durum bambaşkadır. Fransa'da ulusal-merkezî sansür fiilen kalkmış, yerel sansür ya da müdahale de etkisini yitirmiştir. ABD'de de müstehcenlik dışında sansür uygulaması kalmamıştır. İngiltere ve Federal Almanya'da meslekiçi özdenetim uygulanmaktadır. Fransa, İngiltere ve ABD'de sansür uygulamasının yerini "sınıflandırma" (seyircinin yaşına göre ayrım) almıştır.

Türkiye'de ise film sansürü "ölü bir yasa hükmü" değil, senaryo incelemesiyle başlayan, çekimboyu devam eden, film tamamlanınca son biçimini alan en az üç aşamalı bir sıkı denetimdir. Danıştay'ın bu konuda takındığı genellikle özgürlükçü tutum da, sansürün katılığını gidermeye yetmemiştir (22).

Ayrıca, yerel yöneticilerin (Vali) film gösterimini yasaklamaları da çok sık rastlanan bir olaydır ve bu alanda tam bir keyfilik hüküm sürmektedir. Örneğin, sansürün bütün aşamalarından geçmiş olan ve dolayısıyla ülkenin her yerinde oynatılabilmesi gereken bir film, bir İl'de, "Türk polisini küçük düşürücü ve ülkenin bütünlüğünü bozmaya yönelik fikir empoze etmek isteyen sahneler olduğu" gerekçesiyle Valilikçe yasaklanabilmiştir (23). Bu filmin öbür İllerde neden aynı so-

(21) Bu konu İkinci Bölüm'de "Anayasa" başlığı altında derinleştirilecektir.

(22) *Sinema Filmlerinin Sansürü Kollogyumu*, 25 Mayıs 1978, İÜHF İdare Hukuku ve İdare İlimleri Enstitüsü yay., İstanbul 1980. Bu konudaki tek olumlu gelişme, festival filmlerinden sansürün kaldırılmasını sağlayan Yönetmelik'tir (Bakanlar Kurulu karar sayısı 88/13241; RG. 12.10.1988-19957).

(23) Gaziantep Valiliğinin "Su da Yanar" (A. Özgentürk) filmi hakkında aldığı karar (*Cumhuriyet*, 3.2.1988). Film daha sonra İstanbul'da da yasaklanmışsa da (4.3.1988) İstanbul 5. İdare Mahkemesi'nin 18.4.1988 tarih ve 1988/931 sayılı kararıyla işlemin yürütülmesi durdurulmuştur (*Cumhuriyet*, 23.4.1988).

nucu doğurmadığını ya da neden yalnız bir İl'de böyle bir "tehlike" yarattığını anlayabilmek gerçekten zordur. Yine aynı Valilik tarafından 9 aylık bir süre içinde gösterimi yasaklanan film sayısı 38'dir (24). Valilerin, yerel ahlâk değerlerini gözetmek için yasaklama yoluna gittikleri de olmaktadır. Ama bu durumda da, örneğin İstanbul'da oynayabilen bir filmin (Betty Blue), sosyal ve kültürel yapısı bakımından artık ondan çok farklı olmayan bir komşu İl'de (Kocaeli) yasaklanışının nedenini kavrayabilmek yine çok güçtür.

Polis de, gösterilmekte olan, hatta daha gösterime bile çıkmamış filmlere elkoyabilmektedir (25). Fiilî baskılarla sonuç elde etme yöntemine en yeni örnek, Humeynî aleyhine sahneler içerdiği söylenen *"Çıplak Silah"* (Naked Gun) filmiyle ilgili siyasî, idarî ve polisiye müdahalelerdir. İlkin, gelen tehditler üzerine bu filmin bazı sahneleri bazı sinema salonu sahiplerince kesilerek oynatılmaya başlanmıştı. Bu arada İran, Türk Dışişleri Bakanlığına başvurarak filmin gösterimden kaldırılmasını istemişti. Kısa süre sonra, filmin oynatıldığı salon sahiplerinin bazıları polis merkezine çağrılarak kendilerine, "Cumhurbaşkanımız bu filmin oynatılmasını istemiyor. Oynatırsanız sinemanızı kapatırız" uyarısında bulunuldu. Bunun üzerine sözkonusu sahneler bu salonlardaki gösterimden çıkarıldı. Ancak baskı ve tehditler sonunda, dağıtıcı firma yetkilisi "Hiçbir film yaşam riskine deymez" diyerek filmi tümüyle Türkiye gösterimlerinden çekmek zorunda kaldı (26).

Nihayet Türkiye'de idarî kararla bazı filmlerin yokedildiği de görülmüştür. Örneğin, TV için hazırlanan *"Yorgun Savaşçı"* Başbakan B. Ulusu'nun, Yılmaz Güney'in 109 filmi de Sıkıyönetim Komutanlığının emriyle yakılmıştır.

Müzik etkinlikleri, konserler, ses ve görüntü araçlarıyla yapılan yayınlar da sıkı denetimden uzak kalamamıştır. Bazı konserler (özellikle Grup Yorum), video ve müzik ürünleri yasaklanmaktadır. Burada da yine Valilik kararları önplanda görünmekle birlikte, Bakanlığın perde arkasındaki rolü de gözden kaçmamaktadır. Örneğin, İçişleri Bakanlığı'nın bir telsiz emriyle bütün valiliklere ilettiği talimat uyarınca 50 İlde bu türden yasaklamalara girişilmiş, yaklaşık olarak bin civarında sinema, video ve müzik eseri hakkında bu işlem yapılmıştır (27). Ancak, kararlar valilerce alınmış olduğundan yapımcılar için her İlde ayrı dava açma zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

(24) *Cumhuriyet*, 29.9.1989, s.6.

(25) Örnekler için bkz. A. Dorsay, "Gözaltında bir film", *Cumhuriyet*, 3.5.1988; *Cumhuriyet*, 4.2.1987.

(26) *TİHV Bülteni*, 19, 25, 27 ve 29.6.1990.

(27) *Cumhuriyet*, 18.4.1989, s.8.

Tiyatro eserlerinin durumu da farklı değildir. Bunlar da; adlî kovuşturma, idarî yasaklama ya da kurum içinden otosansür gibi engellerle sürekli burun burunadırlar (28). O kadar ki, tiyatro, bundan 20 yıl önceki serbestliğine bile sahip değildir. Örneğin, "Pir Sultan Abdal" 1967'de Ankara'da Halk Oyuncuları tarafından sahnelenmiş, 1968'de kitap haline getirilmiş ve Türkiye'nin pek çok bölgesinde de oynanmıştı. Bu oyunu 1990'da yeniden sahneye koyan Ankara Birlik Tiyatrosu ise İstanbul'daki 13. temsilinde Valiliğin yasaklama kararıyla karşılaşmıştır. Bu yasaklama kararı, oyunun daha önce Bakırköy'de sahnelenişi sırasında seyircilerce slogan atılmış ve bu yüzden adlî soruşturma açılmış olması gibi bir nedene dayandırılmıştır. Oysa bu oyun ve metni hakkında 23 yıldan beri bir soruşturma bile açılmış değildi. Buradaki yasaklama kararının, az ilerde değinilecek olan, PVSK'da 1985 yılında yapılan bir değişiklik uyarınca (Ek md.1) alındığı yetkililerce ifade edilmiştir (29). Görüldüğü gibi, 23 yıldan beri sahnelenebilen bir tiyatro eserinin bir mülkî âmir kararıyla yasaklanabilmesi mümkün olabilmekte, bunun için bir mahkeme kararına da ihtiyaç duyulmamaktadır.

Dahası, "sergilenmesi uygun görülmüş"(!) tiyatro eserlerinin sahnelenmesi sırasında çıkabilecek olaylardan da tiyatro sahibi sorumlu tutulmak istenmektedir. Bu uygulama polis tarafından tiyatro sahibine imzalattırılan bir belgeyle yürütülmektedir. İstanbul'daki "Bulunmaz Tiyatro" sorumlusuna imzalattırılan *"Tebliğ ve Tebellüğ Belgesi"*, Türkçe yazım bozukluklarıyla aynen şöyledir:

"İstanbul Valiliğinin 1.10.1990 tarih ve Em. Müd. Güv. Şb. Müd. Bas. Yay. M. 5-1758-82255 sayılı emri ve Beyoğlu kaymakamlığının 3374 sayılı yazıları ile 29.9.1990 tarihinden başlamak üzere 29.9.1991 tarihleri arasında Aziz Nesin'in yazdığı SEN GARA DEĞİLSİN, Anton Cehov'un yazdığı kutlama ve Antigon ARALlın yazdığı KURBANLIK KOYUN isimli tiyatro oyunlarını sergilemesinde her nekadar uygun görülmüş ise de herhangi bir siyasî ve ideolojik amaçlı konulara karşı dikkatli olunması hakkında ve olabilecek hususlardan sorumlu olduğuma dair tebellüğ ederim. İş bu tebliğ ve tebellüğ belgesi taniz edilerek altı birlikte imza edildi. 11.10.1990" (tebliğ eden...) (Tebelüğ eden...).

(28) bkz. D. G. UÇARER, "Tiyatroda baskı ve sansür", *Cumhuriyet*, 31.12.1986-2.1.1987.

(29) *2000'e Doğru*, 2 Eylül 1990, s. 56.

4) MEVZUAT

Aslında, sanat ürünlerine yönelik bütün bu baskılar ve hatta uygulamada görülen keyfilikler büyük çapta mevzuattan kaynaklanmaktadır. Baskıları ve özellikle film sansürünü meşrulaştıran Anayasa (Başlangıç, md. 13, 26 ve 27) bunların başında gelir. PVSK (md. 6) ile 1983 tarihli bir Tüzük de sansür uygulamalarının somut dayanağı olmuştur. Bu iki kaynak, 1986'da çıkarılan Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu (SVMEK) ile yürürlükten kalkmıştır. Bugünkü sansür uygulaması SVMEK ile buna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklere dayanmaktadır (30).

SVMEK, amacını "sinema ve müzik hayatına millî birlik, bütünlük ve devamlılığımız açısından düzen ve ölçü kazandırmak" şeklinde tanımlamıştır (md. 1). Bunun, sanatın evrenselliğin ve sanatsal yaratıcılığı boğan bir yaklaşım olduğu açıktır. Bu yüzden, maddedeki "denetim... yönünden geliştirilmesini sağlamak" biçimindeki düzenleme de bir anlatım bozukluğuyla değil, sanki bilinçli bir tercihle ilgilidir. Öteyandan yasa, Anayasadaki 9 denetim ölçüsüne (md. 13/1) iki yeni ölçü daha katarak Anayasayı da aşmaktadır. Dahası, bu yasaya dayanılarak çıkarılan Yönetmelik bunlara iki yeni denetim ölçüsü daha katarak sanat eserlerinin icrasını ya da gösterilmesini önlemede kullanılacak destekleri 13'e çıkarmıştır. Bu iki yeni ölçü "(Devletin) siyaseti" ve özellikle "dış siyaseti" ile "millî duyguların incinmesi"dir (md. 1 ve 9). Bu arada, TV'de yayımlanan filmlerin de TRT Yayın Denetleme Kurulu tarafından bir ek denetlemeden geçirildiği unutulmamalıdır. Böylece bunlar "TRT yayın ilkeleri" adı altında ikinci bir sansüre uğramaktadır. Durum, Türkiye'de sinema filmleri sansürü başta olmak üzere, sanatsal üretimin içiçe geçen süzgeçlerden oluşan kalın bir sansür tabakası altında tutulduğunu açıkça ortaya koymaktadır (31).

Bu alandaki kıskaçlar yalnız öndenetim mekanizmalarından da ibaret değildir. Sansürden geçebilmiş sanat ürünleri üzerinde idarenin her an müdahale ve yasaklama yetkileri de vardır. Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun 9. maddesi İdare'ye keyfi müdahalelerde bulunma yetkisini tanımış bulunmaktadır:

(30) 23.8.1983 tarih ve 83/7006 sayılı Filmlerin ve Film Senaryolarının Denetlenmesine İlişkin Tüzük (RG. 2.12.1983 -18239); 23.1.1986 tarih ve 3257 sayılı SVMEK (RG. 7.2.1986 - 19012); 7.8.1986 tarih ve 86/10901 sayılı Sinema, Video Ve Müzik Eserlerinin Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG. 4.9.1986-19211).

(31) M. S. GEMALMAZ, "Türk hukuk düzenlemesinde sinema filmlerinin sansürüne bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1987, sayı 4-5-6, s. 340-352.

"Mülkî idare amirleri bölgenin özellikleri sebebiyle toplumsal bir olaya sebebiyet vermesi muhtemel eserlerin dağıtım ve gösterimini, gerekçesini de belirtmek suretiyle yetki ve görev sınırları içersinde yasaklayabilirler. Bakanlık veya mülkî idare amirlerince yapılacak herhangibir denetim sonucunda eserin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, millî egemenlik, cumhuriyet, millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlık, örf ve âdetlerimize aykırılık bulunması halinde eser yasaklanır ve kanuni takibat yapılır.(32)"

Görüldüğü gibi, *"bir olaya sebebiyet vermesi muhtemel"* ya da 1876 Kanun-ı Esasi'sinin 113. maddesini çağrıştıran *"herhangi bir denetim sonucu"* gibi gevşek terimleriyle bu yasa hükmü, uygulamada rastlanan keyfiliklerin de başlıca kaynağıdır. Her ne kadar bu türden idarî kararlara karşı yargı yoluna başvurma olanağı varsa da, eserin yasaklandığı her İl'de ayrı ayrı dava açma zorunluluğu, bunun yarattığı ekonomik ve fizik güçlükler, idarî yargı denetimini de etkisizleştirmektedir. Aslında yukarda belirtildiği gibi birçok yasaklama kararının kaynağında bakanlık ve onun talimatları yeralmakta, ama işin yargısal denetimi sözkonusu olunca, Merkez gözden kaybolmakta, eser sahibi çeşitli ve çok sayıda idare birimine karşı değişik İl'lerde dava açmak zorunda bırakılmaktadır.

Tiyatro eserlerinin yasaklanmasında ise, PVSK Ek madde 1/2'nin şu hükmüne dayanılmaktadır: "Bunlardan, genel ahlâka, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne veya Anayasa düzenine aykırı olduğu tespit edilenler, mahallin en büyük mülkî âmiri emriyle polis tarafında menedilir ve ilgililer derhal adlî mercilere sevk edlir" (33).

(32) Kanun No: 3257, Kt. 23.1.1986 (RG. 7.2.1986-19012).
(33) Kanun No: 3233, Kt. 16.6.1985 (RG. 25.6.1985-18792).

VII./ DERNEK ÖZGÜRLÜĞÜ

Çağımızın sanayileşmiş ve demokratik toplumları, birbirinden kopuk bireylerden çok, örgütlü insan topluluklarından oluşmaktadır. Toplumsallaşmanın bu örgütlü biçimi, *"kollektif özgürlükler"*i ön plana çıkarmıştır. Günümüzde artık bir grup içinde yeralmayan birey, kamusal yaşam üzerinde pek etkili olamamaktadır. Bu yüzden, topluluk oluşturma ya da "birleşme" (koalisyon) özgürlükleri, hem çıkarları korumanın, hem de kamusal yaşama katılmanın en etkili araçlarıdır. Dernekler, toplantı ve gösteriler, meslek kuruluşları ve sendikalar, siyasal partiler, vb. kollektif özgürlüklerin kullanıldığı somut mekân ve örgütlerdir.

Dernek hayatı ve faaliyetleri, birey için bir yurttaşlık ve uygarlık okulu, toplumsallığı ve kişiliği geliştiren bir ortamdır. Derneklerin etkinliği, grup çıkarlarının daha iyi savunulmasına olduğu kadar, demokratik ve temsilî sistemin zenginleşmesine, çoğulculuğun ve özgürlüğün serpilmesine de katkıda bulunur. Modern demokrasilerde dernekler, belli sınırlara uymak koşuluyla geniş bir özgürlük alanından yararlanmaktadır. Bu sınırların klasik örnekleri, "kamu düzeni" ile "genel ahlâk"a aykırı davranmama borcudur. Siyasal içerikli yasaklamalar da, anayasal düzeni silahlı eylemle devirmeyi, ırklar ya da halklar arasında düşmanlık yaratmayı, faşist ideolojiyi yaymayı amaçlayan askerî ya da yarı-askerî (paramiliter) derneklerle ilgilidir. Fransa, Federal Almanya ve Portekiz bu konuda en duyarlı ülkelerdir (1).

Türkiye'de dernek özgürlüğü 1961-1980 yılları arasında, TCK'nin bazı hükümlerinden (özellikle md. 141) kaynaklanan ceza yaptırımları dışında, evrensel ölçülere uygun bir sürece girmiş, derneksel yaşamda büyük bir serpilme görülmüştü. Bu dönemde özellikle Danıştay'ın kollektif özgürlükler konusunda özgürlükçü ve koruyucu bir rol oynadığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesiyse, birtakım hak ve özgürlüklerin (özellikle mülkiyet hakkı ve toprak mülkiyeti) korunması konusunda gösterdiği titizliği, kollektif özgürlükler konusunda

(1) J. MORANGE, *Libertés publiques*, p. 213-223; J. ROBERT, *Libertés publiques*, p. 568 vd.; İ. KABOĞLU, "La liberté d'association et la démocratie", DÜHFD, sayı 1, 1983, s. 41-86.

pek göstermemiş, bunlarla ilgili davalarda iptal kararı verme konusunda oldukça çekingen davranmıştı (2).

1980 sonrasında ise, başka alanlarda olduğu gibi, dernek özgürlüğü konusunda da Türk hukukunun temel verileri açıkça otoriter yönde bir değişime uğramıştır. Bunun normatif temelleri 1982 Anayasası (md. 33) ile Dernekler Kanunu'nda (3) bulunabilir. 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu 1983 tarihli Dernekler Kanunundan (DK) çok daha liberal kurallar içermekteyse de, bunlar "özel" ve "sonraki" yasa olan DK tarafından değiştirilmiş olup, yalnız DK'da "boşluk" bulunması durumunda (md. 93) uygulanabilirler (4).

Dernek özgürlüğünün bugünkü tablosu burada *"dernekleşme hakkı"* ve *"faaliyet özgürlüğü"* alt başlıklarında ele alınacaktır.

1) DERNEKLEŞME HAKKI

Bu başlıkla, *"dernek kurma"* ve *"üye olma hakkı"* kastedilmektedir. Bu iki hak, ne kadar içiçe geçmiş bile olsalar, "kuruculuk" ile "üyelik" arasında ayrım yapan Türk hukukunda ayrı ayrı ele alınmalıdır. Konu, bu alandaki kısıtlamalardır.

Batı ülkelerinde sendikal haklara sahip bulunan bazı toplum ve meslek grupları, Türkiye'de *dernek kurma hakkı*ndan bile yoksundur. Yüksek Mahkeme üyeleri, hâkim ve savcılar, Sayıştay mensupları, mülkî âmirler, TSK ile genel ve özel kolluk hizmeti mensupları, resmî ve özel ilk ve ortaöğretim öğretmen ve yöneticileri ve öğrencileri, Millî Eğitim Bakanlığı personeli, özel yasalarında gösterilen öbür kamu görevlileri, affa uğramış bile olsalar, TCK'daki bazı suçlardan ya da herhangi bir suçtan dolayı ağır hapis ya da taksirli suçlar dışında beş yıl hapis cezasına mahkûm olanlar, vb. dernek kurma hakkından sürekli olarak yoksun bırakılmıştır (Dernekler Kanunu/DK md. 4).

Üyelikle ilgili kayıtlamalara gelince; belli suçlardan mahkûm olanlar ile ortaöğretim öğrencileri derneklere üye olamazlar. Yargıç ve savcılar ilgili kurumlarının ya da Adalet Bakanlığı'nın (DK. md. 16), üniversite öğretim üyeleri de, kamuya yararlı dernekler dışında, ancak Rektörün izniyle bir derneğe üye olabilirler (Yükseköğretim Kanunu, md. 59).

(2) İ. KABAOĞLU, *La liberté d'association en droit public turc* (thèse), Université de Limoges, 1981, p. 145, 154-156; A. ÜNSAL, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, AÜSBF yay., Ankara 1980, s. 250-262. Yazar, özellikle dernek ve parti faaliyetleriyle ilgili kararlardaki tutumları vurguluyor (s. 253-254).

(3) No. 2908, Kt. 4.10.1983 (RG. 7.10.1983-18184).

(4) R. SEROZAN, *Tüzel Kişiler*, Filiz Ktb., İstanbul 1990, s.50.

Yasakçılık, bazen İdare tarafından yasayı da aşan boyutlara götürülmek istenmektedir. Örneğin Ankara Valiliği tarafından çıkarılan bir genelgede, kamuda çalışanların derneklere üye olmasının "suç olacağı" ileri sürülerek, bütün memurlar için bir yasaklama olduğu izlenimi uyandırılmıştır (5). Oysa belli istisnalar dışında bu konuda genel yasak yoktur. Üyelikleri izne bağlananlar dışındakiler bakanlıkların saptayacakları derneklere üye olabilirler (DK 16, 39 ve geçici mad. 5).

Bugün dernek kurma hakkından yoksun bırakılan ya da dernek üyeliği izin şartına bağlanan kamu görevlilerinin önemli bir bölümü 1961 Anayasası ve 624 saylı yasaya göre sendika kurma hakkına bile sahiptiler. 1971 Anayasa değişikliğinden sonra da yine bunların önemli bir bölümünün hiç değilse dernekleşme hakkı vardır. Bugün ise, 1980 öncesinin büyük kamu personeli dernekleri artık yoktur, bu kesimler örgütsüzdür.

Öğrenci derneklerinin durumu da büyük sorunlarla doludur. Batı demokrasilerinin hepsinde varolan ve Türkiye'de 1970'lere kadar faaliyete bulunan öğrenci-gençlik (TMTF, MTTB, vb.) ya da öğrenci ağırlıklı gençlik (TMGT) kitle örgütleri de artık yoktur. 1972'den beri yasa yoluyla öğrenci kuruluşlarının tasfiyesine gidilmesi alışkanlık haline gelmiştir. İlkin 12 Mart rejimi döneminde çıkartılan Dernekler Kanunu (6) ile öğretim kurumlarında "tek dernek" kuralı konmuş (md. 4/son), varolan öğrenci dernekleri de "infisah etmiş" sayılmıştı (Geçici mad. 3). "Tüzel kişiliğin yasayla idamı (7) anlamına gelen bu müdahale, hukuk devleti ve kazanılmış hak gibi kavramların yanısıra çoğulculuğun da reddi demek oluyordu.

Bugün yürürlükte olan ve 12 Eylül rejimi döneminde MGK tarafından çıkarılan Dernekler Kanunu da "tek dernek" sınırlamasını sürdürmüştür (md. 5/son). Ama bu arada, 1972 tarihli yasaya güvenilerek kurulmuş olan öğrenci dernekleri de tasfiyeye uğramışlardır. Bu sonuca, birtakım fiilî yollardan ulaşılmıştır. Şöyle ki; Sıkıyönetim Komutanlıklarının aldığı "faaliyeti durdurma" kararları, açılan davalar, dernek defterlerine elkonması ve bunların verilmemesi, kongre yaptırmama, aradan geçen zaman içerisinde pek çok gencin öğrencilik durumunun son bulması gibi olgular eski derneklerin yaşamasına olanak bırakmamıştır. Öteyandan, yeni Dernekler Kanunu'ndan önce çıkarılan Yüksek Öğrenim Kurumları Kanunu da dernek üyeliğini Rektörlerin iznine bağlamıştır (md. 59). Gerçi bu hüküm, sonraki tarihli Dernekler Kanunu ve 1982 Anayasasının "derneklerin izinsiz ku-

(5) *TİHV Bülteni*, 2.4.1990
(6) 22.11.1972 tarih ve 1630 sayılı kanun (RG. 2.12.1972-14379).
(7) A. AYBAY, "Dernek fobisi", *Cumhuriyet*, 13.6.1988.

rulması" ilkesini benimsemeleriyle zımmen değiştirilmiş ya da yürürlükten kaldırılmış sayılmalıydı (8). Ne var ki, uzun süre Rektörlükler bu yorumu kabul etmemişlerdir. Ayrıca, "izin koşulu"nun MGK tarafından konmuş olması yüzünden, anayasa yargısı yoluna da gidilememiştir (AY. Geçici md. 15). Bu durum, bir idare mahkemesinin "Rektörlük izninin gerekli olmadığı" yolundaki kararına kadar sürmüştür (9). Bundan sonra bazı rektörler bu yeni durumun gereklerine uygun davranmışlarsa da, bu defa da kolluk yetkilileri "izinsiz" kurulan derneğin yasal sayılmayacağı görüşünde direnmeye devam etmişlerdir. Bugün de idarenin baskıları, öğrenci derneğini faaliyetten alıkoyma, infisah etmiş sayma, lokalini kapatma ya da üyelerini izleme, fişleme, gözaltına alma şeklinde devam etmektedir.

Derneklerin *izin alınmadan serbestçe kurulabilmesi* ilkesi yalnız öğrenci dernekleri için değil, bütün dernekler için yıpranmıştır. İdarenin dernek tüzüğünün yasaya uygunluğunu denetleme yetkisi ile, bunun kullanılış biçimi, yıpranmanın ana nedenidir. Çünkü yasa bu konuda idareye geniş bir takdir hakkı ve hatta "faaliyeti durdurma" yetkisi tanımış olup (DK 10), İdare de bu yetkisini fütursuzca kullanmaktadır.

Örneğin, Nükleer Savaşa Karşı Hekimler Derneği'nin tüzüğünün ancak Danıştay kararıyla onaylanması mümkün olabilmiş, bunun için de 5 aylık bir sürenin geçmesi gerekmiştir (30 Nisan-30 Eylül 1987). İnsan Hakları Derneği'nin kuruluşunda da buna benzer engellerle karşılaşılmıştır. Tüzüğü inceleyen Ankara Valiliği, "...temel hak ve hürriyetlere bütün boyutlarıyla hayatiyet kazandırılması çok geniş kapsamlı, hatta devletin dahi faaliyet ve görev alanını taşan bir çalışma ve faaliyeti gerektirebileceği gibi, bu faaliyetler siyasî nitelik gösterebilir (...); devletin yürürlükte olan Anayasa ve temel kanunlarında değişiklik yapılmasından, fertlerin eğitim düzeylerinin yükseltilmesine kadar çok yönlü ve geniş boyutlu bir amacı bir dernek için 'belirli' saymak mümkün değildir" gerekçesiyle tüzükte düzeltmeler yapılmasını istemiştir (10). Bu derneğin tüzüğünün onaylanabilmesi için yapılması gereken değişikliklerle ilgili ikinci resmî yazıda da şu satırlar dikkati çekmektedir: "...derneğin insan haklarına aykırı gördüğü çeşitli uygulamalarla ilgili olarak çok yönlü araştırmalar yapmak, bu araştırmalar sonunda kendi açısından ortaya çıkardığı tespitleri kamuoyuna ve yetkili mercilere bildirmek ve önlen-

(8) G. AKYOL, "Tek tip derneğe hukuksal bir bakış", *Genç Hukukçular*, sayı 2, Nisan-Mayıs 1987, s. 2.

(9) Ankara 6. İdare Mahkemesi'nin 15.2.1987 gün ve 1987/1255 sayılı kararı.

(10) Ankara Valiliği, Emniyet Müdürlüğü'nün 8.9.1986 tarih ve 06-30-055 kod sayılı yazıları, (İHD arşivi).

mesini taleple yargı ve kolluk görevlilerinin veya çeşitli devlet kurum ve görevlilerinin kanunen haiz oldukları görev ve yetkilerin bir kısmını kullanmak isteyebileceklerdir (11)".

Dil Derneği'nin kuruluşu aşamasında faaliyetlerinin "durdurulması" konusunda Ankara Valiliği'nin yazısında da aynen şöyle denmiştir: "Anayasamızın 134. maddesine istinaden 2876 sayılı kanunla Atatürk, Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu oluşturulmuş ve bu kanunun (...) maddeleri ile Türk dilini bilimsel yoldan araştırmak, tanıtmak ve yaymak görevi Türk Dil Kurumu'na verilmiştir. 2876 sayılı kanunla Dil Kurumu'na verilen bir yetkinin bir dernekle sürdürülmesi sözkonusu olamayacağından ve Anayasamız başkalarına böyle bir yetki kaynağı olabilecek hüküm taşımadığından, derneğiniz 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 5. maddesinde yeralan, kurulması, yasak derneklerden olduğundan, aynı kanunun 10, maddesinin 3. fıkrasına istinaden faaliyetleriniz 4.6.1987 tarihli onayımızla durdurulmuştur (12)".

Görüldüğü gibi, özellikle 1980'den beri İdare'ye hâkim olan zihniyet, Devlet/Toplum, Kamusal/Özel ayrımlarına ve "yasaklanmamış olan faaliyet serbesttir" basit düsturuna tamamen yabancıdır. Devletin de faaliyet alanına giren konularda toplumun ve bireyin artık girişim özgürlüğünün bulunmadığı varsayımına dayanan bu zihniyet totaliter çizgiler taşımaktadır. Anayasalarımızın, "Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" hükmünü (1961 AY. md. 4; 1982 AY. md. 6) devlet dışı alana taşıyan bu anlayışı başka türlü değerlendirebilmeye olanak yoktur.

İdarenin, tüzük incelemesi adı altında uyguladığı bu öndenetim, derneklerin faaliyet alanının dar tutulması yüzünden de keyfiliğe yolaçmaktadır. Gerçekten yukarda görüldüğü gibi, toplumun en aktif kesimleri için dernek kurma ya da derneğe üye olma hakkını kaldıran ya da daraltan mevzuat, kurulabilecek dernekleri ve bunların faaliyet alanlarını da hiçbir evrensel ölçüye sığmayacak derecede kısmıştır. Örneğin, "sosyal sınıf esası"na dayanarak faaliyette bulunmak, inkılâp kanunlarını kaldırmak, değiştirmek ya da bunlarla yasaklanan hususları canlandırmak, "her türlü siyasî faaliyette bulunmak" amacıyla dernek kurmak yasaktır (DK. 5). Bu üç örnek, "işçi derneği" tipi örgütlenmelerin olamayacağı, insanların ülke yasalarını eleştirmek ve değişmesini önermek için biraraya gelemeyeceği anlamına gelmekte, "demokratik baskı grupları" kavramının da kökten inkâr edildiğini göstermektedir. İşte, Dil Derneği, İnsan Hakları Derneği, Nükleer Savaşa Karşı Hekimler Derneği gibi pekçok dernek, daha ku-

(11) 31.12.1986 tarih ve 06-30-055 kod sayılı yazıya ek rapor (İHD arşivi).
(12) Ankara Valiliği'nin 4 Haziran 1987 tarihli yazısı (*Cumhuriyet*, 7.6.1987).

ruluş aşamasında bu ve benzeri "yasaklanmış faaliyetler" kategorisine dayanılarak İdarece engellenmek istenmiştir. Dolayısıyla, "derneklerin izinsiz ve serbestçe kurulabilmesi" ilkesi de artık pratik bir anlam taşımamakta, bir tür *"dolaylı izin sistemi"* uygulanmaktadır.

Öteyandan, dernek tüzüğünde "derneğin amacı"nın yanısıra "bu amacı gerçekleştirmek için dernekçe sürdürülecek *çalışma konuları ve çalışma biçimleri*"nin (DK 8) gösterilmesinin de zorunlu kılınmış olması, İdare'ye ayrıca bir "yerindelik denetimi" yapma yetkisi vermektedir (13). İdare, "derneğin amacı"nı yasaya uygun saysa bile "çalışma konuları ve biçimleri"nin bu amaca uygun düşmediğini her zaman ve kolayca ileri sürebilecektir.

Sonuç olarak, kuruluş aşamasında idarenin yaptığı incelemenin ve kullanabileceği "faaliyeti durdurma yetkisi"nin, "derneklerin serbestçe ve izinsiz kurulabilmesi" ilkesine açıkça ters düştüğü ortadadır. Örneğin, Fransız Anayasa Konseyi *mahkemelere* (idareye değil) buna benzer bir yetki tanıyan 20 Temmuz 1971 tarihli yasa kuralını Anayasaya aykırı saymakta duraksamamıştır (14). Türkiye ise, bir MGK yasası olan Dernekler Kanunu'nun anayasal yargıya tâbi olmaması ve Anayasanın kendisinin bu türden yetkileri tanımada son derece cömert davranmış olması nedeniyle, dernekleşme özgürlüğüne açıkça aykırı olan bu durumun, yasa ve anayasa değişikliği dışında bir yoldan giderilebilmesi mümkün olmamaktadır.

2) FAALİYET ÖZGÜRLÜĞÜ

Kurulan ve tüzüğü onaylanan derneklerin faaliyet alanları da sayısız yasaklarla, faaliyetten alıkonma ya da kapatılma gibi çeşitli engel ve yaptırımlarla çevrilidir.

Derneklerin, tüzüklerinde belirtilen "çalışma konuları ve biçimleri dışında faaliyette bulunamayacakları"nı bildiren hüküm nedeniyle (DK 37/1), örneğin, tüzüğünde "gezi düzenlemek" gibi bir "çalışma biçimi"ni öngörmeyen bir derneğin bu tür bir eyleminden dolayı "yasak faaliyette bulunmuş" sayılması mümkündür. Yöneticilerin derneği temsilen, tüzükteki amaç ve faaliyetlere uymayan toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılmalarının "yasak faaliyetler"den sayılması da (md. 37/son) uygulamada ürkütücü sonuçlar vermeye aday bir başka düzenleme biçimidir. "Kamuya yararlı dernekler hariç olmak

(13) İ. KABAOĞLU, *La liberté d'association en droit public turc*, p. 110 (bu eleştiri eski Dernekler Kanunu için ileri sürülmüştür).

(14) Fransız Anayas Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararı (L. FAVOREU/L. PHILIP), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 2 è éd., Sirey, Paris 1979, p. 235 vd.

üzere diğer dernekler, merkez ve şubelerinin bulunduğu yerlerde ancak birer lokal açabilirler" hükmü de (md. 90), her yere yetişen yasakçı zihniyetin yorulmazlığını gösterir. Bu demektir ki, örneğin eski büyük memur, öğretmen, vb. dernekleri yeniden kurulabilse, 6 milyonluk ve geniş bir alana yayılmış olan İstanbul kentinde bunların ancak bir tane lokal açmaya hakları olabilecektir.

Örneğin derneklerinin "eğitim, öğretim, çalışma, moral, beslenme, dinlenme ihtiyaçlarının karşılanması, beden ve ruh sağlığının geliştirilmesi ve öğrencilerin bu konularda kurum idaresi veya diğer kuruluşlar nezdinde temsil edilmesi amaçları (...) dışında" (md. 38), kamu görevlilerinin derneklerinin "üyelerinin ortak sosyal, ekonomik, dinlenme, kültürel ve mesleki ihtiyaçlarını karşılama" amacı dışında faaliyette bulanamayacakları (md. 39) şeklindeki hükümler de, yukarıki "genel yasaklamalar"ın yetmemesi korkusunun özel tezahürleridir.

Anayasanın (md. 33/4) ve Dernekler Kanunu'nun (md. 5 ve 37) koyduğu *"Siyasî amaç gütme ve siyasî faaliyette bulunma"* yasağı da genel ve mutlak görünümü nedeniyle idarî-cezaî baskıları davet eden bir kısıtlamadır. Tek parti döneminde ve rejimin iyice otoriterleştiği bir dönemde çıkartılan 1938 tarihli Cemiyetler Kanunu'nda bile böyle genel bir yasak yoktu. 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanunu da yalnız öğrenci dernekleri için bu yolda bir yasak koymuştu (md. 35). Bugünse "her türlü siyasî faaliyet" yasağı, dernekleri sürekli tehdit altında tutmaktadır. Burada da, yukarda örneklenen totaliter zihniyet bu defa savcılık iddianamelerinde kendini sergilemektedir.

Örneğin, İnsan Hakları Derneği'nin genel af çıkartılması ve ölüm cezalarının kaldırılması yolundaki kampanyası "siyasî nitelikte bir faaliyet" sayılıp, bazı yöneticilerin 4 yıla kadar varan hapis cezasıyla cezalandırılmaları istenirken şu görüşlere dayanılmıştır: "Filhakika, bir genel af ilânı ve ölüm cezalarının kaldırılması keyfiyeti, yasama organının siyasî tercihine bırakılmış siyasî bir tasarruftur. Bu yoldaki isteklerin salt insan hak ve özgürlükleri ile de bir ilgisi yoktur. Suç işlemek suretiyle, Devletçe cezalandırılmış bir kişinin affedilmesi, doğuştan veya Anayasa ile kişilere tanınmış bir hak ve özgürlük değil, toplumsal bir âtıfettir. Dernek yöneticileri, genel af ilânı ve ölüm cezalarının kaldırılması gibi bir sloganla kamuoyu oluşturmaya ve yasama organını etkilemeye çalışmakla, derneğin insan hak ve özgürlükleri konusunda çalışmak olarak belirlenen amacı dışına taşarak siyasî nitelikte bir faaliyet içerisine girmişler ve bu suretle 2908 sayılı yasanın 37. maddesi hükmünü ihlâl etmişlerdir (15)."

Uygulayıcı zihniyeti açıkça totaliter olduğu gibi, üstelik bir de

(15) Ankara Cumhuriyet Savcılığı'nın 11.8.1988 tarih ve 1988/78 sayılı iddianamesi (İHD arşivi).

çifte ölçülüdür. Örneğin, günlük siyasetle içiçe olan Aydınlar Ocağı, TÜSİAD ya da dış politikada yarı resmi görevler yapan BM Türk Derneği, Kuzey Atlantik Antlaşması Türk Derneği gibileri, siyasal iktidara ters düşmedikleri sürece ayrıcalıklı ve dokunulmaz bir statüye sahip görünmektedirler. Buna karşılık hükümetin tarım politikasına karşı eleştirici tavırlar alan Türkiye Ziraatçılar Derneği hakkında 9 dava açılmıştır. TÜSİAD'ın da eleştirici bir çizgiye yönelmesiyle birlikte, bir gazetede çıkan "İmtiyazlı Dernek" başlıklı yazı üzerine İçişleri Bakanlığı Dernek hakkında suç duyurusunda bulunmuş, Dernek hakkında savcılıkça soruşturma başlatılmıştır (16).

Yasaklanmayan bazı faaliyetler ise, *izin sistemine* bağlanmıştır. Uluslararası faaliyette bulunma, yurt dışında şûbe açma ya da yurt dışındaki benzer amaçlı derneklere ve kuruluşlara katılma (md. 11); öğrenci yurdu, pansiyon, kitaplık, okuma odası, çocuk bakım yuvası, huzurevi, aşocağı, spor alanı ya da salonu, kamp tesisleri kurma ve işletme (md. 41), yabancı ülkelerdeki dernek ve kuruluşların üyelerini Türkiye'ye davet etme ya da bunların davetine uyarak kendi üye ya da temsilcilerini yurtdışına gönderme (md. 43) gibi faaliyetler ilgili bakanlık ya da idarî birimlerin vereceği izne bağlı olarak yapılabilir.

Yasa ile (md. 44), bildiri ve benzeri yayınlar da açıkça *sansür* sistemine bağlanmıştır. Bunların birer nüshası mülkî âmirliğe ve Cumhuriyet savcılığına verilir; bunlar, bildirimden sonra 24 saat geçmeden dağıtılamaz, basına açıklanamaz. Gecikmede sakınca varsa mahallî en büyük mülkî âmirin emriyle bunların *dağıtımı önlenebilir;* dağıtılmışlarsa *toplattırılırlar.* Burada her ne kadar "bildirim"den sözedilmişse de, mülkî âmirin önleme ve toplatma yetkisinin bulunduğu bir durumun, sansür ya da izin sistemi demek olduğu tartışılmayacak derecede açıktır. Nitekim bu hükmün uygulanmasında büyük bir titizlik gösterdiği anlaşılan bazı yargı mercilerinin de bunu böyle anlayıp benimsedikleri görülmektedir (17).

(16) İ. TURAN, "Derneklere siyasetin yasaklanması demokratik değildir", *Milliyet*, 21.8.1990; ayrıca bkz. *Cumhuriyet*, 24.7.1990

(17) İnsan Hakları Derneği Ankara Şubesi Yönetim Kurulu üyeleri hakkında, "dernek adına alınan bir karar uyarınca basın açıklaması yaptıkları ve yapılan bu basın açıklamasının bildiri dağıtma niteliğinde olduğu halde kanun gereği süresi içersinde ilgili mercilere müracaat edilmeden ve gerekli izin *alınmadan* (abç) yapılmak suretiyle" suç işledikleri ileri sürülerek kamu davası açılmıştı (*İddianame*, C. Savcılığı No, 1987/142 basın). Sanıkları üçer ay hapis cezasına mahkûm eden mahkemenin kararında da, "(eğer) bildiri şeklinde yayımlanma yoluna gidilseydi" sanıkların görüşlerinin "kamuoyuna intikalinin önlenebileceği", bu yüzden de basın açıklaması yolunun seçildiği vurgulanırken, sistemin bir izin ve sansür rejimi olduğu açıklanmış olmaktadır (Ankara 9 Asliye Ceza Mahkemesi, E. 1987/620, K. 1988/75, Kt. 4.2.1988).

Ayrıca dernekler, idarenin sürekli ve genel bir "gözetim rejimi"ne tâbidir. Derneğin yönetim yeri ve evrakı, İçişleri Bakanlığı ya da o yerin en büyük mülki amirinin görevlendireceği memurlarca "her zaman denetlenebilir"; görevlilerin dernek bina ve eklentilerine girme talebi derhal yerine getirilir (md. 45). İdare, dernek yetkili organlarının yada yargıcın yerine geçerek bazı kararlar da alabilir; örneğin "işlemlerinde önemli yolsuzluk görünen", "ağır hapis cezası verilmesini gerektirir suç işleyen", "evrakta sahtekârlık yapan" yönetim kurulları başkan ve üyelerini ya da dernek personelini geçici olarak görevden uzaklaştırabilir. Sorulan sorulara cevap vermekten ya da görevlilerin dernek binasına girme istemini yerine getirmekten kaçınmak da aynı sonucu doğurur (md. 45).

Denetleme sırasında dernek binalarında, yanlarında veli ya da vasisi olmayan 18 yaşından küçük kişilere ya da ortaöğretim öğrencilerine rastlanması, "kanunların yasak ettiği her türlü rejim, doktrin veya ideolojileri temsil eden resim, afiş, pankart ve yazıların veya mahkemelerce yasaklanmış yayınların" bulunması, izinsiz alkollü içki kullanılması gibi nedenler de lokalin polis tarafından kapatılmasına yolaçar (md. 48).

Nihayet mülkî âmirlerin, derneklerin faaliyetten alıkonmasına karar verme konusunda geniş ve kötüye kullanılmaya elverişli yetkileri vardır (AY 33/6; DK 54).

Derneklerin ve bunların yöneticilerinin faaliyetleri, suç ve ceza hukuku açısından da güvencesiz durumdadır. Yüksek Mahkeme kararlarında açıkça bir "düşünce suçu" olarak tanımlanan TCK 141. madde hükümleri, bir düşünce etrafında barışçı örgütlenme ve faaliyetleri cezalandırdığından, dernek özgürlüğünü de sürekli tehdit etmektedir. 1950'den bu yana gençlik ve öğrenci dernekleri, Barışseverler Derneği, Barış derneği, vb. gibi kuruluşların yöneticileri TCK 141'den yargılanmış ve ağır cezalara çarptırılmıştır. Olağan dönemlerde suç sayılmayan ve soruşturmaya konu olmayan faaliyetler hakkında, daha sonra askerî rejimler altında dava açılması ve ceza verilmesi de hukuka ve adalete olan güveni sarsıcı bir durumdur.

Öteyandan yargı mercileri ve özellikle Yargıtay, 1970'lere kadarki kararlarında, 1938 tarihli Cemiyetler Kanunu'nun siyaset yasağı koymamış olmasının da sağladığı olanaklarla derneklerin siyasal konulardaki faaliyetlerini ve düşünce açıklamalarını oldukça liberal bir şekilde değerlendirip düşünce özgürlüğünün koruması altına almışken, 1970'lerden itibaren 1972 tarihli Dernekler Kanununun da etkisiyle, bu tutumlarından büyük ölçüde geri dönmüşlerdir (18). 1980 sonrasında ise, gerek askerî rejim ve mahkemeler, gerekse otoriter Anayasa

(18) bkz. İ. KABOĞLU, *La liberté d'association en droit public turc*, p. 129-130.

ve dernekler yasası yüzünden, yargının liberal bir rol oynayabilmesi iyice zorlaşmıştır.

Türk hukukundaki bu gerileme ve evrensel ölçülerin çok altına düşme olgusu, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadından hareketle de görülebilir. Anayasa Mahkemesi, 1630 sayılı eski Dernekler Kanunu'nun bazı maddeleriyle ilgili kararında bu özgürlüğün rejimi konusunda önemli ilke ve esaslar saptamıştı (19). Bu kararın iptalle sonuçlanan bölümlerine konu olan hükümlerin en önemlileri şunlardı: Bir partiden kesin olarak çıkartılan ya da partisinin kapatılmasına sebep olan üyenin 5 yıl süreyle dernek kurucusu olamayacağı (md. 2/a); amacı birden fazla olan dernekleri kurmak ve yönetmek suçlarından mahkûm olanların dernek kuramayacakları (md. 2/b); derneklere üye olma hakkına sahip olmayanların kurucu da olamayacakları (md. 15/1); siyasal parti üyesi öğrencilerin öğrenci derneklerine üye olamayacakları (md. 15/1); Bakanlar Kurulu'nun, "uygun gördüğü derneklere" askerlik ve sivil savunma hizmetlerine hazırlayıcı eğitim yapabilme izni verebilmesi (md. 36/2), bu izni alanların binalarında silah, v.b. bulundurabilmesi (md. 37/2); Cumhuriyet Savcısından elde edilen "alındı kâğıdı" gösterilmeden bir dernek bildirisinin basılamaması ve TRT'den yayımlanamaması (md. 39/4); hükümet komiserinin dernek genel kurulunu dağıtabilme yetkisi (md. 56/e); dernek kurma hakkına sahip olmayanların kurdukları derneklerin kapatılması (md. 63), yöneticinin yasaya aykırı faaliyetlerinden dolayı derneğin kapatılması (md. 70).

1973'de iptale uğrayan bu hükümlerden bazıları, örneğin 5 yıllık kuruculuk yasağı (md. 2/a) ve bildiri yayım yasağı (md. 39/4) ile ilgili olanlar bugünkü yasada da vardır (md. 4/4 ve 44). Ama, MGK tarafından yapılan bu yasanın Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir. Böylece, 1970'lerde anayasaya ve demokratik-özgürlükçü rejim ilkelerine aykırılığı nedeniyle iptale uğrayabilen yasa kuralları, 1990'larda sistemde korunabilmektedir.

Aynı kararda eski Dernekler Kanunu'nun Anayasaya aykırı bulunmayan hükümlerden bazıları ise şunlardı: Ağır hapis cezası, taksirli suçlar dışında 5 yıldan çok hapis cezası ya da yüzkızartıcı suçlardan hüküm giymiş olanların dernek kuramaması (md. 2/b); öğretim kurumlarında birden çok öğrenci derneği kurulamaması (md. 4/son); uluslararası dernek kurulmasının, Türkiye'deki derneklerin yurt dışındakilere katılması ile, yurt dışındakilerin Türkiye'de şube açabilmesinin Bakanlar Kurulu iznine bağlı olması (md. 6, 10, 11); genel kurul toplantılarının dernek merkezinin bulunduğu İl'den başka bir yerde yapılmaması (md.20/1); derneklerin TSK personeli-

(19) E. 1973/3, K. 1973/37, Kt. 18-20.12.1973 (AYMKD, sayı 11, s. 298 vd.).

nin haklarının savunulması için faaliyette bulunamaması (md. 35/I, c); yöneticilerin derneğin amacına uymayan toplantı ve gösterilere dernek adına katılamaması ve bunlarla ilgili beyanda bulunamaması (md. 35/II, a); yabancı dernek üyelerinin Türkiye'ye davet edilebilmesinin ya da bunların davetine uyarak yurt dışına derneği temsilen üye gönderilmesinin İçişleri Bakanlığı'nın iznine bağlı olması (md. 38); dernek bildirilerinin yayımlanmadan önce yetkili organlara bildirilmesi ("yayının ihbarı", md. 39/3); faaliyetlerin İdare'ce her zaman denetlenebilmesi (md. 40/1), lokal kapatma (md. 42), vb.

Bu hükümlerden bazılarının, Anayasa mahkemesi tersini söylemiş bile olsa, demokratik özgürlükçü ve çoğulcu bir rejimde yeri yoktur: tek öğrenci derneği (md. 4/son), dernek amacına uymayan toplantılara katılma (md. 35/II, a), karşılıklı davetler için bakanlık izni alınması (md. 38) gibi... Bu hükümler yeni yasada da vardır (md. 4, 37, 43). Anayasaya aykırı bulunmayan bazı hükümler ise bugünkü yasada daha da ağırlaştırılmıştır. Dernek bildirilerinin dağıtımının durdurulabilmesi (md. 44), yasaların yasakladığı her türlü rejim, doktrin veya ideolojileri temsil eden resim, afiş, yazı ya da mahkemece yasaklanmış yayım bulunması halinde, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu uyarınca lokal kapatılabilmesi (md. 48/4) bu gibi yenilikler arasındadır.

Bütün bu kısıtlama ve baskılar, demokratik bir toplumda dernek özgürlüğünün sahip olması gereken işleve de ters düşmektedir. Bunlarla, toplumsallaşma ve yönetime katılma engellenmekte, özgürlük ve çoğulculuk ilkesi de özellikle kollektif özgürlükler noktasından yara almaktadır. Baskıcı sistem, ilerde öbür kollektif haklardan sözedilirken görüleceği gibi, örgütlü insandan duyulan korkuyu yansıtmaktadır. Derneklerin diğer kuruluşlarla (sendika, parti, vakıf, vb.) *"ortak hareket"*lerini kısıtlayan hüküm (AY, 33/4) de gözönüne alınırsa, yurttaşın, "kutsal devlet" (Başlangıç) karşısında yalnız başına ya da en fazla kendi örgütsel kesimi içinde bırakılmak istendiği açıkça görülmektedir.

Böylece, Türkiye'de bunalımlı dönemlerin faturası bir kez daha özgürlük aleyhine çıkartılmış olmaktadır. 1972 ve 1983 tarihli dernekler yasaları ile 1982 Anayasası, derneksel yaşamdaki birtakım kısmî sapmaları (şiddet olaylarına karışmak, vb.) genelleştirip, bu özgürlüğü giderek kısmışlardır. Böylece, bir yandan derneklerin kamu yaşamını ve iktidarı etkilemesine son verilmek istenirken, öbür yandan bütün derneklerin adeta toptan cezalandırılması yoluna gidilmiştir (20).

(20) İ. KABOĞLU *"La liberté d'association et la démocratie"*, DÜHFD, 1983, sayı 1, s. 41-86; "Dernekler dönemeci", *aynı kaynak*, s. 87-99; "Le fonctionnement, le contrôle et la dissolution des associations suivant le droit public turc", DÜHFD, c. II. sayı 3, 1985, s. 96-97.

1982 Anayası (md. 33/son), derneklerle ilgili hükümlerinin vakıflara da uygulanacağını bildirmekle, bireysel mülkiyet hakkı ve irade özerkliği ile ilgili olan bu özgürlük alanını da dar kalıplar içine hapsetmiştir (21). Bu yüzden de bazı vakıfların kuruluş aşamasında özel zorluklarla karşılaşılmaktadır. Örneğin, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın kuruluşunun tescilinin sağlanabilmesi için, Tüzüğün ilk şeklinde yer alan "işkence" ile ilgili ibarelerin değiştirilmesi ve yine de uzunca süren bir yargılama sürecinden geçilmesi gerekmiştir (22).

(21) R. SEROZAN, *Tüzel Kişiler*, s. 84.
(22) *TİHV Bülteni*, 1.6.1990.

VIII./ TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ ÖZGÜRLÜĞÜ

Toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü; özellikle, halk kitleleri için elverişli, pratik, ucuz ve etkili bir ifade ve baskı aracıdır. Yabancı hukuklarda bu konuda göze çarpan kısmî çekingenlik de bununla ilgili olmalıdır.

1) YABANCI HUKUKLAR

İngiltere gibi, "genel toplantılar"ı bir yasayla hak olarak tanımamış, bunu örf ve âdet hukukundan ve "özgürlük kuraldır" ilkesinden türetmiş ender ülkeler dışında, *toplantı özgürlüğü* anayasalarda ya da yasalarda genellikle tanınmış ve düzenlenmiştir. Buna karşılık *gösteri yürüşü özgürlüğü* çok ülkede ne anayasada, hatta ne de yasalarda tanınmıştır (Fransa, İsviçre, Avusturya, Belçika, ABD, İngiltere, İtalya, Hollanda, Federal Almanya, İsveç, vb.).

Çoğu ülkede, toplantı ve gösteriler "hoşgörü"den ya da geleneklerden yararlanıp korunmaktadır. Kolluk, genel hükümlere göre bunlara müdahale eder. Örneğin, İsviçre'nin kamu emlâkî üzerindeki toplantı ve gösterileri izne bağlayan bazı Kantonları dışında hemen her yerinde, toplantı ve gösteri yürüyüşleri izinsiz yapılır; genel kural bildirimde bulunulmasıdır. Fransa'da ve başka bazı ülkelerde toplantılar için bildirim de gerekli değildir.

İdare ve kolluk güçleri kamu düzenini sarsacak gelişmeler olduğunda bir toplantıyı dağıtma ya da yasaklama yetkisine sahiptir. Ancak, Fransız Devlet Şûrası'nın 1936 tarihli René Benjamin kararında dil gelen ilke, genel olarak bütün ülkelerde geçerlidir. Buna göre, kolluk önce toplantının yapılmasını ve özgürlüğün korunmasını sağlamaya çalışmak ödevindedir; yasaklama ya da dağıtma en son çaredir.

Gösteri yürüyüşlerini yasaklama ya da dağıtma konusunda ise, idarenin yetki alanı daha da geniştir. Bunun uç örnekleri İsviçre hukukunda bulunabilir. Burada, "Rassemblemenet Jurassien"adlı topluluğun talepleriyle ilgili her türlü toplantı ve gösteri Bern Kantonu Yürütme Konseyi'nin 28 Eylül 1965 tarihli "arrêté"siyle yasaklanmıştı. Federal Mahkeme de bir davada, işsizlerin Lozan'dan Bern'e kadar

yürüyüş yapmalarını yasaklayan kararı hukuka uygun sayıp onamıştır. Batı hukuklarında İdarenin ya da kolluk güçlerinin bu yetkilerini kullanmalarını sınırlayan temel ilke ve kurallar, *"yasal dayanak"* (yetkilerin özel ya da genel yasalarda bulunması), *"ölçülülük"* (karar ve engellemelerin karşılaşılan tehlike ile orantılı olması) ve *"eşitlik"* (siyasal, felsefi, vb. ayrım gütmeme) olarak özetlenebilir (1).

Ulusal hukukların gösteri özgürlüğü konusunda sergilediği çekingenlik uluslararası sözleşmelere de yansımıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi "gösteri" ya da "gösteri yürüyüşleri"nden sözetmemiş, toplantı özgürlüğünü tanımakla yetinmiştir. Bu özgürlük de, "demokratik bir toplumda zorunluluk bulunduğu durumlarda" millî güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, suçun önlenmesi gibi gerekçelerle sınırlanabilecektir (md. 11/2). Hatta bu hüküm açısından, salt polisiye nitelikte olmayan önlemlere bile başvurulabileceği yorumunda bulunanlar vardır (2).

2) TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELER

Toplantılar ve özellikle gösteri yürüyüşleri konusunda bazı batı ülkelerinde görülen bu boşluklar karşısında, 1961 ve 1982 Türk Anayasaları ile bunları izleyen yasaların "Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir" (1982 AY, mad. 34) şeklindeki hükümleri, ilk bakışta olumlu bir izlenim yaratmaktadır. Ne var ki, 1982 Anayasası ve bunu izleyen mevzuat ve uygulama, bu konuda da fazla iyimser olma olanağı vermemektedir.

İlk başta, "herkes"e tanındığı bildirilen bu özgürlüğü en çok kullanma hakkına ve olanağına sahip bulunması gereken kuruluşlarla ilgili önemli bir daraltım vardır. Yürürlükteki Toplantı ve Gösteri Yürüşleri Kanunu'na göre (3), "Dernekler, vakıflar, sendiklar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler" (md. 21). Çağdaş toplumun baskı grupları olan bu kuruluşlara getirilen bu sınırlamanın haksız ve keyfiliğe açık olduğu ortadadır.

Ayrıca bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün kolayca yasadışı sayılması da mümkündür. Örneğin, yukarda sayılan sınırlar ya da bildirimde belirtilen amaç dışına çıkılarak ya da "kanunların suç saydığı

(1) J. Morange, *Libertés publiques*, p. 203 vd.; G. MALINVERNI, *La liberté de réunion. Etude de droit constitutionnel suisse*, Librairie de l'Université, Genève 1981; D. YARSUVAT, *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri* (doktora tezi), İÜHF yay., İstanbul 1968, s. 59-78.

(2) G. MALINVERNI, *La liberté de réunion*, p. 76-77.

(3) Kanun No: 2911, Kt. 6.10.1983 (RG. 8.10.1983-18185).

nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayımlanarak" yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşleri yasaya aykırı sayılır (md. 23).

Daha da önemlisi, İdarenin bu konuda sahip olduğu müdahale ve yasaklama yetkileridir. Daha önce yürürlükte olan 1963 tarihli Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Kanun'un ilk şeklinde İdareye "yasaklama" ya da "erteleme" yetkisi tanınmamıştı; sadece kamu düzeninin bozulması durumunda hükümet komiserinin toplantıyı (md. 9), yasada gösterilen durumlarda da kolluk âmirinin gösteri yürüyüşünü dağıtma (md. 14) yetkileri vardı (4). Erteleme yetkisi ilk olarak 1973 tarihli yasa değişikliğiyle getirildi (5). Bu yasa daha sonra Anayasa Mahkemesi'nce biçim yönünden iptal edildi (6). 1976'da yapılan yeni bir yasa değişikliğiyle (7) mahallî mülkî âmirlere ve belli durumlarda da İçişleri Bakanı'na toplantı ve gösteri yürüyüşlerini 10 güne kadar *erteleme yetkisi* tanındı (değişik md. 10). Ancak Anayasa Mahkemesi bunları da bu defa esastan Anayasaya aykırı bularak iptal etti. Yüksek Mahkeme'ye göre bu hükümler toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin, "bunlardan yararlanacakların istedikleri zamanda değil, idarenin arzuladığı zamanda yapılmasına olanak sağlamakta, üstelik erteleme süresi sonunda da bunları örtülü biçimde yapılamaz hale koymakta (...), zamanında yapılmasını engellediği için Toplantı ve GÖsteri Yürüyüşünün amacına ulaşmasını güçleştirici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelik taşımakta (...), uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre öznel yorumlara elverişli, keyfiliğe dek varabilecek uygulamalara neden olabilmekte ve Anayasa koyucunun erek ve amacına uygun düşen bir yasal düzenleme işini görebilecek nitelikte bulunmamakta", bu nedenlerle de sözkonusu özgürlüğün "özüne dokunmakta"ydı (8). Yasanın hükümet komiserine tanıdığı, toplantının devamını ve kamu düzenini bozacak *"sözle"* saldırılar nedeniyle "toplantıyı dağıtma" yetkisi de iptal edildi.

1961 Anayasası koşullarında 10 günlük erteleme süresi "ölçüsüz", "hakkın özüne dokunucu" ve "keyfiliğe açık" sayılmışken, 1982 Anayasası döneminde çıkartılan ve bugün yürürlükte olan yasada bu süreler çeşitli durumlara göre kademeli olarak 48 saat, 30 gün, iki ay ve hatta sınırsızdır (md. 14, 15, 16, 17). Sonuncu durumda artık "erteleme" değil, "yasaklama" sözkonusudur. Dahası, belirli yerlerde Bölge

(4) Kanun No: 171, Kt. 10.2.1963 (RG. 18.2.1963-11337).
(5) Kanun No: 1742, Kt. 19.6.1973 (RG. 30.6.1973-14580).
(6) E. 1973/33, K. 1974/9, Kt. 14.3.1974 (AYMKD, sayı 12, s. 87 vd.).
(7) Kanun No: 1932, Kt. 19.1.1976 (RG. 29.1.1976-15483).
(8) E. 1976/27, K. 1976/51, Kt. 18-22.11.1976 (AYMKD, sayı 14, s. 344 vd.).

Valisinin, Bölge valiliği kurulmamışsa İçişleri Bakanı'nın ve Vali'nin, yasada gösterilen koşulların doğması durumunda *"bütün toplantıları* üç ayı geçmemek üzere *yasaklama"* yetkisi de vardır (md. 19 ve Geçici md. 2). Burada dikkat edilmesi gereken noktalar, birinci demette yeralan "erteleme" ya da "yasaklama" yetkisinin *belirli* bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne, ikinci demettekilerin ise *ilerki bütün* toplantılara, her iki demetin de olağanüstü hallere bile değil, *olağan* zamanlara ilişkin olmasıdır.

3) UYGULAMA

Bu yasanın çıktığı 1983 tarihinden sonra uzun süre Türkiye'nin birçok İl ve bölgesinin sıkıyönetim ya da olağanüstü hal yönetimi altında yaşamış olması nedeniyle, yukarda anılan hükümlerin çok geniş bir uygulama alanı bulması beklenemezdi. Bu türden idarî müdahale ve yasaklamalar, zaten sıkıyönetim ve olağanüstü hal yasalarına göre alınan kararlarla uygulanmıştır (9).

Ancak, sıkıyönetimin kalkması ve olağanüstü hal durumuna son verilen İl'lerin çoğalmasıyla, 2911 sayılı yasanın bu son derece antidemokratik ve keyfî kurallarının da daha fazla uygulanacağı açıktı. Nitekim bunun örnekleri çok geçmeden, birbiri peşisıra ve fazlasıyla görülmeye başlamıştır. Yalnız 1989-1990 yıllarında yasaklanan ya da ertelenen toplantı ve gösteri yürüyüşleriyle ilgili şu birkaç örnek, bu özgürlüğün durumu hakkında yeterli bilgi verecektir: 23 Nisan Çocuk Şenliği yürüyüşü (10), dil bayramı nedeniyle Karaman'da yapılacak toplantılar (11), *"Görüş Haziran Şenliği"* (24 Haziran 1989), sağlık personelinin düzenlediği *"Büyük Beyaz Miting"* ve *"Formalı Yürüyüş"* (Ankara ve İstanbul, Haziran 1989), Mart 1989 yerel seçimlerine katılacak sosyalist ve bağımsız belediye başkan adaylarının *"ortak basın toplantısı"* (12), bütün 1 Mayıs toplantı ve yürüyüşleri, kentlerarası protesto yürüyüşleri, "Savaşa Hayır" toplantıları ve barış şenliği, Kamu çalışanları için sendikal haklar mitingi (13) İHD İstanbul Şube-

(9) Örneğin, Türk-İş'in İstanbul Bağlarbaşı'nda düzenlediği "Pahalılığı Protesto ve Yasal Hakların Geri Alınması" yürüşüş ve mitingine, İstanbul Valiliği'nce Olağanüstü Hal Kanunu (md. 11) ve buna dayanılarak çıkarılan 1 No'lu Olağanüstü Hal Bildirisi'nin 1. maddesi gereğince izin verilmediği açıklanmış, başkaca bir gerekçe ileri sürülmemiştir *(Cumhuriyet*, 27.5.1988).

(10) OKM'nce 23 Nisan 1989 tarihi için düzenlenen yürüyüş.

(11) 23-25 Haziran tarihleri için düzenlenen 29. Türk Dili ve Yunus Emre Bayramı (*Cumhuriyet*, 17.6.1989).

(12) *Cumhuriyet*, 5.2.1989, s. 10.

(13) *Güneş*, 26.11.1990, s.3; *Cumhuriyet*, 9.9.1990; *TİHV Bülteni*, 2.8.1990, s.3; 31.8.1990, s.21, 3.9.1990, s.2, 15.9.1990, s. 11, 22.9.1990, s.17, 1.11.1990, s.1, 24.11.1990, s.23.

since düzenlenen "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 42. Yılında Türkiye Gerçeği" konulu panel, Ankara'da "Kadının yeri ve sorunları" toplantısı, vb.

Yasaklama ve erteleme kararlarının gerekçesi, idare amirlerine ve İdareye bu özgürlüğe müdahale yetkisi tanınmasının ne anlama geldiği ve geleceği konusunda aydınlatıcı fikir vermektedir. Örneğin, Kartal'da yapılması planlanan *"Görüş Haziran Şenliği"*, daha sonraki bir tarihte kararlaştırılan Taksim *"Devlet mitingi"* ile çakıştığı gerekçesiyle 24 Haziran'dan 16 Temmuz'a ertelenmiştir. Dil Bayramı, Karaman Kaymakamınca yapılan ve resmî olmayan açıklamaya göre "Bayramlar kaynaşmadır, tartışma ve açık oturum olmaz" gerekçesiyle ve muhtemelen "sakıncalı" sayılan bazı yazarların buna katılmasını engellemek için iptal edilmiştir. Sosyalist ve bağımsız yerel yönetim adaylarının *"basın toplantısı"* ise, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu md. 23/a gerekçe gösterilerek engellenmiştir. Daha da vahim ve keyfî olan davranış ise, erteleme ya da yasaklama kararlarının çoğunda gerekçe gösterme gereğinin dahi duyulmamasıdır. "Beyaz miting" ve "Formalı yürüyüş"le ilgili yasaklama kararları buna örnektir.

Ayrıca, 26 Mart 1989 yerel seçimleriyle belediyelerin çoğunun muhalefet partilerinin eline geçmesinden sonra valiler belediyelerin düzenlediği toplu faaliyetlere karşı hasmane ve partizanca bir tavır içine girmişlerdir. Bu konuda herhalde başkent valiliği başı çekmektedir. Valilik; belediyelerin bütün faaliyetleri için önceden izin alınması koşulunu dayatmış, izin istendiğinde de çeşitli gerekçeler ileri sürerek olumsuz tavır takınmıştır. Örneğin, çocuklar için düzenlenen satranç turnuvasına "asayişi bozacağı", voleybol turnuvası ve bisiklet yarışı gibi sportif faaliyetlere "kamu düzenini ve güvenliği ihlâl edeceği" gerekçesiyle, Güven Park'ta açılmak istenen bir heykel sergisine de hiçbir gerekçe gösterilmeden izin verilmemiştir. Oysa belediye etkinlikleri ANAP'ın belediyelerin çoğuna hâkim olduğu 26 Mart öncesi dönemde hiçbir engelle karşılaşmıyorlardı. Ankara'ya bağlı ilçelerde de durum aynıdır. Keçiören Belediyesi'nin 23 Nisan Şenliği, kreş müsabakası ve öğretmenler günü dolayısıyla öğretmenlerle danışma gecesi gibi faaliyetlerine izin verilmemiştir. Mamak belediyesi de, ilk ve orta dereceli okullar arasında "çevre düzeni ve çevre temizliği" konulu resim ve kompozisyon yarışması düzenlemeye girişince, Kaymakamlığın "Okullarımızda çok sayıda resim, şiir ve kompozisyon yarışması düzenlenmesi nedeniyle söz konusu yarışmanın düzenlemesi uygun bulunmamıştır" şeklindeki yazısıyla karşılaşmıştır (14).

Bu yasaklamaların hukukî olmayıp açıkça politik ve ideolojik karakter taşıdıkları ortadadır. Nitekim, İçişleri Bakanlığı'nın bir genelge-

(14) H. AYGÜN, "Çocuklara satranç yasağı", *Cumhuriyet*, 26.6.1990.

siyle, bu denetimin daha da sıkı bir şekilde yapılmasını sağlama amacıyla kaymakamların yasayla sahip oldukları yetkiler de valilere aktarılmış bulunmaktadır. Genelgede şöyle denmektedir:

"Son günlerde, kültür ve sanat etkinlikleri adı altında yapılan bazı toplantılarda gençliğin ve özellikle üniversite gençliğinin Marksist ideoloji doğrultusunda eğitildiği öğrenilmiştir. Bazı kaymakamlıklarımızın da bu tür toplantılara izin verdiği bilinmektedir. Bu genelgenin yayım tarihinden itibaren, her türlü kapalı salon ve açık hava toplantısına valilikler ve il emniyet müdürlükleri tarafından yapılacak inceleme sonucunda izin verilecektir" (15).

Öteyandan muhalefet partilerinin mitingleri de valiler tarafından yasaklanmaktadır (16).

Görüldüğü gibi toplantı ve gösteri yürüyüşleri alanında gerçekte "serbestlik" değil bir *"izin sistemi"* vardır. Erteleme ve yasaklama işlemlerine karşı yargı yolu açıksa da, bu mekanizma kolay ve çabuk işlememektedir. Zaten bazı durumlarda mülkî âmirler yargı yoluyla çabuk ve etkili çözüm sağlanmasını engellemekte, yasaklama ya da erteleme kararlarını son anda bildirmektedirler. Örneğin, Türk Hemşireler Derneği tarafından 18 Haziran 1989 tarihinde İstanbul Çağlayan meydanında yapılması planlanan "Formalı yürüyüş"le ilgili yasaklama kararı, 16 Haziran cuma günü çalışma saatinin bitiminden sonra (18.00) ilgililere bildirilmiş, böylece bunların yargı yoluyla bir "yürütmeyi durdurma" kararı sağlamalarına da olanak bırakılmamıştır.

"Kamu düzeni ve güvenliğini korumak" gerekçesiyle alınan bazı yasaklama kararları ise bütün bütüne trajik sonuçlar yaratmakta, kamu düzeni ve güvenliği asıl bunlar yüzünden tehlikeye düşmektedir. 1 Mayıs gösterileriyle ilgili yasaklamaların doğurduğu sonuçlar bunun tipik örneğidir. 1989'daki olaylarda 1 kişi ölmüş, çok sayıda insan yaralanmıştır. 1 Mayıs 1990 günü meydana gelen olayların bilançosu ise, biri ağır (felç durumu) olmak üzere yaklaşık 40 yaralıdır. Resmî açıklamalara göre yalnız İstanbul'da 3304 kişi gözaltına alınmış, Türkiye genelinde tutuklanan sayısı 90'ı aşmış, yargılaması bitenlerden de 35 kişi hapis cezasına çarptırılmıştır (17). Dünyanın hemen hemen bütün ülkelerinde kutlanan bir özel günün Türkiye'de aldığı görünüm budur.

Sembolik protesto eylemlerinde bulunanlar da Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu'na muhalefetten yakalanmakta, gözaltına alınmak-

(15) İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü GÜvenlik Daire Başkanlığı Basın-Yayın Şûbe Müdürlüğü'nün 5032 sayılı "Emir" yazısı ile valiliklere gönderilen 31.10.1989 tarihli genelge (*Güneş*, 29.11.1989).

(16) Örneğin, İstanbul Valiliği, SHP ve SP'nin, Belediye başkanlığı seçimi yapılacak Bayrampaşa'daki toplantılarını yasaklamıştır (*TİHV Bülteni*, 28.7.1990, s.15)

(17) *TİHV Bültenleri* (Mayıs 1990 sayıları).

ta, tutuklanmakta ve yargılanmaktadır. Örneğin, cezaevlerindeki uygulamaları protesto için Sultanahmet'te *"oturma"* (18), Tünel'de *"Kara Giysili Kadınlar"* eylemine katıldıkları ileri sürülenler, Irak Konsolosluğuna siyah çelenk koyan SHP'liler (19), parkta *"önlük çıkarma eylemi"* yapan doktorlar, düdüklü protestoda bulunan bayanlar bu tür işlemlerle karşılaşmışlardır (20).

Yapılmasına "izin verilen" toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin etkisinin kırılması, bunlara katılmak isteyenlerin korkutulup caydırılması, katılanların da sindirilmesi için uygulanan birtakım önlemler de vardır; bunlar da büyük çapta Anayasa, yasa ve yönetmelikten (21) kaynaklanmaktadır.

Örneğin mülkî amirler kendi bölgelerinde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak yerleri önceden saptama yetkisine sahiptirler (AY. md. 34/2). Bu gibi yerler genellikle bir kentin merkezine uzak semt ve güzergâhlardan seçilir. Ama bu sınırlama, iktidar partisi başkanlarının siyasal toplantılarının ya da "Devlet Mitingleri"nin, aslında toplantı yeri olarak ilân edilmemiş merkezi meydanlarda düzenlenebilmesini engellememiştir.

Miting ya da yürüyüşte kullanılacak pankartlar da valilerce denetlenebilmekte ve bunlardan bazıları yasaklanabilmektedir (22). Yasal toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin polisce videoya alınması da bunlara katılanları sindirici bir psikolojik ve işlevsel rol oynamaktadır. Bu arada, kolluk güçlerinin bilimsel seminerleri ya da anma törenlerini bile izleyip bazan banda ve videoya almaları da artık kanıksanmış gibidir (23).

Ceza soruşturmaları da bu özgürlükler üzerinde sürekli bir tehdit oluşturmaktadır. Örneğin, cenaze törenlerinde slogan atılması, yemek boykotu, köylülerin yol yapımı için topluca kaymakamlığa başvurusu gibi eylemler ceza soruşturması konusu olmakta, hatta mahkumiyet kararlarına yol açabilmektedir. Bu tür baskıcı (répressif) uygulamalar ancak temyiz aşamasında Yargıtay'ca düzeltilebilmiştir (24).

(18) *Cumhuriyet*, 14.11.1988, s.7.

(19) *Cumhuriyet*, 23.12.1988.

(20) *Günеş*, 3.4.1990, s.9.

(21) Toplantı ve GÖsteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (RG. 8.8.1985-18836).

(22) Örneğin İzmir Valiliği "Gençlik ve Demokrasi mitingi"nde şu pankartları yasaklamıştır: "Vatan toprakları satılık değildir", "Bağımsız Türkiye", "Gençlik dipçiklerle susturulamaz", "Kahrolsun ABD emperyalizmi" (*Cumhuriyet*, 17.5.1987).

(23) Basın, Sait Faik'i anmak için Burgaz adasında düzenlenen açık hava töreninin polisce izlendiğini yazmıştır (*Cumhuriyet*, 15.5.1989, s. 6).

(24) bkz. Ş. GÜNGÖR/M. KAVALALI, *Uygulamada Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, Yetkin yay., Ankara 1990, s. 209, 279, 284.

IX./KOLLEKTİF SOSYAL HAKLAR

Kollektif sosyal haklarla kastedilen, sendikal hak ve özgürlükler, toplu pazarlık ve toplu görüşme hakkı, grev hakkı ve yönetime katılma hakkıdır. Bunlar, emekçilerin yaşam düzeylerini iyileştirmek için verdikleri mücadelenin en etkili araçlarıdır. Özellikle, yüksek enflasyon oranlarının ücretlileri ezdiği durumlarda bu araçlar daha da büyük bir önem kazanır. Bunlar ayrıca kamuoyunu ve iktidarları etkileyen yönleriyle siyasal bir işlev de görürler, demokrasinin daha katılımcı hale gelmesine yardımcı olurlar. Örneğin Türkiye'de 1961 sonrası dönemde kollektif sosyal haklarını elde eden emek hareketi, demokrasi için de geliştirici bir rol oynayabilmişti (1).

Burada, yukarda sayılan kollektif sosyal haklardan ilk üçü (sendika, toplu sözleşme ve grev) üzerinde durulacaktır. Yönetime katılma hakkının dışarda bırakılmış olmasının nedeni, bu hakkın daha az önemli sayılması değil, Türk hukukunun bu alanı zaten boşlamış olmasıdır. O kadar ki, bu konudaki ender düzenlemelerden biri olan ve iktisadî devlet teşekküllerinin yönetim kurullarında bir işçi temsilcisi bulunmasını öngören uygulamaya bile (12.3.1964 tarih ve 440 sayılı yasa), 12 Eylül rejimi döneminde MGK tarafından çıkarılan 19.10.1983 tarih ve 2929 sayılı İktisadî Devlet Teşekkülleri ve Kamu İktisadî Kuruluşları Hakkında Kanun'la son verilmiştir. Böylece, yönetime katılma yolunda 1964'de atılan çok ürkek bir adım, bundan 20 yıl kadar sonra geri alınmıştır.

1) SENDİKA HAKKI VE ÖZGÜRLÜĞÜ

Sendika kurma, sendikalara üye olma ve sendikal faaliyet özgürlüğü açısından bugünkü Türk hukukunun durumu nedir?

Sendika kurma hakkı açısından ilk dikkati çeken özellik, kamuda çalışan memurlara bu hakkın tanınmamış olmasıdır. 1961 Anayasasında bu hak *"çalışanlar"*a, yani hem işçilere hem de kamu hizmeti görevlilerine verilmişti(md. 46). 1971 Anayasa değişikliğiyle bu hak çerçevesi daraltıldı ve yalnız "işçiler" için sendika kurma hakkı öngörüldü. 1982 Anayasasıyla da bu durum sürdürülmüştür (md. 51).

(1) M. SOYSAL, "Human Rights in Turkish Context", *Milletlerarası Münasebetler Türk Yıllığı*, XVIII, 1978, Ankara Üniversitesi basımevi, 1982, s. 11.

Sendikalar Kanunu da (SK), 1 ve 2. maddelerinde görüldüğü gibi, yalnız işçilere bu hakkı tanımıştır (2).

Bu durum; devlet memurları için sendika kurma ve bunlara üye olma hakkının bulunmadığı, "devlet memurlarının topluca başvuru ve hak aramaları"nı dahi yasaklayan yasalar varken (657 sk. md. 26) ve memurlara açıkça sendika hakkı tanıyan uluslararası sözleşmeler (UÇÖ, No: 87) onaylanmamışken ya da çekince konarak onaylanmışken (Avrupa Sosyal Şartı, md.5), devlet memurları için böyle bir haktan söz edilemeyeceği şeklinde yorumlanmıştır (3).

Buna karşılık; memur sendikacılığının Anayasa ya da yasayla tanınmış olmamakla birlikte, 1971-1980 döneminden farklı olarak, yasaklanmış bir alan ve faaliyet olmadığı, özgürlüğün asıl ve sınırlamanın istisna olduğu bir alanda bu tür kuruluşlar yaratılabileceği ileri sürülmüştür. Bu mantık uluslararası hukuktan da destekler almıştır. Bir kere bu özgürlük, işçi-memur herkesin hakkıdır ve Türkiye'nin henüz onaylamadığı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (No:87) bu alandaki uluslararası standartları belli etmiştir. Bunlar; "hiçbir biçimde ayrım gözetmeme, önceden izin almama ve kendi seçtikleri örgütleri kurma" şeklinde üç temel ilkedir. "Ayrım gözetmeme" ilkesi, UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesi'nce, kamuda çalışanların sendikal haklarının güvencesi olarak anlaşılmıştır. Asıl önemlisi, UÇÖ'nün bütün yetkili organları, bu Örgüt'ün Anayasasını kabul etmenin, özellikle sendikal özgürlükler açısından, 87 No'lu Sözleşmeyi onaylamamış olanları da bağladığını saptamışlardır. Nitekim bu Sözleşme başından beri Türkiye'ye bu Örgüt'ün bir üyesi olması sıfatıyla uygulanagelmiştir. Kaldı ki, bu Sözleşmeyi tamamlayan ve Türkiye'nin de onaylamış olduğu 98 sayılı Sendika ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi (4), kamuda çalışanlarının sendikal hakları açısından sınırlama getirme olanağı vermemekte, yalnız silahlı kuvvetler ve kolluk güçleri mensuplarının durumunun değerlendirilmesini ulusal yasalara bırakmaktadır. Öteyandan, sendikalaşma hakkını *"herkes"*e tanıyan AİHS (md. 11), genel olarak devlet memurlarının değil, yalnız *"silahlı kuvvetler, polis ve devlet yönetiminde görev yapanlar"*ın bu haklarını *"kullanmaları"*na (bu haklardan *yararlanmalarına* değil) *"meşrû (haklı) sınırlamalar"* konabileceğini kabul etmiştir (5).

(2) No: 2821, Kt. 5.5.1983 (RG. 7.5.1983-18040).

(3) A. C. TUNCAY, "Sendika özgürlüğü, üyeliği, sendikaların faaliyetleri ve denetimi", *1984 Yılı Konferansları*, İÜHF yay., 1985, s. 54; Ç. AŞÇIOĞLU, "Memur sendikaları engellenmemeli", *Milliyet*, 21.12.1990).

(4) Kabul tarihi 1.7.1949; Türkiye'nin onayı 8.8.1951 (RG. 14.8.1951-7884).

(5) *Türkiye'de Kamu Çalışanlarının Sendikal Hakları ve İsveç Örneği Sempozyumu*, (yayına hazırlayan F. Pekin), Kardeşler Mtb., İstanbul, s. 149 vd.; M. GÜLMEZ, *Memurlar ve Sendikal Haklar*, İmge ktb., Ankara 1990, s. 201 vd.

1990 yılında bu tezlerin mantığına oturan girişimler sonucunda Ankara'da Eğitim-İş, İstanbul'da da Kam-Sen ve Bel-Sen kısa adlı üç memur sendikası kurulmuş ve bunlar tüzel kişilik kazanmışlardır. Eğitim-İş hakkında Ankara Valiliğince harekete geçirilen suç duyurusu mekanizması ise bir sonuç vermemiş, savcılığın tutumu ve Ankara 2. İş Mahkemesinin kararı ile, tüzel kişiliğin ya da kurucuların yasadışı bir durumda sayılmayacakları saptanmıştır (6).

Öteyandan, ANAP iktidarı döneminde KİT'lerde *"sözleşmeli personel"* adı altında yeni bir statü yaratılarak hizmet sözleşmesiyle çalışanların, yani aslında işçi olanların da sendikal haklardan yoksun bırakılması yoluna gidilmiştir (7). Bu olumsuzluk kısmen Anayasa Mahkemesi kararlarıyla dengelenebilmiştir (8). Buna karşın, 1990 rakamlarıyla dile gelen gerçek, Türkiye'deki *"sendikalaşma"* düzeyinin ne kadar düşük olduğunu ortaya koymaktadır. Ülkede 1.921.441 sendikalıya karşılık, KİT'lerde sendikasız 280.816 kişi vardır; öğretmenler dahil sendikasız memur sayısı da 1.540.000 civarındadır. 1989 rakamlarıyla sendikalaşma oranı ancak % 11'dir (9).

Bu veriler, sendika kurma hakkı konusunda son 20 yılın ana eğiliminin *"sendikasızlaştırma"* olduğunu ortaya koymaktadır. Bunun aşılması yolundaki girişimler ise yasama organından ve iktidardan değil emekçilerden ve yargı organlarından gelen çabalardan doğmaktadır.

İşçiler açısından durum nedir?

Anayasa ve yasayla sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkına sahip kılınmış olan "işçiler" için de bu alanlarda önemli kısıtlamalar vardır. Bunlar, uluslararası kurumlarca da birer hak ve özgürlük ihlâli olarak değerlendirilmektedir. Örneğin, UÇÖ Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi, Sendikalar Kanununun (SK) işçi sendikalarının işkolu esasına göre kurulmalarını ve ülke çapında faaliyet amacı gütmelerini emreden kuralını (md. 3), işyeri esasına göre sendika kurulmasını yasaklaması nedeniyle uluslararası normlara aykırı saymıştır. Bunun gibi; belli organlara seçilebilmek için en az 10 yıl çalışmış olma koşulu (SK 14/14, AY 51/7), genel kurul dışındaki organlara seçilenlerin TCK ile TİSGLK'daki hükümlerden dolayı mahkum olmaları durumunda görevlerinin son bulması (SK 9), din ve ibadet işlerinde çalışanların sendikalara üye olmala-

(6) Mahkeme kararı *(Cumhuriyet*, 2.11.1990). Yorumu M. Gülmez *(Cumhuriyet*, 14.11.1990).

(7) 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı KHK (RG. 18.6.1984-18435 mük.); 5.1.1988 tarih ve 308 sayılı KHK (RG. 18.1.1988-19698); Sağlık Hizmetleri Kanunu md. 7 (No: 3359, Kt. 7.5.1987; RG. 15.5.1987-19461).

(8) Sağlık Hizmetleri Kanunu ile ilgili iptal kararı: E. 1987/16, K.1988/8, Kt. 19.4.1988 (RG. 23.8.1988-19908).

(9) *89 Petrol-İş*, İstanbul 1990, s. 366.

rının yasaklanması (SK 21/3), işten ayrılanların (emeklilik, vb.) sendika üyeliğinin son bulması (SK 25/son) yolundaki kurallar da uluslararası ölçülere aykırı bulunmuştur (10). Bu kurallardan bazılarında sonradan esasa ilişkin bulunmayan ve gerçek birer iyileştirme sayılamayacak değişiklikler yapılmıştır (11).

Kurulabilen sendikaların *faaliyet alanı* da son derece daraltılmıştır. 1961 Anayasasının bu özgürlüğünün anayasal güvence altında olduğunu belirtmekle yetinmiş olmasına karşılık (md. 46), 1982 Anayasası (md. 51/1) ve Sendikalar Kanunu (md. 1) sendikaların güdeceği amacı "üyelerinin çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek" şeklinde dondurmuştur. Sendikal faaliyetlerin bu şekilde meslekî alana ve iş ilişkilerine hapsedilmesi, sendikaların birer baskı grubu olarak oynadıkları rolün de inkârı anlamına gelmektedir. Sendikal faaliyetleri en dar meslekî boyutları içinde tutma kararlılığı kültür ve eğitim konularında bile kendini belli etmektedir. Örneğin eski Sendikalar Kanunu'nda "işçilerin müşterek iktisadî, sosyal ve *kültürel* yararları"nın korunmasından sözedilmişken (md. 1), yeni yasada "kültürel" sözcüğü bilinçli olarak kullanılmamış, böylece sendikaların eğitim görevleri bile sırf *"meslek eğitimi"*ne indirgenmek istenmiştir (12).

Sendikal faaliyetlerle ilgili yasaklar inanılmaz bir hacim tutmaktadır. Sendikalar, Anayasanın 13 ve 14. maddelerindeki genel sınırlamalara ve yasaklara aykırı hareket edemezler (AY, 52; SK, 37). Anayasanın 13 ve 14. maddelerindeki kavramların altalta yazılmasından çıkan tablo, zaten sendikal faaliyet alanının nasıl bir tehdit altında olduğunu göstermeye yeterlidir: devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, millî egemenlik, Cumhuriyet, devletin ve cumhuriyetin varlığının korunması, millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk, genel sağlık, sosyal bir sınıfın diğerleri üzerindeki egemenliğinin önlenmesi, vb.

Ayrıca siyaset yasaklarından oluşan bir başka büyük kuşatma çemberi daha vardır: "Sendika ve konfederasyonlar, siyasî amaç güdemezler, siyasî faaliyette bulunamazlar, siyasî partilerle ilişki kuramaz ve işbirliği yapamazlar ve bunlarla hiçbir konuda hiçbir şekilde müşterek hareket edemezler, siyasî partilerden destek göremezler ve onlara destek olamazlar, bunlardan yardım ve bağış alamazlar, bunlara

(10) M. GÜLMEZ, *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye*, TODAİE yay., Ankara 1988, s. 435-439; "Örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının uluslararası ilkeleri ve Türkiye", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 9, 1987, s. 67.

(11) Kanun No: 3449, Kt. 25.5.1988 (RG. 2.6.1988-19830).

(12) F. PEKİN, *Demokrasi, Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar*, Alan yay., İstanbul 1985, s. 259.

yardım ve bağışta bulunamaz (...); derneklerle, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla siyasî amaçla ortak hareket edemezler (...)" (SK. 37/2). Madde gerçekten histerik ve paranoid bir ruh halini yansıtmakta ve pekçok yönüyle Anayasada yeralan siyaset yasaklarını bile aşmaktadır. Ne var ki bu da bir MGK yasası olduğu için, anayasa yargısı denetimine tâbi değildir. Her iki metindeki siyaset yasaklarının içerik ve sınırlarının belirsizliği ve kaypaklığı sürekli sorun çıkartacak bir durumdur (13). Nitekim bunun örnekleri uygulamada da görülmektedir (14).

Bu gibi genel nitelikli yasakların dışında Anayasa ve Sendikalar Kanunu somut ve özel sınırlama ve yasaklarla da doludur. Bunlarla da yetinilmemiş, sendikaları dernekler düzeyine indiren ek daraltımlar da getirilmiştir. Şöyle ki; Dernekler Kanunu'nun 92. maddesine göre "Bu Kanunun 21. maddesinin 2. fıkrası, 30, 37, 40, 42, 43, 44, 45, 48, 65, 66, 67, 68, 69, 70 ve 90, maddeleri özel kanunlarında hüküm bulunmamak kaydıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile işçi ve işveren sendikaları ve üst kuruluşları için de ceza hükümleriyle birlikte uygulanır." Bu hükümlerin, bir kez daha "Yasak Faaliyetler" (md. 37, 40), "Yabancı Dernek ve Kuruluşlarla İlişki" (md. 43), "Bildiri Yayımlanması" (md. 44), "Genel Denetim" (md. 45), "İdare ve Kolluk Kuvvetlerinin Yetkisi" (md. 48), "Dernek Faaliyetlerine Yasak Olan Yerler" (md. 66), "Lokal Açma" (md. 90) konuları gibi, faaliyet özgürlüğünün candamarını oluşturan noktalarla ilgili bulunduğunu kaydetmek gerekir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Sendika Özgürlüğü komitesi, 1982 Anayasası'nda ve Sendikalar Kanunu'nda yeralan ve sendikal faaliyet özgürlüğüyle ilgili bazı hükümleri de uluslararası normlara aykırı bulmuştur: İşçi sendika ve üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için en az 10 yıl fiilen işçi olarak çalışmış olma koşulu (AY. 51/6; SK. 14/14), her türlü siyasal faaliyet yasağı (AY. 52/1), kapatılan bir örgütün mallarının Hazineye aktarılması (SK. 46), vb.

Türk hukuku, UÇÖ denetim organlarınca uluslararası normlara aykırılığı henüz saptanmamış daha birçok hüküm içermektedir. Şu örnekler verilebilir: İşçi ve işverenlerin aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olamamaları (AY, 51/5), sendikalar üzerinde devletin

(13) K. OĞUZMAN, "Yeni Anayasanın toplu iş ilişkilerini ilgilendiren hükümleri", İHİD (R. Sarıca'ya Armağan), Yıl 3. sayı 1-3, 1982, s. 119. Bu düzenlemeler, 1947 tarihli Sendikalar Kanununa da geri dönüş anlamına gelmektedir (O. DOĞRU, "Türkiye'de sendikalara siyaset yasaklarının dünü-bugünü", *İnsan Hakları Yıllığı*, c. 9, 1987, s. 127-168.

(14) Örneğin, Türk-İş Genel Başkanı ve yönetim kurulu üyeleri hakkında 6 Eylül 1987 tarihli halkoylaması öncesinde "Evet" kampanyası yürüttükleri ve "siyaset yaptıkları" iddiasıyla ceza kovuşturulması açılmıştır.

idarî ve malî denetimine yer veren, sendikaların gelirlerini amaçları dışında kullanmamasını ve tüm gelirlerini devlet bankalarında muhafaza etmelerini buyuran (AY. 52/3 ve 4), federasyon kurulmasına olanak vermeyen, konfederasyon kurulmasını da şarta bağlayan (SK. 2/son), sendika yöneticiliği süresini ve yeniden seçilme hakkını kısıtlayan (SK. 9/5), sendika yöneticiliğinin kamu yönetiminde görev almakla kendiliğinden sona ermesini (SK. 9/6), sendika organlarındaki görevin emeklilikle sona ermesini (SK, 25/son), üyeliği kesinleşen işçinin kayıt fişinin işverene gönderilmesini (SK. 22/4), uluslararası kuruluşlara üyeliğin İdarenin ön denetimine bağlanmasını (SK. 28), yöneticilerin belli suçlardan mahkûmiyeti durumunda sendikanın kapatılmasını (SK. 58/2) öngören kurallar (15).

Görülüyor ki Türkiye'de sendika hakkı ve özgürlüğü, çalışanların sendikasızlaştırılması ve sendikalarının da işlevsizleştirilmesi şeklinde iki büyük darbe yemiş durumdadır. Darbeler esas olarak askerî rejimlerin (1971-1973, 1980-1983) eseri olmakla birlikte, işveren çevrelerinin damgasını da taşımaktadır. 1982 Anayasası'ndaki ve Sendikalar Kanunu'ndaki düzenlemelerle Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu'nun (TİSK) önerileri ve talepleri arasındaki çok açık benzerlikler bunun tartışma götürmez kanıtıdır (16).

2) TOPLU SÖZLEŞME HAKKI

Sermayenin gücü karşısında ezilen emekçi sınıfların, maddî durumlarını biraz olsun düzeltmelerine olanak veren bu haklar da, 1980 sonrası Türk sisteminde önemli anlam ve değer kaybına uğramışlardır. Bunlara artık farklı bir işlev yüklenmesi, getirilen sınırlamaların aşırılığı ve işverene sağlanan güvenceler ancak böyle yorumlanabilir.

İşlev ya da yaklaşım farkı, özellikle toplu pazarlık ve sözleşme hakkının *tanımlanma biçimi*nden başlamaktadır. Bu haklar, geçen yüzyıllarda emekçileri sermaye karşısında daha da güçsüzleştiren "bireysel sözleşme" modeline karşı doğan tepki ve mücadeleden kaynaklanmıştı; bu bağlamda da "çalışan"ı koruyan ve destekleyen haklardı. 1961 Anayasasının, *"İşçiler*, işverenle olan münasebetlerinde, iktisadi ve sosyal durumlarını *korumak* veya *düzeltmek* amacıyla toplu sözleşme ve grev hakkına sahiptirler" (md. 47) hükmü bu gerçeği dile ge-

(15) M. GÜLMEZ, *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye*, s. 435-454.

(16) bkz. Ö. AKER, *Ben Devletim: Köleleştiririm I*, BDS yay., İstanbul 1989, s. 34 vd., 75-92.

tirmişti. Uygulamada da, 1963-1980 arasında işçiler yararına bu yönde ciddî ilerlemeler kaydedilmişti (17).

1982 Anayasasıyla, en başta toplu sözleşme hakkının sosyal yanı, yani çalışanlardan yana olma özelliği kaybettirilmek istenmiştir. Daha tanım cümlesinden bunu anlamak mümkündür: *"İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak* ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler" (md. 53/1).

Böylece, işçilerin ya da genel olarak çalışanların durumunu korumak ve düzeltmek için varolan bir hakkın yerini, işçilerin ve işverenlerin *"karşılıklı"* çıkarlarını ve çalışma koşullarını düzenlemek için öngörülen bir mekanizma almıştır (18). Bunun en önemli pratik sonucu, artık, "bir toplu iş sözleşmesi ile işçilere tanınan hakların, ikinci dönem toplu iş sözleşmesi ile kaldırılamayacağı yolunda ifade edilmiş görüşlere yer bırakılmamış" olmasıdır (19).

Toplu sözleşme özgürlüğü alanını doğrudan doğruya daraltan hükümler de vardır. Aynı işyerinde aynı dönemde artık birden fazla toplu sözleşme yapılması gerek Anayasa (md. 53/3) gerekse Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK md. 3/son) ile yasaklanmıştır. Grev ve lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesi durumunda, anlaşmazlık giderilememişse, YHK'nın bu uyuşmazlığı çözmeye yetkili organ durumuna getirilmiş olması da (AY 54/5; TİSGLK 34), toplu pazarlık ve sözleşme hakkının alanını daraltmaktadır. Bu hüküm bu yönüyle, UÇÖ'nün 98 sayılı Sözleşmesine de açıkça ters düşmektedir (20).

Özgür ve gönüllü toplu pazarlık ve sözleşme ilkelerini bozan bir başka yön de *"barajlar"*la ilgilidir. Bir sendikanın toplu sözleşme imzalamaya yetkili olabilmesi için işkolu düzeyinde % 10, işyeri düzeyinde de % 50+1 üyeliklere sahip olması gerekir (TİSGLK 12). Bu durum, Çalışma Bakanlığının bir yetki belgesiyle saptanmaktadır. Böylece, yetkili sendikayı saptama işi, siyasal iktidarın parçası olan bir makam tarafından yerine getirilmektedir. Yetki belgesi usulü uygulamada bir tür *"idarî izin"*e dönüşmüş bulunmaktadır (21).

(17) Sayısal veriler için bkz. M. KUTAL, "12 Eylül 1980 geçiş döneminde toplu iş sözleşmelerini düzenleyen yasa hakkında bazı düşünceler", *Ü. Doğanay'ın Anısına Armağan* 2, İÜSBF yay., İstanbul 1982, s. 45.

(18) M. GÜLMEZ, "Les bases constitutionnelles des relations collectives de travail", *Turkish Yearbook of Human Rights*, vol. 7-8, 1985, p. 88.

(19) K. OĞUZMAN, "Yeni Anayasanın toplu iş ilişkilerini ilgilendiren hükümleri", s. 126.

(20) M. GÜLMEZ, "Örgütlenme ve toplu pazarlık...", s. 77-79.

(21) *89 Petrol-İş*, s. 112-113.

Mevzii ve geçici görünen ama daha toptan yasaklamalar da vardır. Anayasa ve yasa, toplu pazarlık ve toplu sözleşme hakkını bunca daraltmışken, Serbest Bölgeler Kanunu (22) serbest bölgenin faaliyete geçmesinden itibaren 10 yıl süreyle buradaki menfaat uyuşmazlıklarını tümden zorunlu hakem sistemine (YHK) bağlamıştır. Böylece bu bölgelerde "toplu iş sözleşmesi özerkliği" ilkesi tamamen ortadan kaldırılmış, bir kez daha 98 sayılı Sözleşme'ye aykırı bir durum yaratılmıştır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi salt ekonomik çıkarları gözönüne alarak ve Anayasa'nın 13. maddesindeki "kamu yararı" ilkesine dayanarak sözkonusu düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur (23).

3) GREV HAKKI

Grev hakkı da bu yeni yaklaşım ve aşırı kısıtlamalardan payını almıştır.

Bir defa, grev yasağına tâbi işler, bankacılık, noterlik, toplu taşıma hizmetleri gibi kesimleri de içine alacak kadar geniş tutulmuştur (TİSGLK, 29). Gerçi sonradan yapılan bir yasa değişikliğiyle (24) temizlik ve kömür işleri gibi bazı alanlar yasak dışına çıkartılmışsa da, bunların yerini başkaları almıştır (termik santrallerini besleyen linyit üretimi, belli kategoriye giren petrokimya işleri gibi). Grev yasağına tâbi işyerleri de geniş bir yelpaze oluşturmaktadır: sağlık, eğitim, Millî Savunma Bakanlığı'nca doğrudan doğruya işletilen yerler, vb. (md. 30). Grev yapılabilecek yer ve durumlarda da greve katılması yasaklanan işçi kesimi (md. 39-40) büyük sayılara ulaşmaktadır.

Öteyandan grev hakkı, yalnız toplu iş sözleşmesi sırasında uyuşmazlık çıkması durumunda kullanılabilir. İşverenin, imzalamış olduğu toplu iş sözleşmesine uymasını sağlayacak en etkili yol olan *"hak grevi"* tanınmamıştır. Siyasal grev, genel grev, dayanışma grevi, iş yavaşlatma, verimi düşürme gibi eylemler de yasaklanmıştı (AY, 54/7). Aslında bu sonuncular eski yasada da yasaklanmıştır ama, bunların 1982 Anayasasına geçirilmesi, sosyal hakları genişletmek isteyecek bir yasakoyucuya bu konuda set çekilmek istendiğini gösterir. Sendika Özgürlüğü Komitesi bu yasakları da uluslararası normlara aykırı

(22) Kanun No: 3218, Kt. 6.6.1985 (RG. 15.6.1985-18785).

(23) E. 1985/21 Kt. 1986/23 Kt. 6.10.1986 (AYMKD, sayı 22, s. 221 vd., RG. 14.3.1987-19400, s. 21 vd.). Yasanın ve bu kararın eleştirisi için bkz. M. GÜLMEZ, "Serbest bölgelerde grev hakkı ve Anayasa Mahkemesi kararı", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1988, s. 274-281.

(24) No: 3451, Kt. 27.5.1988 (RG. 2.6.1988-19830).

ilân etmiştir (25). Bu arada, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun bir "anayasal hak" olarak öngördüğü ve anayasa taslağına koyduğu "lokavt"ın, bu biçimiyle değilse bile, işverenin bir "karşı silahı" olarak anayasallaştırıldığı belirtilmelidir. Böylece, sermaye-emek arasında varolan ve ancak toplu sözleşme ve grev haklarıyla bir ölçüde düzeltilebilecek olan dengesizlik yine korunup kayrılmıştır.

Tanındığı kadarıyla *grev hakkının kullanılması* büyük zorluklarla karşikarşıyadır. Salt mesleki amaçla ve toplu sözleşmede uyuşmazlık çıkması durumuyla sınırlı olan bu hak,"iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz" (AY, 54/2). Buna ters düşen grevler iş mahkemesi eliyle durdurulur (TİSGLK, 47). Grevin salt mesleki amaçla sınırlı tutulması, UÇÖ'nün Uzmanlar Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi tarafından anti-demokratik sınırlamalar olarak görülegelmiştir (26). "İyi niyet kuralları" ya da "toplum zararı" gibi ölçülerin ise bu hakkın zedelenmesine yolaçacak esneklikte oldukları açıktır. Bu gibi belirsizlikler mahkeme kararları ve doktrinde keyfiliğe yolaçar, yeni daraltımların doğurucusu olur. Nitekim doktrinde, "millî amaca aykırı grevler" diye bir kategoriden sözedilmesi (27), demir-çelik grevinin Ankara 4. İş Mahkemesi'nce durdurulması (28) bu doğurganlığın örnekleridir.

Alanı böylece daraltılan grev hakkının uygulanmasında en büyük engelleme yürütmeden gelmektedir. Bakanlar Kurulu, karar verilmiş ya da başlamış bir grevi, "genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu" nitelikte sayarak 60 gün süreyle erteleyebilir; bu sürenin sonunda uyuşmazlık çözülememişse, Çalışma Bakanı kesin çözüm için Yüksek Hakem Kurulu'na başvurur (TİSGLK. 33, 34).

Grevlerin bu yolla ertelenmesi, 1961 Anayasası döneminde de mümkündü; 275 sayılı kanunun 17 yıllık uygulamasında, çoğu politik nedenlerle olmak üzere 214 defa bu yola başvurulmuştu. Gerçi o gün olduğu gibi bugün de erteleme kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Şu var ki, yürütmeyi durdurma istemlerinin bir hafta içinde Danıştay

(25) Bu ve diğer aykırılık saptamaları için bkz. A. IŞIKLI, "2821 sayılı Sendikalar Yasası ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasasının uluslararası normlara aykırılığı", *Sadun Aren'e Armağan*, Mülkiyeliler Birliği yay., Ankara 1989, s. 266-291; M. GÜLMEZ, *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye*, s. 440-446.

(26) M. GÜLMEZ, "Örgütlenme ve toplu pazarlık", s. 73.

(27) H. K. ELBİR, "Kanun dışı grev, lokavt ve grev, lokavt yasakları", *1984 Yılı Konferansları*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, İÜHF yay., 1985, s. 42.

(28) Mahkeme bu grevi "toplum zararına" ve "millî serveti tahrip edici" bulmuştur.

tarafından karara bağlanmasını buyuran 275 sayılı yasa hükmünün bir benzeri yeni yasada yoktur. Eski yasada böyle bir hüküm varken bile, Danıştay'ın bazan bu konuda açılmış bir davayı ancak 5 yıl sonra hükme bağlayabilmiş olması, yargı denetiminin sağlam bir güvence olmadığını gösteren bir örnektir. Üstelik, YHK tarafından kararlaştırılmış bir çözümle çelişecek bir yargı kararının yaratacağı ek sorunlar da hesaba katılmalıdır. Böylece sistem, siyasal bir karar organının objektif olmayan ölçülerle ve yasadaki gerekçelere sığınarak grev kırıcılığı yapmasına olanak sağlamakta, yargı denetimi ise etkili olamamaktadır (29).

Yasadışı sayılan greve karar verenler ya da buna katılanlar hakkında öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalar da (TİSGLK 72), yasaklama, engelleme ve müdahalelerin (erteleme) üstüne eklenen caydırıcı ve baskıcı (répressif) bir sistem oluşturmuştur. İş hayatındaki uyuşmazlıklarda işçilerin hapisle cezalandırılması, Türk sosyal hukukunun anti-sosyal ve işvereni tutan yanlarından sadece birisidir. Ayrıca yasada öngörülen cezaların ağırlığı ve çokluğu dikkat çekicidir; bu husus UÇÖ Sendika Özgürlüğü Komitesinin de dikkatinden kaçmamış ve uluslararası normlara aykırı sayılmıştır (30). Anlaşılması zor bir başka nokta da, bu suçları işleyenlerin neden Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde yargılandıklarıdır (31); çünkü buradaki suçların "devlet güvenliği" ile ilgisini kurabilmek gerçekten çok güçtür. Bu durum ister istemez, işverenin çıkarlarıyla "devletin güvenliği"nin içiçeliği anlamına gelmektedir.

Greve katılan işçilerin kasıtlı ya da kusurlu hareketlerinden doğacak maddî zarardan sendikanın sorumlu tutulmasıysa (AY. 54/3), sadece anayasa hukukunu ve anayasaları ilgilendirmeyen bir hüküm olması bakımından değil, sorumluluk hukukunun "genel prensipleri"ni aşan ve ancak "objektif sorumluluk" kavramıyla açıklanmaya çalışılabilen (32) bir hüküm olmasıyla da dikkati çekmektedir.

İşverene tanınan haklar ve grev düzeni bakımından da grev eyleminin iyice etkisizleştiği görülmektedir. Özetle: grev tarihi işverene önceden bildirilir, bildirilen günde başlamayan grev düşer, işveren işyerine hammadde sokabilir, ürün ve stok çıkartabilir, grevciler işyerini terketmek zorundadır, çalışmaya devam eden ise hiçbir şekilde engellenemez, vb. (TİSGLK, 37). Sonradan çıkartılan bir Tüzük bütün bu koşulları işçiler aleyhine ve işveren lehine daha da ağırlaştırmıştır

(29) M. DEMİRCİOĞLU, "Toplu sözleşme düzeninde grev hakkı ve çıkmazları", *İktisat Dergisi*, Haziran 1985, s. 29-30.

(30) M. GÜLMEZ, "Örgütlenme ve toplu pazarlık", s. 79.

(31) 2845 sayı ve 16.6.1983 tarihli kanun md. 9/3.

(32) K. OĞUZMAN, "Yeni Anayasanın toplu iş ilişkilerini ilgilendiren hükümleri", s. 133.

(33). Bu arada, İş Kanunu'nun (md. 13) işverene tek taraflı olarak iş sözleşmesini feshedebilme olanağı verdiği de unutulmamalıdır. Nihayet, "grev oylaması"nın da (TİSGLK, 35) pratikte "grev kırıcı bir mekanizma"ya dönüştüğü, yeni işçi alıp eskisini çıkarma olanağına sahip işverenin kolayca nüfuz edebildiği bir ortam oluşturduğu belirtilmelidir.

Bütün bu olumsuz etkenler yüzündendir ki 1983-1989 arasında grev sahiplerinin kullanmaktan korkup kaçındıkları bir hak durumuna gelmiştir. İşçileri ve sendikaları saran "grev korkusu" ve "YHK'na gitme korkusu", bunları, kendileri için elverişsiz sözleşmelere imza atmak zorunda bırakmıştır (34). Bu durum ancak 1990'da değişmeye başlamıştır.

Kollektif sosyal haklarla ilgili bu toplu görünüm Türkiye'nin evrensel standartlardan ve özellikle UÇÖ organlarının koyduğu ölçülerden ne kadar geri olduğunu göstermiş olmalıdır. Gerilik önce nicelik yönündendir. Bugüne kadar 27 adet UÇÖ sözleşmesi onaylayan Türkiye bu sayıyla UÇÖ ve Avrupa ortalamasının altında ve ancak Orta Doğu ve Afrika ülkeleri düzeyindedir (35). Nitelik ve içerik açısından ise durum, yukarki örneklerin ve Sözleşme Özgürlüğü Komitesi ile Uzmanlar Komisyonu'nun da koyduğu kriterler açısından daha da belirgindir. Sendika, toplu sözleşme ve grev konuları batı ülkelerinde bir "özgürlük rejimi"ne tâbidirler; çok belli sınırlamalar dışında bu alanlarda "serbestlik kuralı" geçerlidir. O kadar ki pekçok ülkede bu alan yasayla bile düzenlenmiş ya da çerçevelenmiş değildir. Türkiye'de ise bu konulardaki hemen her türlü faaliyet yasa, idare, polis ve yargıca çarpmak, Devlet'le karşılaşmak durumundadır. İşveren kuruluşlarının taleplerini büyük ölçüde yasalaştıran ve anayasalaştıran askerî rejim, bu alanlarda da toplumun canlı güçlerini ve doğal akışkanlığını köreltme yoluna gitmiştir. Askeri rejimden sonraki yıllarda da bu konularda önemli bir demokratikleştirmeye tanık olunmuş değildir. Hatta, 1961 tarihli *Avrupa Sosyal Şartı* 1980'de onaylanırken bile, örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakları konusunda bazı "çekinceler" koyma yoluna başvurulmuştur (36).

(33) Grev ve Lokavtlarda Mülkiye Amirlerince Alınacak Tedbirlere Dair Tüzük (RG. 4.9.1986-19211). Bu Tüzük Danıştay'ca iptal edilmiş *(Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu*, E. 1986/45, K. 1987/31, Kt. 12.6.1987), daha sonra yenisi çıkarılmıştır (RG. 5.10.1989-20303).

(34) bkz. *Cumhuriyet*, 17.1.1985, 10.2.1985, s. 6; 12.4.1985.

(35) F. PEKİN, *Demokrasi, Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar*, s. 265.

(36) Avrupa Sosyal Şartı'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (No: 3581, RG. 4.6.1989-20215) ve onaylanmasına Dair Bakanlar Kurulu Kararı (89/14434, RG. 14.10.1989-20312).

X./SİYASAL HAKLAR

"Siyasal haklar" deyimi ve kategorisi; vatandaşlık, seçme-seçilme, siyasal örgütlenme, yasama organına dilekçeyle başvurabilme gibi hak ve özgürlükleri içerir. Bu bölümde ağırlık, çağımızın siyasal katılma olayının en etkili biçimi olan siyasal parti faaliyetleri üzerine kurulmuştur.

Ancak bundan önce, bütün siyasal hakların ve hatta başka pekçok hak ve özgürlüğün de temeli durumunda olan vatandaşlık hakkı üzerinde kısaca durmak gerekir. Bu hakkın son yıllarda Türkiye'de uğradığı ihlâller böyle bir girişi ayrıca gerekli kılmaktadır.

1) VATANDAŞLIK HAKKI

Her ne kadar bazı Batı Avrupa ülkelerindeki son gelişmeler vatandaş olmayanların da yerel yönetimlere seçilme ve bu seçimlerde oy kullanma haklarının kabul edildiğini gösteriyorsa da, günümüzde hâlâ "vatandaşlık", siyasal hakları kullanabilmenin önkoşuludur. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin, "Her bireyin bir vatandaşlık hakkı vardır. Hiç kimse vatandaşlık ya da vatandaşlığını değiştirme hakkından keyfî olarak yoksun bırakılamaz" formülü (md. 15) bu hakkın ayrıcalıklı konumunu belirtir. Anayasalarda da bu hak özenle korunmuştur. Özellikle, bazı yurttaşlarını bu doğal bağdan yoksun kılan totaliter rejimlerden geçmiş ülkelerde bu konuda gösterilen duyarlılık apaçık ortadadır. Federal Almanya Temel Yasası vatandaşlığın geri alınamayacağını bildirdikten sonra, vatandaşlığın kaybını da çok sınırlı durumlara indirgemiştir (md. 16). 1948 tarihli İtalyan Anayasasına göre, "Hiç kimse siyasal gerekçelerle vatandaşlıktan yoksun bırakılamaz" (md. 22). 1961 ve 1982 Türk Anayasaları da, "Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz" (md. 54 ve 66) hükmünü koymuşlardır.

Vatandaşlık bağının son bulması da mümkündür ve bunun çeşitli yolları vardır: Kendi isteği ile çıkma, vatandaşlığa alınmanın iptali, vatandaşlığın kaybına karar verilmesi (kaybettirme) ve vatandaşlıktan çıkarma. Konumuz açısından bizi ilgilendiren bunlardan son ikisidir. *"Kaybettirme"* ile *"çıkarma"* arasında, işlemin koşulları ve sonuçları bakımından farklar vardır. *"Çıkarma"*, kaybettirmeye oranla daha ağır durumlarda ve genellikle vatandaşlığı doğumla değil, sonradan

kazananlar hakkında uygulanan bir işlemdir. Fransız ve Türk Vatandaşlık kanunları bunu açıkça belirtir (1). Sonuçlar açısından da fark vardır; örneğin TVK'ya göre, "Türk vatandaşlığından çıkarılanlar hiçbir şekilde yeniden Türk vatandaşlığını kazanamazlar" ve bunların "Türkiye'de bulunan malları Hazinece tasfiye edilir. (2)"

12 Eylül 1980'den sonra yurt dışındaki bazı Türk vatandaşları hakkında *"çıkarma"* (TVK 26) değil, *"kaybettirme"* (TVK 25) yoluna gidilmiştir. Bunların sayısı, 1987 rakamlarına göre yaklaşık olarak 14 bindir. Vatandaşlığı kaybettirilenlerden 984'ü yeniden vatandaşlığa alınmış, Danıştay'a başvuranlardan 38 kişi hakkındaki *"kaybettirme"* işlemi iptal edilmiştir. "Devlet güvenliğine aykırı faaliyette bulunma" gerekçesiyle TVK 25/g hükmü uyarınca vatandaşlığı kaybettirilenlerden ise beş kişi Danıştay'a itiraz etmiş, bunlardan dördünün itirazı reddedilmiştir (3).

TVK 25 uyarınca *"kaybettirme"* işleminin nedenleri çeşitlidir. Uygulamada en çok, askerlik çağrısına uymayanlar (md. 25/ç) buna konu olmuşlardır. İkinci blok, "Yurt dışında bulunup da Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenlik ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî veya mali güvenliği aleyhinde faaliyette bulunan yurt içinde bu tür faaliyetlerde bulunup da her ne suretle olursa olsun yurt dışına çıkan ve hakkında Türkiye'de bu nedenle kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına olanak bulunmayan ve gelmesi için yapılan duyuruya rağmen üç ay içinde, Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bir ay içinde yurda dönmeyenler"dir. Bu hüküm yenidir ve 12 Eylül rejimi döneminde yasanın 25. maddesine (g) fıkrası olarak eklenmiştir (4).

Bu hükme dayanılarak yurttaşlık hakkı kaybettirilenler arasında herhangi bir terör eylemiyle ilgisi olmayan siyasal muhalifler de vardır. Bunlar, askerî rejime ve askerî yargıya güven duymadıklarından olsa gerek, "yurda dön" çağrısına uymamışlardır. Türk makamları bazan bunların ifadelerinin bulundukları ülkenin yetkili mercileri tarafından alınmasını istemişlerdir. Bu ülkelerde "düşünce suçu" bulunmadığından bu istekler geri çevrilince de, soruşturmaya başlanamamış, sonuçta bu kişilerin yurttaşlık haklarının kaybettirilmesi yoluna gidilmiştir. Görülüyor ki, vatandaşlığı kaybettirme, bir ceza olarak uygulanmaktadır. Ama cezalandırma nedeni bir mahkumiyet değil,

(1) R. AYBAY, *Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku*, AÜSBF yay., Ankara 1982, s. 104-105; N. ULUOCAK, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, Filiz ktb., İstanbul 1984, s. 99; H. FİŞEK, "Türk Vatandaşlığı Kanunu açısından vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler", *F. H. Sur'a Armağan*, AÜSBF yay., 1983, s. 381-399.

(2) 11.2.1964 tarih ve 403 sayılı TVK., md. 35 (RG. 22.2.1964-11638).

(3) *Cumhuriyet*, 11.4.1987.

(4) Kanun No: 2383, Kt. 13.2.1981

kişinin "yurda dön" çağrısına uymamasıdır (5). TVK 25'e eklenen (g) fıkrasıyla, *"kaybettirme/çıkarma"* farkı da iyice silikleşmiş, nisbeten daha hafif bir önlem olması gereken *"kaybettirme"* işlemi, *"çıkarma"* cezasına dönüşmüştür. Çünkü artık, Türkiye Cumuhuriyeti'nin iç ve dış, iktisadî ve malî güvenliği aleyhine faaliyetler yüzünden vatandaşlığı *"kaybettirme"* (md. 25/g) koşulları ile, *"çıkarma"* (değişik md. 26) koşulları, faaliyetlerin niteliği ve usuller (yurda dön çağrısı, süreler, vb.) bakımından aynıdır. Tek fark kişiler bakımındandır: Savaş hali dışında *"çıkarma"* Türk vatandaşlığını sonradan kazanmış kişiler için uygulanabilecek bir işlemdir. Ama, yurttaşlıktan yoksun bırakmanın nedenleri her iki hükümde de aynı olduğu için, ilgili kişi doğuştan Türk vatandaşı ise hakkında *"çıkarma"* değil, *"kaybettirme"* kararı verilmektedir. Böylece, her iki şıkta da ulaşılan ilk sonuç birdir: Vatandaşlık durumunun ortadan kalkması. 2383 sayılı yasa değişikliğiyle, sıkıyönetimde ve olağanüstü hallerde Türk vatandaşlığını kaybedenler hakkında da, tıpkı vatandaşlıktan çıkarılanlar gibi, mal tasfiyesine gidilmesi öngörüldüğünden, kaybettirme ile çıkarma arasında, sonuçlar açısından bir başka benzerlik daha yaratılmıştır. Sonuçlar bakımından varlığını sürdüren tek fark, haklarında çıkarma kararı verilenlerin, bir daha vatandaşlığa alınamamalarından ibarettir. Böylece, değişik 25 ve 26. maddelerin maddî bakımdan birbirinin aynı olan hükümleri, Türk vatandaşlığını sonradan alanlara uygulandığında *"çıkarma"*, doğuştan Türk vatandaşı olanlara uygulandığında ise *"kaybettirme"* adını almakta, bir daha vatandaşlığa alınıp alınmama konusu dışında da aynı sonuçları doğurmaktadır. Dolayısıyla, *"kaybettirme"* ile *"çıkarma"* arasında, işlem koşulları (eylemlerin türü, vatandaşlığın doğuştan ya da sonradan kazanılmış olması, vb.) arasında bulunması gereken ağırlık farkı da silinmiştir. Kısacası, vatandaşlıktan çıkarılamayana, vatandaşlığı kaybettirilmiş olmaktadır. Durum, "Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz" (AY. md. 66/4) hükmünün de arkasından dolanılması anlamına gelmektedir. Tablo bir başka açıdan 1950'li yılların uygulamasına da geri dönüş anlamını taşımaktadır. Doğuştan ya da sonradan Türk vatandaşı gibi ayrımları kabul etmeyen 1312 sayılı eski TVK'nın 10. maddesine dayanılarak Nazım Hikmet, Türk vatandaşlığından çıkarılmıştı (6).

(5) Y. SAYMAN, "Vatandaşlık hakkı", *Görüş*, Ocak 1987, s.19; K. DÜZGÖREN/A. ÖZLÜ, "Vatansız bırakılanlar", *Milliyet*, 24.3.1987; *Nokta*, 14.6.1987, s.19.

(6) Bakanlar Kurulu'nun 25.7.1951 tarihli kararnamesi (RG. 15.8.1951). "...Komünizmi yaymak maksadını güden neşriyatıyla Sovyet Hükümetinin verdiği hizmeti ifa etmekte olan maruf komünist Nazım Hikmet Ran'ın kendisine bu hizmeti terk etmesi hususunda yapılacak tebligatın bir fayda vermeyeceği mülahaza"sıyla, 1312 sayılı yasanın öngördüğü koşullara bile uyulmadan yurttaşlıktan çıkarılmasındaki hukuka aykırılıklar ayrı bir konudur.

Bugün yürürlükte olan 403 sayılı kanunun değişik maddeleri ise (md. 25 ve 26), aynı sonucun *"kaybettirme"* işlemi yolu ile elde edilmesine olanak sağlamıştır.

Bu maddelerde sözü edilen "aleyhte faaliyetler"in neler olduğu, TVK'nın uygulanmasına ilişkin Yönetmelik'te (7) yapılan bir değişiklikle (md. 37) gösterilmek istenmiştir (8). Buna göre, "Türkiye Cumhuriyeti'nin iç ve dış güvenliği aleyhine faaliyetler"den kasıt, TCK'da yeralan "Devletin arsıulusal (uluslararası) şahsiyetine karşı cürümler" ile "Devlet kuvvetleri aleyhine cürümler"dir. TCK md. 125 ile 163 arasında yeralan bu suçlar arasında, uluslararası derneklere hükümetin izni olmadan "iştiraki" sadece para cezasıyla cezalandıran hükümler (md. 143) de vardır. Böylece, cezası 30 bin lirayı aşmayan bir suçtan dolayı yurttaşlığın kaybı mümkündür. Aynı şekilde, hükümete ya da cumhurbaşkanına hakaret (md. 153, 159) gibi, eleştiri özgürlüğüyle karıştırılması kolay suçları işlemiş sayılmak da bu sonucu doğurabilir. Adalet Bakanı gibi siyasal bir kişinin bu konularda Cumhuriyet Savcısına dava açma emri verebilmesiyse (CMUK. 148) durumu daha da ciddileştirmektedir. Böylece, TVK. 25 başlığı "Vatana Bağlılıkla Bağdaşmayan Eylemler" iken, bu maddeye sonradan eklenen (g) fıkrası ve bunun uygulanması için çıkarılan Yönetmelik, "vatana bağlılık" yerine "iktidara bağlılık" kuralını getirerek, hem yasayı hem de Anayasayı bu noktada aşmıştır. Aynı Yönetmelik, "Türkiye Cumhuriyeti'nin iktisadî ve mali güvenliği aleyhinde faaliyetler"i açıklamaya ise hiç yanaşmamaktadır. Bu yüzden, bunların "kapsamına hangi suçların girdiği, "belli somut olaylarda Bakanlar Kurulu'nun anlayış ve görüşüne bırakılmış görünmektedir" (9). Bunun, en az yukarki durum kadar vahim bir keyfilik örneği olduğu ortadadır.

2) PARTİLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Siyasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasında en etkili araç siyasal partidir. Siyasete katılma, iktidarı kullanma ve karar alma süreçlerini etkileme konusunda siyasal partiler rakipsiz bir rol ve ağırlığa sahiptir.

"Siyasal Haklar" bölümünün bu kesiminde, esas olarak örgütlü siyasal faaliyet olayı üzerinde durulacaktır. Parti üyeliği gibi bireysel haklara da yine bu "kollektif özgürlük" çerçevesi içinde değinilecektir.

(7) RG. 1.7.1964-11742.

(8) RG. 1.3.1981-17286.

(9) T. KAZAN, "Yurttaşlığı yitirme kararları", *Cumhuriyet*, 3.9.1986 ve "Yurttaşlık ve Pasaport sorunu", *Cumhuriyet*, 30.7.1987; E. NOMER, "Türk Vatandaşlığı Kanunundaki Değişiklikler", MHB, yıl 1, sayı 1, s. 18.

Bir kez daha hatırlatmak gerekirse buradaki zaman dilimi de, 1983'den sonraki rejim koşullarını ve bunun hukukî verilerini içermekte, askerî rejim dönemine uzanmamaktadır. Ama bu, askerî rejimin siyasal partileri yeniden biçimlendirme konusunda almış olduğu ve bugün de etkileri devam eden kararların önemini gözardı etmek anlamına alınmamalıdır. Aslında bugünkü partiler tablosu hâlâ, MGK'nın "tepeden inmeci" ve "kendi ütopyasını zorla kabul ettiren" bir tavırla almış olduğu (10) "siyasî partilerin feshi" kararının ve 1983 seçimlerinde uyguladığı vetoların izlerini taşımaktadır.

Siyasal Partinin Tanım ve İşlevinde Yenilik

13 Temmuz 1965 tarih ve 648 sayılı eski Siyasî Partiler Kanunu (SPK) partileri tanımlarken, bunların *"toplum ve devlet düzenini ve kamu faaliyetlerini... yönetme, denetleme ve etkileme"* işlevlerini özellikle vurgulamıştı (md. 1/1). Yeni SPK'da ise (11) bu türden aktif bir rol ve işleve yer verilmemiştir. Eski yasadaki ifadeleri benimseyen DM Anayasa Komisyonu'nun görüşü Genel Kurul'da tepkiyle karşılanıp metin dışı bırakılmıştır. Yeni yasanın partilere tanıdığı işlev *"millî iradenin oluşumu"nu sağlamak ve "çağdaş medeniyet seviyesine ulaşma amacını gütmek"*ten ibarettir (md. 3). Gerçi Federal Alman Temel Yasası da "Partiler, *halkın siyasal iradesinin* oluşumuna yardım ederler" (md. 21/1) biçiminde bir ifade taşır ama, bunun Türkiye'deki iki yasa arasındaki yaklaşım farkını örtbas etmeye yetmeyeceği kesindir. Kaldı ki, Almanya'daki düzenleme biçiminin, demagojik ve demode bir kavram durumuna gelmiş bulunan ve Türkiye'de çoğunluk istibdadını meşrulaştırmak isteyen siyasetçilerin sahip çıktığı *"millî irade"* mistifikasyonundan daha az sakıncalı olduğu da açıktır.

Siyasal partilere pasif ve silik ve bir rol verme isteğini daha tanım cümlesinde gösteren zihniyet, partilerin kurulması ve faaliyetleriyle ilgili genel kuralın düzenlenişine de yansımıştır. 1961 Anayasasının "Siyasî partiler, önceden izin almadan kurulur ve *serbestçe faaliyette bulunurlar"* (md. 56/3) hükmü, 1982 Anayasasında (Siyasî partiler, önceden izin almadan kurulurlar ve *Anayasa ve kanun hükümleri içinde faaliyetlerini sürdürürler"* (md. 68/3) şeklinde dönüşmüştür. Vurgu, eski metinde serbestlik, yenisinde ise daha baştan sınırlılık üzerinedir.

(10) bkz. M. MUMCUOĞLU, "2533 sayılı kanunla siyasal partilerin kapatılması olayına bir değişik yaklaşım", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1988, s. 349-360. Siyasal partilerin feshedilmesi ilkin yüksek Askeri Şûra'da tartışılıp karara bağlanmış ("Kenan Evren'in Anıları/2", *Milliyet*, 29.12.1990, ardından MGK tarafından Siyasî Partilerin Feshine Dair Kanun (No: 2533, Kt. 16.10.1981) çıkarılmıştır.

(11) No: 2820, Kt. 22.4.1983 (RG. 24.4.1983-18027).

Gerçi parti kurmak yine serbesttir, izne bağlı değildir, ama bu ilke, parti kurmak için biraraya gelenlerin yargılanmasına da engel olmamıştır (12).

Siyasal partilere tanınan alan ve işlev "çağdaş medeniyet seviyesine ulaşma amacı gütme" (SPK md. 3), "Atatürk ilke ve inkılaplarına bağlı olarak çalışma" (md. 4/1), Anayasanın "Başlangıç kısmında belirtilen temel ilkelere aykırı" düşmeme (md. 5/2) gibi, hukukî içeriği belirsiz, çoğulculuğa ve siyasal partinin doğasına aykırı sınırlarla çerçevelenmiştir. Bunların mahkemelerce bile anlaşılması ya da yorumlanması zordur ya da keyfi yorumlara yolaçmaları olasılığı vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Huzur Partisi'nin kapatılmasına karar verirken, SPK'nın Anayasa Başlangıcına aykırılığı kapatma sebebi saymasından yola çıkarak (md. 78 ve 101) "Atatürkçü düşünceye ve Türk Devrimine ters düşüldüğü" şeklinde bir gerekçeye de dayanmıştır (13).

Parti Kuruculuğu ve Üyeliği

SPK md. 8'e göre parti kurucularının "milletvekili seçilme yeterliğine sahip" olmaları gerekir. Milletvekili Seçimi Kanunu ise, TCK İkinci Kitap Birinci Bap'ta yazılı suçlardan (Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler) mahkûm olanların "affa uğramış olsalar bile" milletvekili seçilemeyeceklerini buyurmuştur (md. 11). Bu durumda; sözkonusu bölümde yer alan çok sayıdaki "düşünce suçu"ndan hüküm giymiş olanlar, milletvekili seçilemeyecekleri gibi parti kurucusu da olamayacaklardır. Cumhurbaşkanına hakaret ya da "düşünce suçu" işlemiş olanların, siyasal haklarının önemli bir bölümünden yoksun kılınmalarını demokratik esaslarla bağdaştırmak imkansızdır. "Affa uğramış" olanların bile bu haktan yoksun bırakılmalarını anlamak ise bütün bütüne zordur. Çünkü af, kural olarak cezanın bütün sonuçlarını silen bir işlemdir. Yukarda anılan düzenlemelerin "geçmişe etkili"

(12) Sosyalist Parti Girişim Komitesi üyelerinin yargılanması buna örnektir. İstanbul DGM Savcısının, parti kurma girişiminde bulunanların ifadesini alması "İzinsiz parti kurma hakkı"nın ihlâlidir. İddianamede, "sanıkların kurmayı tasavvur ettikleri parti... işçi sınıfı diktatoryasını temine matuf"tur denmesi ve TCK 141/1 ve 142/1-6'dan ceza istenmesi bunun daha da ileri bir biçimidir. Asıl ilginci, iddianamenin düzenlendiği tarihte (15.3.1988; Haz. No: 1987/451, E. 1988/45) bu parti kurulmuş ve hatta hakkında Anayasa Mahkemesinde kapatma davası açılmış bulunuyordu. Böylece, C. Başsavcılığı ve Anayasa Mahkemesi'nin de alanına el atılmış olunuyordu.

(13) E. 1983/2 (Parti Kapatma), K. 1983/2, Kt. 25.10.1983 (AYMKD., sayı 20, s. 364).

olması ve 1983 öncesinde hüküm giyip affa uğramış olanları bile parti kurucusu olma hakkından yoksun bırakması tehlikesi ise, Anayasa Mahkemesinin isabetli bir yorumuyla engellenmiştir (14).

Üyelik konusundaki öbür kısıtlamalara gelince (AY md. 68/son); silahlı kuvvetler mensupları, kolluk görevlileri, yargıç ve savcılarla ilgili yasaklamaları anlayabilmek güç değildir. Ama, tüm kamu görevlileri, yüksek öğretim elemanları ve öğrenciler için konan yasaklar için aynı şey söylenemez. Bu kesimlerin siyasal partilere üye olmalarının yasaklanması, batı demokrasileri standartlarına uymamakta, siyasal katılma ve eşitlik ilkelerine de ters düşmektedir. Üstelik bunların bir bölümü yakın geçmişe kadar bu haktan yararlanabiliyorlardı. 1971 Anayasa değişikliğine kadar üniversite öğretim üyelerinin üye olma (ve parti merkez organlarında görev alma) hakkı Anayasada gösterilmişti. Yine eski SPK yalnız lise ve dengi ve daha alt kademedeki öğrenim kurumlarının öğrencilerine bu hakkı tanımamıştı (md. 8). Bugünse, 21 yaşını bitiren kişi, öğrenci değilse bu hakka sahip, öğrenciyse sahip değildir (SPK md. 11). 21'in üzerindeki öğrenim gençliğini, öğrenci olmayan yaşıtlarının sahip olduğu bir haktan yoksun bırakmak, çelişik, anlamsız ve eşitsiz bir tutum olduğu kadar, bir "cezalandırma" niteliğindedir. "Yirmibir yaşını dolduran"lara seçme hakkı tanıyan Anayasa hükmünün değiştirilip "Yirmi yaşına giren"lere, yani 20 yaşından gün alan herkese bu hakkın tanınmasıyla (AY. md. 67/3), üyelik yaşını seçmenlik yaşıyla bir tutan 1938 tarihli Cemiyetler Kanunu (md. 3) ve üyelik yaşını rüşt yaşıyla bir tutan 1965 tarihli eski SPK. (md. 8) uygulamalarından 50 yıl sonra ilk defa olarak üyelik yaşı seçme yaşının üstünde kalmış bulunmaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesi, Cemiyetler Kanunu'nun siyasî derneklere (partilere) üyelik yaşını "mebus seçme hakkı"na sahip olma koşuluna bağlayan hükmünü Anayasaya uygun bulurken (15), üstü örtülü biçimde de olsa buradaki denkliğe de dayanma yoluna gitmişti.

Üyelik konusundaki bir başka önemli nokta, Anayasa'daki engellerin yeni SPK tarafından daha da genişletilmiş olmasıdır. Şöyle ki; özel yasayla kurulmuş banka ve teşekküllerin yönetici, denetleyici ve memurları, yasayla gelir sağlayan kamuya yararlı derneklerin merkez kurullarında görev yapanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, yüzkızartıcı suçlardan, kaçakçılık suçlarından, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma ya da devlet sırlarını açığa vurma suçlarından ya da herhangi bir suçtan dolayı ağır hapis ya da taksirli suçlar dışında üç yıl veya daha fazla hapis cezasına mahkûm olan, TCK Birinci Kitap

(14) E. 1989/5 (Siyasi Parti İhtar), K. 1990/1, Kt. 22.2.1990 (RG. 4.4.1990-20482).

(15) E. 1963/69, K. 1965/16, Kt. 16.3.1965 (AYMKD, sayı 3, s. 95).

Birinci Bap'taki suçlardan ya da bunların işlenmesini aleni olarak tahrikten, yine TCK md. 312/2'deki tahrik suçundan ya da md. 536/1-3 ya da 537/1-5'teki eylemleri (duvarlara yazı yazmak, vb.) "siyasî ve ideolojik amaçlarla işlemek"ten mahkûm olanlar siyasal partilere üye olamazlar (SPK md. 11). Üye olması yasaklananların kapsamının bu ölçüde genişletilmesi Anayasaya da ters düşmekteyse de, bu hükümlerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir (AY Geçici md. 15).

Siyasal parti değiştirme, bir partiden çıkıp bir başkasına üye olabilme özgürlüğünü kısıtlayan bir düzenleme de milletvekilleriyle ilgilidir. Anayasa'nın 84. maddesi, "partisinden istifa ederek; bir başka partiye giren veya seçim hükûmetleri hariç Bakanlar Kurulunda görev alan(ların)... üyeliğinin düşmesine (TBMM) üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verilir" demektedir. 1980 öncsindeki bazı kuşkulu parti değiştirme olaylarının ve madde gerekçesindeki ifadelerle "iktidar değişiklikleri"ne yolaçan "dalgalanmaların önlenmesi" amacıyla konan bu hüküm milletvekillerinin siyasal (parti seçme) özgürlüğünü kısıtlayan bir düzenlemedir. Dahası bu madde 1984'ten bu yana iktidar partisine ve başkanına siyasal şantajlarda bulunma, Anayasayı askıya alma teminatı verme şeklinde yeni usulsüzlüklere girişme olanağı sağlamıştır. Maddenin değiştirilmsi yolundaki çabalar da göstermelik olmaktan ileri gitmemiştir. Bu kısıtlayıcı ve gereksiz hüküm, "hülle partileri"nin de doğumuna yol açmıştır (16).

Faaliyet Özgürlüğü

1982'den sonra oluşturulan yeni hukuk düzeninde siyasal partiler, tüzükleri, programları ve faaliyetleri açısından Anayasa ve yasa çemberine sıkıştırılmıştır. Bunların tüzük, program ve faaliyetleri Anayasa ve Kanun hükümlerine aykırı olamayacağı gibi, tüzük ve programları dışında faaliyette bulunmaları da yasaktır (AY 69; SPK 90). Böylece Anayasa bütün partiler için adeta *"ortak parti programı"* haline gelmekte, partilere de Anayasa'yı uygulamaktan başka bir alan pek kalmamaktadır.

Bu durum, büyük çapta, Anayasa'nın da değiştirilemez hale gelme-

(16) bkz. "84. Madde tartışması", *Yeni Gündem*, sayı 32, 18.10.1985, s. 8-11; "Açık Oturum", *Tercüman*, 20.7.1985; Ş. AKYOL, "84. madde ve siyasal sorumluluk", *Milliyet*, 5.10.1985; S. REİSOĞLU, "Milletvekilliğinin düşmesi şart değil", *Milliyet*, 9.10.1985; E. ÖZBUDUN, "Bir yılan hikayesi: 84. madde", *Cumhuriyet*, 10.10.1985; Y. SABUNCU, "84. madde ve Anayasa değişikliği önerisi", *Güneş*, 25.11.1985; A. GÖKÇE, "84. madde üzerinde siyasî oyun", *Milliyet*, 28.9.1985; H. GÖKTAŞ, "Milletvekili pazarı", *Güneş*, 16.11.1989 ve devamı (dizi).

si demektir. Siyasal hayatın bütün sorunlarının ve taktiklerinin önceden kestirilip programa bağlanamayacağı gerçeği de hatırlanacak olursa, bu kayıtlamaların ne kadar daraltıcı nitelikte olduğu da kendiliğinden anlaşılır. Bu durumda, partinin daha hiçbir faaliyeti yokken sırf programındaki aykırılıklar nedeniyle Cumhuriyet Başsavcılığınca "denetlenmesi" ve kapatma istemiyle Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkün olduğundan (SPK 9), programındaki alternatif önerilerinden dolayı kapatılması olasılığı da vardır. Nitekim Huzur partisi ile Sosyalist Parti hakkındaki kapatma davaları bunların kurulmalarından hemen sonra açılmış, partilerin faaliyete geçmeleri beklenmemiştir. Huzur Partisi'nin kapatılmasına neden olan program maddelerinin din derslerinin üniversitede de okutulması ve alfabenin geliştirilmesi gibi önerilerden ibaret olması yukarki kaygıları besleyici örneklerdir.

"Siyasi parti kurma hakkı"nın alanıyla ilgili Anayasa (md. 14, 68) ve yasa (md. 5, 78) sınırlarının darlığına ilişkin bir örnek de komünist parti(ler)in durumudur. Batı tipi barışçı ve siyasal demokrasiye saygılı komünist partilerin Türkiye'de de kurulabilmesi yolunda dileklerini açıklayan Cumhurbaşkanı Evren'in bu partiler için bile Anayasa'nın (md. 14) ve yasanın engel oluşturduğu düşüncesini savunması, siyasal partilere tanınan alanın ne kadar dar algılandığı ya da tutulduğu konusunda bir fikir verir.

"Serbestçe faaliyette bulunabilme" ilkesi açısından, partilerin köy örgütü kuramamaları da, nüfusun önemli bölümünün kırlık alanda yaşadığı bir ülkede ağır sonuçlar yaratan bir kısıtlamadır. Böylece köylüler siyasal faaliyet ve katılımdan, partiler de köylük alanda örgütlenme hakkından yoksun kalmaktadır. 27 Mayıs 1960 askerî müdahalesine kadar siyasal partiler köy, bucak ve mahalle düzeyinde örgütlenebiliyordu. Bu tarihten sonra, Millî Birlik Komitesi'nin çıkardığı bir yasayla (17) il ve ilçe merkezleri dışında örgütlenmeye son verildi. 1965 tarihli SPK da bu yasağı sürdürdü (md. 17/2). Bu kayıtlamalar, siyasal kutuplaşma ve bölünmeleri önleme gerekçesine dayandırılıyordu. 1980'den sonra Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun ilk taslağında partilerin köy ve mahalle örgütleri öngörülmüşken, Genel Kurul ve MGK bunu kabul etmedi (md. 7). Üstelik, eski yasadaki "köy ya da mahalle muhtarlık bölgeleri parti görevlileri" de yenisinde yeralmadı. Yurttaşların eşit siyasal katılım haklarını zedelediği kadar partilerin serbestçe faaliyette bulunmasını da engelleyen bu durum, 1987'de yasada yapılan bir değişiklikle "belde teşkilatları"na (Belediyesi olan yerler) izin verilerek bir ölçüde yumuşatılmış bulunmaktadır (18).

(17) Kanun No: 8, Kt. 4.7.1960 (RG. 6.7.1960).
(18) Kanun No: 3370, Kt. 21.5.1987 (RG. 26.5.1987-19471).

Parti sicili konusunun yeni durumu da, *"serbestçe faaliyet"* ilkesine Anayasa'da yer verilmeyişini anlamlı kılacak niteliktedir. Eski SPK, "Anayasa Mahkemesinde siyasi partiler için bir sicil tutulur. Siyasi partiler sicilinde hangi belge ve bilgilerin bulunacağı ve sicilin nasıl tutulacağı Anayasa Mahkemesi içtüzüğü ile tespit edilir (fıkra 1). Bu sicil herkese açıktır" (f. 2) diyordu (md. 7). Bu içtüzüğün 1. Ek maddesi sicile konacak bilgileri, partinin adı, adresi, merkez organları ve taşra kuruluşları, tüzük, program ve yönetmelikleri olarak sınırlamıştı (19). Bunların dışında bilgi verme ve isteme zorunluluğu yoktu ve bu hüküm bu kadarıyla "serbestlik" ilkesini zedelemiyordu (20). Yeni SPK ise sicil tutma görevini Anayasa Mahkemesi'nden alıp Cumhuriyet Başsavcılığı'na vermiştir. Ayrıca yukardaki bilgilere ek olarak, "partinin faaliyetlerini düzenleyen *her türlü yönetmelikler ve diğer yayınlar"*, partinin bütün üyelerinin ve merkez ve çevre organlarında görev alan yöneticilerin *tam kimliği* ve C. Başsavcılığınca istenecek *"diğer bilgi ve belgeler"* de bu sicile işlenir (md. 10). Bütün parti üyelerinden başlayıp parti içi genelge ve kararlara kadar hemen her şeyin ve bu arada bir partinin gizli kalması gereken siyasal taktik ve hedeflerinin de Devlet'e bildirilmesini zorunlu kılan bu hükmün özellikle muhalif partiler için ne kadar sakıncalı olduğu meydandadır. Asıl önemlisi, Devletin bu şekilde, siyasal partiler dünyasında hiçbir özel alan bırakmamacasına herşeyi bilmesi, partilerin toplumun değil, devletin birer parçası olarak görüldüğü çağrışımını uyandırmaktadır (21). Devlet, kendisinden beklendiği halde göstermediği saydamlığı, hakkı olmadığı bir yerden, sivil toplum kuruluşlarından istemektedir.

3) PARTİLERİN KAMU OLANAKLARINDAN YARARLANMA HAKKI

Partilerin devlet ve kamu olanaklarından yararlanma hakları, bunların "faaliyet özgürlüğü"nü de şu ya da bu yönde etkileyen bir "faktörler grubu"dur. Burada bunlardan ikisine, "kitle iletişim araçlarından yararlanma" ile "partilere devlet yardımı" konularına değinilecektir.

Kitle İletişim Araçlarından Yararlanma

Kamu tüzel kişilerinin elindeki kitle iletişim araçlarından, Radyo, TV antenlerinden yararlanmak, partiler için en etkili propaganda ve

(19) RG. 5.5.1966-12291 ve 27.6.1967-12632.

(20) E. TEZİÇ, Siyasî Partiler, Gerçek yay., İstanbul 1976, s. 35.

(21) D. PERİNÇEK, *Anayasa ve Partiler Rejimi*, Kaynak yay., İstanbul 1985, s. 116-117.

görüş bildirme yoludur. 1961 Anayasası bu yoldaki yasal düzenlemenin "demokratik esaslara ve hakkaniyet ölçülerine uygun" olmasını istiyor, "Kanun, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşumunu köstekleyici kayıtlar koyamaz" diyerek (md. 26), hem partilerin, hem de kamuoyunun haklarını gözetiyordu. 1971 Anayasa değişikliğinden sonraysa, partiler için bu kanallardan yararlanma, halk için "düşünce ve kanaatlere ulaşma" hakkı ve "kamuoyunun serbestçe oluşumu" ilkesi, "Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, insan haklarına dayanan milli, demokratik, laik ve sosyal Cumhuriyetin, millî güvenliğin ve genel ahlâkın korunması" çerçevesine sokulmuştur. 1982 Anayasası *"demokratik esaslara ve hakkaniyet ölçülerine uygunluk"* ölçüsünü bile benimsemediği gibi, yararlanma hakkını 13. maddedeki daha da geniş ve esnek yasaklarla sınırlamıştır (md. 31). Bu düzenlemenin, tekel durumundaki TRT kurumuna parti görüşlerini sansür yetkisi verdiği açıktır. Öteyandan, hükümet icraatının tanıtılması adına çoğunluk partisine yayın ayrıcalığı tanıyan TRT Kanunu da eşitlik ilkesine ters düşmekte, muhalefetin haklı yakınmalarına yolaçmaktadır. Ne var ki bu düzenlemenin, artık "demokratik esaslara ve hakkaniyet ölçülerine uygunluk" ölçütüne yer vermeyen bir Anayasaya aykırılığı biraz tartışma götürür hale gelmiştir. Kaldı ki bu hükmün de Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir (AY Geçici md. 15).

Seçim kampanyaları sırasında *Radyo/TV* antenlerinden nasıl yararlanılacağı da yukarki sorunun bir parçasıdır. Bu konuda batı ülkelerinde üç ana sistem vardır: İktidar-muhalefet eşitliği, partiler arasında mutlak eşitlik ve partilere güçlerine göre söz hakkı tanınması (22). Seçenek bolluğunun sağladığı bu esneklik, herhangi bir ulusal sistemin ve bu arada Türk uygulamasının kolayca eleştirilebilmesine de engeldir. Ancak, Türkiye'de uzun yıllardan beri bu alanda uygulanan "partilerarası eşitlik" ilkesinden ayrılmayı ifade eden son yasa değişiklikleri bir bütün içinde değerlendirildiğinde bazı somut noktalara varılabilir (23).

İlkin; 298 sayılı yasanın öngördüğü ve en az 90 gün devam eden seçim süresi yasaklarını oy verme gününden önceki 21 günlük propaganda süresi ile bağlantılı duruma getiren yasa değişikliği (24) aslında iktidar partisi yararına, seçim süresi yasaklarını en az 90 günden 21 güne indirmişti. Anayasa Mahkemesi bunu Anayasaya aykırı bul-

(22) S. GIULJ, *Le s tatut de l'opposition en Europe*, La Documentation française, Notes et études documentaires, 1980, p. 79, vd.

(23) Bu konuda, bütün bilgi, kaynak ve yorumlarda H. S. TÜRK ("Anayasa Mahkemesi ve seçim propagandası", *Cumhuriyet*, 2.11.1987, s. 13)'ten yararlanıldı.

(24) Kanun No: 3330, Kt. 19.2.1987.

madı(25). Daha sonra propaganda süresi de 21 günden 10 güne indirildi (26). Bu da, "iktidar partisinin uyacağı seçim yasakları süresinin 10 güne indirilmesi" ve ona avantaj tanınması anlamındayken, Anayasa Mahkemesi bunu da Anayasaya aykırı bulmadı (27).

Öteyandan, yasanın 52. maddesi değiştirilerek partilerarası eşitlik ilkesinden ayrılınmış, mecliste grubu bulunan, temsil olunan ve meclis dışında kalan partilere farklı sürelerle konuşma hakkı tanınmış (28), Anayasa Mahkemesi bunda da Anayasaya aykırılık görmemiş, seçim propagandası konusunda "her ülkenin kendi koşullarına uygun" düzenlemeler yapabileceği, aralarında "büyüklüklerine göre fark" bulunan partiler için "ayrı düzenleme" yapılmasının "eşitlik ilkesini zedelemeyeceği" sonucuna varmıştı (29). Oysa partilerin seçime katılmaları olgusu, "aynı durumda" bulunduklarını da ortaya koymaktaydı. Anayasa Mahkemesi kararının verilişinden bir gün sonra yapılan bir değişiklikle (md. 52) propaganda süreleri iktidar partisi yararına olmak üzere bir kez daha değiştirildi (30). Daha sonra, maddede yapılan bir başka değişiklikle, oy verme gününden önceki son 15 gün içinde TRT haber bültenlerinin seçimlerle ilgili parti metinlerinin yayımlanmasına ilişkin son fıkrası yürürlükten kaldırılarak (31), yerel seçimlerde bunların yararlanabileceği son olanak da yok edildi; ve gariptir ki bu değişikliğe karşı iptal davası yoluna da gidilmedi.

İktidar partisine, oy verme gününden önceki son 10 güne kadar devlet olanaklarını seçim avantajı olarak değerlendirme fırsatı veren, muhalefet partilerinin devlet tekelindeki radyo ve televizyon antenlerinden yararlanma hakkını asgariye indiren, siyasal partilerin ve bağımsız adayların serbestçe propaganda yapabilecekleri süreyi son derece kısaltan bütün bu değişikliklerin, sandık başına gitmeden önce kamuoyunun serbetçe oluşmasını engelleyici nitelikte olduğu, dolayısıyla Anayasanın 13. maddesinde sözü edilen "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı" düştüğü söylenmelidir. Anayasa Mahkemesi ise, bu değişiklikleri bütünsel anlamı içinde ele almadığı içindir ki, farklı sonuçlara varmış bulunmaktadır.

(25) E. 1987/6, K. 1987/14, Kt. 22.5.1987 (RG. 18.9.1987-19578).
(26) KanunNo: 3403, Kt. 10.9.1987.
(27) E. 1987/23, K. 1987/27, Kt. 9.10.1987 (RG. 14.10.1987-19604).
(28) Kanun No: 3270, Kt. 28.3.1986.
(29) E. 1986/17, K. 1987/11, Kt. 22.5.1987 (RG. 18.9.1987-19578).
(30) Kanun No: 3377, Kt. 23.5.1987.
(31) Kanun No: 3403, Kt. 10.9.1987.

Siyasal partilere ***hazine yardımı***, kamusal/özel, devlet/parti, iktidar/muhalefet ayrılığı ilkeleri ile muhalefetin siyasal bağımsızlığı ve özgürlüğü gibi noktalarda önemli sonuçlar yaratır. Hazine yardımını öngören ülkelerden bazılarının (İtalya, İngiltere, Federal Almanya), bunu seçim giderleri çerçevesiyle sınırlamaları dikkat çekicidir (32). Genel ve sürekli bir devlet desteğinin yukarda sıralanan ilkeleri bozabileceği endişesi bunun başlıca dayanağıdır. Konu, anayasal yargı düzeyinde Federal Almanya'da ve Türkiye'de mahkeme içtihatlarında da tartışılmıştır.

Federal Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesinin eski kararlarından bazılarında devlet yardımı konusunda birtakım açıklamalara girişmiş olması (33), bu yardımın ilke olarak Anayasaya aykırı olmadığı yolunda anlaşılmıştı. Ama mahkeme 1966 ve 1979'daki kararlarında hazine yardımını ilke olarak Anayasaya aykırı buldu. Buna göre; partilerin tüm faaliyetlerinin federal bütçeden desteklenmesi, halkın devlet organlarına karşı açıkça ve özgürce iradesini belirleyebilme hakkını içeren demokrasiyle bağdaşmazdı. Buna karşılık seçim kampanyası için hazine yardımında ilkeye aykırılık yoktu, çünkü seçimler kamusal görevdi; bundan sorumlu olan devlet, zorunlu ve ölçülü yardımda bulunabilirdi (34). Ama yüksek mahkemenin koyduğu bu ilke, partilerin yüksek tutardaki yardımları yıllık avanslar biçiminde almaya başlamaları ve bunun da yine Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya uygun bulunması sonucunda, pratik değerinden hayli kaybetmiş oldu (35).

Türkiye'de 1961 Anayasası hazine yardımını öngörmüş değildi; bunu 1965 tarihli SPK düzenledi (md. 74 ve Geçici mad. 4). 1967'de CHP'den ayrılanların kurduğu Güven Partisi'ni de bundan yararlandırmak isteyen çoğunluk partisi üyelerinin oylarıyla 74. madde değiştirildi (36). Bunun üzerine açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, "siyasi partileri kamu yararına çalışan kuruluşlar", bunların çalışmalarını da "kamu giderleri" çerçevesinde sayarak hazine yardımını ilke olarak Anayasaya uygun buldu. Ancak, yeni düzenlemeyi yine de "adalet ve eşitlik" ilkesine aykırı, "oy çokluğunu elde tutan topluluğa dilediği biçimde belirli bir siyasal partiyi kayırma veya güç

(32) S. GUILJ, *Le statut de l'opposition en Europe*, p. 41, 57-62.

(33) BVerfGE. *8*, 51, 63; *11*, 239 vd.; 242 vd.; *12*, 276 vd., 280; *18*, 34 (37) (akt. M. YILDIZ, "Federal Almanya'da Siyasal Partiler", s. 22).

(34) BVerfGE *20*, 56; *24*, 300, 344, 350 (*aynı kaynak*, s. 23).

(35) BVerfGE *24*, 300 vd. (*aynı kaynak*, s. 23).

(36) Kanun No: 1017, Kt. 22.2.1968 (RG. 29.2.1968-12839).

duruma düşürme" olanağı sağlayıcı ve "keyfiliğe doğru yöneltici" bulan yüksek mahkeme iptal kararı verdi (37).

Konuyu yeniden düzenleyen yasa değişikliğiyle (38) ilgili kararında ise Anayasa Mahkemesi bu defa devlet yardımının ilke olarak Anayasaya aykırılığına hükmetti. Buna göre; "Siyasi partiler kamu hizmeti gören veya kamu yararına çalışan kuruluşlar değildir. Bunlara Devletçe yapılacak para yardımının kamu giderleri arasında yeri olamaz. Anayasa'nın 61. maddesi ise herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasa'nın bu maddesine dayanılarak kanunlarla konulmuş malî yükümlerden elde edilen paralardan bir bölümü ile siyasî partilere yardım edilebilmesinin olanağı ve anayasal desteği yoktur. Siyasî partilere Devletçe yardım edilmesi ilke bakımından Anayasa'ya aykırıdır (39)." Bundan sonra, iptal kararını etkisiz kılmak ve isteneni elde etmek amacıyla hazine yardımı Anayasa kuralı haline getirildi (40), SPK md. 74 de bu yönde yeniden düzenlendi (41).

Bugün ise, hukukî veriler yeniden değişmiş bulunmaktadır. DM'nin kabul ettiği Anayasa tasarısında yeralan hazine yardımı MGK tarafından benimsenmemiştir. Böylece 1982 Anayasasında ve yeni SPK'nın ilk biçiminde hazine yardımı yeralmamış, sonradan SPK'da yapılan değişiklikle bu kabul edilmiştir (42). O tarihten bu yana da, çoğunluk partisinin siyasal hesapları ve muhalefeti parçalama niyeti, hazine yardımı koşullarının sürekli değiştirilmesine yol açmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, hem bu düzenlemeleri hem de ilke olarak hazine yardımını Anayasaya, uygun bulmuştur (43).

Siyasal partilere devlet yardımının, bunları sermaye çevrelerinin baskısından korumak, emekçi sınıf partilerinin desteklenmesini sağlamak, bunlarla öbürleri arasındaki malî denge bozukluğunu hafifletmek gibi pratik yararları vardır. Nitekim DM'de bunu önerenler genellikle sola açık üyeler olmuştur. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, 6.7.1989 tarihli kararında bu noktaya da işaret etmiştir. Buna karşılık,

(37) E. 1968/26, K. 1969/14, Kt. 18-19.2.1969 (AYMKD, sayı 7. s. 244 vd.). İlerde görüleceği gibi Anayasa Mahkemesi Anap'lı meclis çoğunluğunun aynı nitelikteki yasalarını iptale yanaşmamaktadır.

(38) Kanun No: 1219, Kt. 2.2.1970 (RG. 16.2.1970-13427).

(39) E. 1970/12, K. 1971/12, Kt. 2.2.1971 (AYMKD, sayı 9, s. 289).

(40) Anayasanın 56. md.sine ek getiren 30.6.1971 tarih ve 1421 sayılı kanun (RG. 2.7.1971).

(41) Kanun No: 1802, Kt. 30.4.1974 (RG. 9.5.1974-14881).

(42) Kanun No: 3032. Kt. 27.6.1984 (RG. 9.7.1984-18453).

(43) Kanun No: 3349, Kt. 9.4.1987 (RG. 22.4.1987-19439); No: 4370, Kt. 7.8.1988 (RG. 13.8.1988-19898); No: 3673, Kt. 31.10.1990 (RG. 2.11.1990-20638). İlgili Anayasa Mahkemesi kararları: E. 1987/14, K. 1988/1, Kt. 5.1.1988 (RG. 23.8.1988-19908) ve E. 1988/39. K. 1989/29, Kt. 6.7.1989 (RG. 8.2.1990-20427).

yine Anayasa Mahkemesi'nin 1971'de belirttiği gibi, hazine yardımının partileri birer "kamu kurumu", bunların gördüğü işlevi de bir "kamu hizmeti" saydırma tehlikesi vardır. Vergi ödevinin ancak kamu giderlerini karşılamak için konabileceği de (AY. md. 73) burada bir kez daha hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla hazine yardımı, "kamuoyunun devletin etkisi dışında oluşması" gereğine (44) uygun düşmez. Bu endişeler Türk doktrininde de paylaşılmıştır (45). Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin seçim kampanyası dışındaki yardımlarla ilgili tutumu da bu görüşlere destek sağlar.

Bunlara eklenebilecek iki husus daha vardır. Birincisi, örneklerde de görüldüğü gibi hazine yardımının çoğunluk partisinin siyasal hesaplarına göre sürekli değişmesi, kayırma ya da geriletme işlevi görmesidir. Bu biraz da kurumun özünde varolan bir sakıncadır, çünkü yardımın biçiminin saptanması Anayasadan çok, yasa işidir. İkinci nokta, yeni Anayasanın hazine yardımını kabul etmemesine karşılık 1984'den sonraki yasal düzenlemelerin bunu yeniden gündeme getirmiş olmasıdır. Böylece, yeniden 1971 Anayasa değişikliği öncesindeki verilere geri dönülmüştür. Bunun ise, Anayasa Mahkemesi'nin 1971 tarihli kararını değiştirmediği sürece, hazine yardımının Anayasaya aykırı sayılması gerekeceği tezine destek sağlaması beklenirdi (46).

Bu içtihat değişikliği 1988 ve özellikle 1989'da meydana gelmiş, sözkonusu yasal düzenlemeler ve ilke olarak da hazine yardımı, yukarda gösterildiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasaya uygun görülmüştür. Mahkemenin gerekçesi; hazine yardımının Anayasa tarafından yasaklanmadığı, partilerin amaçlarına ulaşabilmek ve "paraca güçlü kimi kişi ve kuruluşların etki ve baskısı altına düşme(mek)" için Devletçe desteklenmelerinin "kamu yararı"na uygun olduğu gibi esaslara dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 6.7.1989 tarihli bu kararıyla, hazine yardımı artık anayasallaşmış sayılmalıdır.

4) PARTİ YASAKLARI VE İDEOLOJİK ÇOĞULCULUK

"Partisel faaliyet özgürlüğü"yle ilgili sorunların tamamlayıcı boyutu *"parti yasakları"*, bunların tartışılabileceği teorik zemin de *"ideolojik çoğulculuk"* kavramıdır.

(44) E. 1970/12, K. 1971/13, Kt. 2.2.1971 (AYMKD, sayı 9, s. 285-286).

(45) E. TEZİÇ, *Siyasî Partiler*, s .40; D. PERİNÇEK, *Anayasa ve Partiler Rejimi*, s. 180.

(46) Anayasa Mahkemesi kararları yasama organını da bağladığı, kurallar kademelenmesinde kanunlardan üstün olduğu ve 1971/13 sayılı içtihat halen başka bir içtihatla değiştirilmediği için, partilere her yıl Hazineden yardım yapılması 1982 Anayasası'na uygun düşmez (E. TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, Beta yay., İstanbul 1986, s. 333).

Türkiye'de partilerle ilgili yasaklamaların büyük bölümü doğrudan doğruya Anayasada yeralır. Anayasadan sonra siyasal rejim ve hayatın en önemli yasalarından olan SPK'daki sınırlamalar da bunlara eklenmelidir.

Anayasadaki düzenlemelerden, partinin kapatılmasına yolaçan ve açmayan yasaklar ayrımı çıkmaktadır.

Kapatmaya neden olan yasakların bir bölümü *genel* ve *soyut* deyimlerle ifade edilmiştir: "Siyasî partiler, (...) Anayasanın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkamazlar, çıkanlar temelli kapatılır" (md. 69/1). 14. maddedeki esaslar, md. 68/4 ve 5'in de ışığında şöyle sistemleştirilebilir: İnsan hakları, demokrasi ve millet egemenliği, ülke bütünlüğü ve laik Cumhuriyet.

Anayasanın öngördüğü *somut* yasaklardan kapatma nedeni olanlar ise şunlardan ibarettir: "Siyasî partiler, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, yabancı ülkelerdeki dernek ve gruplardan herhangi bir suretle aynî ve nakdî yardım alamazlar, bunlardan emir alamazlar ve bunların Türkiye'nin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü aleyhindeki karar ve faaliyetlerine katılamazlar. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket eden siyasî partiler de temelli kapatılır" (md. 69/8). Bu yasaklar, yoruma elverişli yanları Anayasa Mahkemesince değerlendirilmek kaydıyla, nisbeten daha açık ve somuttur.

İhlâl edilmeleri durumunda kapatma kararına yolaçmayan anayasal buyruklarsa özetle şöyledir: yurt dışında örgütlenme ve faaliyette bulunma, kadın ve gençlik kolları ve vakıf kurma; bazı kişileri üye alma (md. 68); tüzük ve programları dışında faaliyet gösterme; dernek, sendika, vb. kuruluşlarla işbirliği yapma ve bunlardan maddi yardım alma yasakları; parti içi demokrasi esaslarına uyma borcu (md. 69). Yukarda eleştirilen bazı üyelik yasakları gibi, yan kollar ve vakıf kurma, işbirliği ve yardım alma yasaklarının hiçbir demokratik standartta yeri olmadığı açıktır. "Programa uygun faaliyet" kuralına ise az ilerde değinilecektir.

SPK, bütün bu yasaklara yenilerini eklemiştir. Siyasal partiler; Anayasanın Başlangıç kısmındaki ve 2. maddesindeki esaslara (md. 78/a), devrim yasalarına (md. 84), Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yeralmasına (md. 89), Anayasa ve SPK hükümlerine (md. 90), 12 Eylül 1980 Harekâtı'na ve Millî Güvenlik Konseyi'nin karar ve icraatına (md. 97) karşı faaliyete bulunamazlar; dil farkına dayalı azınlıklar olduğunu ileri süremez (md. 81), bir başka partiyi destekleyemez (md. 90/2), MGK tarafından feshedilen partilerin ad ve simgelerini benimseyemez, "komünist" vb. adlar alamazlar (md. 96).

Bu hükümler bütünüyle anti-demokratiktir. Sırasıyla: Anayasanın

*Başlangıç*ındaki hukukî içeriği belirsiz ve "Hiçbir düşünce ve mülâhazanın Türk millî menfatlerinin (...) karşısında korunma göremeyeceği" şeklindeki (paragraf 5) totaliter formül her türlü baskı için elverişlidir (47). *Anayasa md.* 2'deki "sosyal devlet" ilkesine aykırılık nedeniyle liberal partiler zorlanabilir. *Devrim yasaları* ve *Diyanet İşleri Başkanlığı*'nın genel idare içinde yeralışı laiklik ilkesinin zorunlu variantı sayılamaz; bu hükümlere karşı çıkma yasağı bunları "değişmez hüküm", siyasal partileri de bunların basit birer uygulayıcısı durumuna getirir. 12 Eylül rejimi ve MGK eleştirisiyle ilgili kısıtlamalar askerî rejimin sürdürülmesi anlamına gelir. "Başka partileri destekleme" yasağının bütün demokratik ülkelerde doğal karşılanan seçim ittifaklarını engellediği açıktır. MGK tarafından feshedilen partilerin ad ve simgelerinin kullanılamaması, olağanüstü dönem icraatını süreklileştirmenin yanısıra, mahkemece verilebilecek "kapatma" kararından doğabilecek sonuçları askerî bir rejimin verdiği "fesih" kararıyla (zaten yasada yanlış olarak, "fesih" yerine "kapatma" terimi kullanılmıştır) bir tutma yanlışını içerir. Nihayet, "Komünist" adının yasaklanmasının ancak otoriter ve sağcı rejimlere özgü bir durum olduğu söylenebilir. Bu yasakların 1982 Anayasası'nda bile karşılığını bulabilme olasılığı hayli zayıftır.

SPK'nın bir başka özelliği; kapatma nedeni olabilecek ve olamayacak yasakları birarada (Dördüncü Kısım) ve hiçbir ayrım yapmadan düzenlemesi, bu Kısım'da ve hatta kanunun başka bölümlerinde yeralan hükümlere aykırılığın kapatma kararına yolaçmasını kabul etmesidir. Gerçekten, "parti tüzüğünün veya programının yahut (...) diğer parti mevzuatının", parti kurullarınca alınan kararların, parti yetkililerinin demeçlerinin parti adına yapılan radyo-TV konuşmalarının, vb. "bu Kanunun Dördüncü Kısmı'nda yeralan maddelerin hükümlerine aykırı olması" kapatma sebebidir (md. 101/a-c). Böylece, Anayasanın kapatma sebebi saymadığı aykırılıklar da SPK tarafından bu yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca, kuruluş formalitesi eksikliklerinin tamamlanmaması (md. 9), Cumhuriyet Başsavcılığının isteklerine uyulmaması ya da cevap verilmemesi (md. 102), parti yasakları dışında SPK'da ve başka yasalarda yeralan "emredici hükümler"e uyulmaması (md. 104) da kapatma sebebi olabilir. Kısacası, SPK açısından, yasanın ve yasaların her türlü hükmüne aykırılık kapatılma sonucu doğurabilir. İlerde, bugüne kadar verilmiş kapatma kararları ele alınırken, bunun örnekleri de görülecektir. Şu anda belirtilmesi gereken, bu tablonun, mâkul sınırlama ve kapatma nedenlerinin çok ötesine taştığı,

(47) Örneğin, Anayasa Mahkemesi Huzur Partisi'nin kapatılmasına karar verirken Başlangıç bölümündeki buna benzer ifadelere de dayanmıştır (E. 1983/2, K. 1983/2, Kt, 25.10.1983; RG. 15.10.1984-18546).

siyasal parti faaliyetini zedelediğidir. Bu yaptırımların AİHS ile (md. 17), örneğin Federal Almanya'da Anayasa Mahkemesi kararlarında ve mevzuatta (AY. md. 21/2 ve 25 Haziran 1968 tarihli Ceza Kanunu md. 92 değişikliği) dile gelen, insan hakları, halk egemenliği, kuvvetler ayrılığı, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, serbest seçim, vb. gibi koruyucu evrensel ilkelerle (48) açıkça zıtlaştığı meydandadır. Türkiye için mâkul olan "laikliğin korunması" ilkesi bile, gerek devrim yasalarının, gerekse Diyanet İşleri Başkanlığının statüsünün dondurulması gibilerden aşırı sınırlamalara konu olabilmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı da partiler üzerinde, daha kuruluşlarından itibaren sıkı bir denetim uygular, kuruluş unsurlarının Anayasa ve yasaya uygunluğunu inceler, saptayacağı eksiklerin giderilmesini ya da ek bilgi ve belgelerin gönderilmesini ister, bunlara uyulmazsa dava açar (SPK 9). C. Başsavcılığı bu yetkiyi aşırı müdahaleci bir anlayışla uygulamaktadır. MDP Tüzüğünde 19. FP'de 15, DYP'de 11, SDP'de ve RP'de 10'ar, HP'de 9, YGP ve ANAP'da 8 ve YDP'de 7 maddenin düzeltilmiş olması ve ayrıca açılan davalar bunu gösterir.

Üstelik Anayasa Mahkemesi, eksikliklerin giderilmesi talebinin ve bunun karşılanmamasının dava açılması için önşart olduğunu, ama Anayasa ve yasaya aykırılıkların bulunması durumunda bunun zorunlu olmadığını kabul etmiştir. Böylece, eksiklik/aykırılık gibi zor bir ayrıma gidilmiş olmakla, adeta, partilerin kendilerini Anayasa ve yasaya uydurmaları olanağının sağlanmasındansa, bir an önce kapatılmaları sürecinin işletilmesi yeğlenmektedir.

Öteyandan C. Başsavcılığı, partinin üst ve merkez organları dışında kalan kurullarının ya da üyelerinin parti yasaklarına giren eylemleri nedeniyle işten elçektirilmelerini ya da çıkartılmalarını isteyebilir; bu istekler 30 gün içinde yerine getirilmezse kapatma davası açar (SPK. 101/d). Bu da Anayasayı aşan bir kapatma nedeni olduğu gibi, C. Başsavcılığına yargı yetkisi veren bir hükümdür, çünkü bu istem üzerine çıkartılan üye 10 yıl siyasal faaliyette bulunamayacaktır. Ayrıca, C. Başsavcılığının iki defa talebine rağmen istenen bilgi ve belgelerin sağlanmaması durumunda yine kapatma davası açılır (SPK 102). Bu da Anayasada yeralmayan bir kapatma nedenidir. Uygulamada, C. Başsavcılığı SPK Dördüncü Kısım dışındaki emredici hükümlere aykırılıkları dahi, ihtar koşuluna uymaksızın doğrudan kapatma davası açarak Anayasa Mahkemesi önüne götürmektedir (49).

(48) M. YILDIZ, "Federal Almanya'da siyasi partiler", s. 26.

(49) D. PERİNÇEK, *Anayasa ve Partiler Rejimi*, s. 323-329. Burada anılan Anayasa Mahkemesi kararları: RG. 25.9.1984, 15.10.1984, 21.10.1984. Bugüne kadar kapatılan partiler için bkz. B. KUZU, "1961 ve 1982 Anayasalarında ve bunlara ilişkin Siyasi Partiler Kanunlarında siyasi parti kavramı, kuruluşu ve kapatma rejimi (karşılaştırmalı bir inceleme)", İÜHFM, 1986-1987, sayı 1-4, s. 176 vd.

Son olarak, partilerle ilgili yasakların politik ve ideolojik anlamı üzerinde de kısaca durmak gerekir. 1980'den bu yana siyasal partilerin faaliyet alanlarının daraltılması, bunların gerek işleyişlerini, gerekse başka kuruluşlarla (dernek, sendika, meslek kuruluşu, vb.) olan ilişkilerinin kat kat yasaklarla çemberlenmesi, "siyasete ilgisizleşme" ya da *"siyasette uzaklaşma"* anlamında bir depolitizasyondan değil, doğrudan doğruya "kitleleri siyasal yaşama katılmaktan alıkoyma" ve "siyasetten uzaklaştırma" anlamında bir depolitizasyondan sözetmeyi haklı kılmaktadır (50). Daha önce ele alınan kollektif özgürlüklerle ilgili düzenlemeler (dernekler, sendikalar, vb.) zaten bu alanlarda "siyasetten uzaklaştırma" hedefini açıkça ortaya koymuştu. Siyasal partilerle ilgili kısıtlamalar ise, siyasetle en doğrudan ilgili alanda bile aynı amacın güdüldüğünü göstermektedir. Böylece, normalde siyasal yaşamın çerçevelenmesini sağlayan anayasal ya da siyasal hukuka, "siyasal"ın güdümlenmesi işlevi yüklenmiş olmaktadır. Bunun bir başka somut tezahürü, şimdi ele alınacak olan, partilerle ilgili ideolojik sınırlamalardır.

İdeolojik Çoğulculuk ve Sınırlamalar

Çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde siyasal partiler yelpazesinin sağ ve sol kanatlarda hangi noktalara kadar uzanabileceği tartışması, Türk hukuk doktrininin önemli ve sürekli gündem maddelerinden biri olagelmiştir. Konunun Türkiye'yle ilgili boyutlarını ele almadan önce, bir kez daha uluslararası standartları gözden geçirmekte yarar var. Bu konudaki ortak ve vazgeçilmez ilkeler nelerdir?

Batı demokrasilerinden bazılarında büyük bunalım dönemlerinde (savaş, totalitarizm tehlikesi, soğuk savaş, vb.) "aşırı uçlar"daki partilere birtakım engeller konmuştur. Örneğin İkinci Dünya Savaşının ilk iki yılında Fransa ve İsviçre'deki komünist partiler hükümetler tarafından feshedilmiş, ABD'de 1940'dan itibaren ve soğuk savaş döneminin sonuna kadar, doğrudan doğruya partileri hedef almamakla birlikte komünistleri ve bunların faaliyetlerini kısıtlayan yasalar çıkarılmış, bu yönde uygulamalar görülmüştür. 1948 İtalyan Anayasası faşist partinin yeniden kurulmasını yasaklamıştır (Son Hükümler md. 12). Federal Almanya'da Komünist Parti ile Sosyalist Reich Partisi Federal Anayasa Mahkemesince kapatılmıştır.

Ancak bu sınırlamalarla ilgili şu karakteristiklerin altı çizilmelidir. Birincisi, bunlar istisnai örneklerdi ve az sayıda ülkede uygulandılar. İkincisi, kısıtlamalar olağanüstü dönemlerin (savaş, soğuk savaş, tota-

(50) İ. Ö. KABAOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF yay., Diyarbakır 1989, s. 240, dn. 90.

litarizm olgusu) ürünüydü. Üçüncüsü, bunlarla ilgili uygulamalar mevzii kalabilmiştir. Örneğin ABD'deki kısıtlamalar Communist Party, Socialisty Labor Party, US Labor Party, Troçkist eğilimli Socialist Workers Party gibi sol kanat partilerinin yasaklanması sonucunu doğurmamıştır. Dördüncüsü, bu kısıtlamalar geçici karakter göstermiştir. İsviçre'de ve Federal Almanya'da komünist partiler yeniden kurulduğu gibi, pekçok ülkede (İtalya, Fransa, Federal Almanya, vb.) "aşırı sağ" partiler değişik isimler altında siyasal sahneye yeniden çıkmışlar, hatta seçimlere katılıp parlamentolara girmişlerdir (Fransa'da Front National, İtalya'da Partito d'Azione Sociale/Sosyal Hareket Partisi).

Siyasal uçlarda örgütlenme özgürlüğünün sınırı nasıl belirmektedir? Federal Alman Anayasa Mahkemesi yukarki kararlarında iki partinin kapatılması gerektiği sonucuna ulaşırken, bunların amaç ve programlarının yanısıra faaliyetlerini de dikkate almıştı. Daha sonra Komünist Parti'nin kapatılması kararına karşı Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yapılan başvuru da, "proletarya ihtilâli ve proletarya diktatörlüğü yoluyla" komünist bir toplumun kurulmak istenmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle uzlaşmadığı gerekçesine dayanılarak yanıtlandı (51). Bugün bu ayrım çizgisi daha da netleşmiş durumdadır ve "sisteme karşı muhalefetin, eleştiri ve tartışma ortamından ve barışçıl eylem alanından çıkıp şiddete yönelik bir nitelik kazanması (52)" şeklinde özetlenebilir. Bu suretle siyasal yelpaze, yalnız yerleşik ve geleneksel demokrasi ülkelerinde (İngiltere, kuzey ve batı Avrupa, ABD, vb) değil, demokrasiye yeniden dönüş yapan ülkelerde (İspanya, Portekiz, Yunanistan) ve hatta bazı Üçüncü Dünya ülkelerinde (Hindistan, Sri Lanka, Senegal, Latin Amerika'nın bazı ülkeleri) ideolojik çoğulculuk ilkesinin gerektirdiği bütün kıvrımları içermektedir.

Ayrıca, bazı ülkelerde sol kanat partilerinin faaliyet özgürlükleri daha da geniştir. Fransız Komünist Partisi, proletarya diktatörlüğü amacını güttüğü dönemlerde bile herhangi bir yaptırımla karşılaşmamıştı. Nedeni de muhtemelen, bu partinin, hedefi ne olursa olsun, böyle bir programı gerçekleştirecek faaliyetler içinde olmadığının bilinmesiydi. Bu partinin güçlülüğü, uluslararası ortamın özellikleri ve geleneksel hoşgörü alışkanlığı gibi faktörler de bu arada hatırlanabilir. Ama daha genç demokrasilerde de bunun örneklerine rastlanmaktadır. Yunanistan'da cunta rejiminin devrilmesinden sonra yeniden yasal çalışma olanağı elde eden Yunan (Dış) Komünist Partisi

(51) A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, p. 118.

(52) N. TURGUT, *Siyasal Muhalefet*, Birey ve Toplum yay., Ankara 1984, s. 199.

"proletarya diktatörlüğü"nü öngörmekteydi. Bu parti adına yapılan açıklamalarda, sosyalizme geçilmeye başlandığı anda çok partili parlamanter rejimin de kabul edilmeyeceği belirtilmişti. Portekiz Komünist Partisi de seçimle iktidardan uzaklaşmayı kabul etmeyen komünist partiler arasındaydı (53). Buna rağmen Fransa'da olduğu gibi bu iki ülkede de, sözkonusu partilerin program ve amaçları anayasa hukuku ve ceza yasaları açısından bir sorun çıkarmamış, bunlar seçimlere katılıp parlamentoya girebilmişlerdir. Hatta Yunanistan'da 1989'da kurulan karma hükümette Adalet ve İçişleri Bakanlıklarına komünist milletvekilleri getirilmiştir.

Parti faaliyetlerinin ideolojik ve siyasal çerçevesi açısından Türkiye'deki durum nedir? Batı'daki iki kanat örneğine (komünist ve faşist), Türkiye'ye özgü iki özel durumu daha (dinci ve bölgeci parti ya da faaliyetleri) katarak konuyu ele almak gerekiyor.

İlkin bu dört kategoriye giren partilerin "ad" olarak yasaklandıkları belirtilmelidir (SPK 96/son). Anayasada açık karşılığı bulunmayan bu "ad" yasaklarının bir bölümü belki Anayasaya dayanılarak savunulabilir. Faşist, dinci ya da bölgeci parti adlarının demokratik ve laik devlet ve ulusal bütünlük ilkelerine (md. 2, 13 ve 14) ters düştüğü söylenebilir. Ayrıca, birinci kategoriye giren adlar bazı batı ülkelerinde de yasaklanmıştır. Bu ülkelerden bazılarında "Hıristiyan" sıfatlı partilerin varlığı ise, bu ülkelerin bir kısmının zaten anayasal teorilerinin laiklik esası üzerine kurulu olmayışı ya da öyle olsa bile Hıristiyanlığın laik düzenle uyuşmaz bir karakter göstermeyişiyle açıklanabilir. "Komünist" adlı partilerin kurulması yasağını ise ne genel (mukayeseli) ne de Türkiye'ye özgü hiçbir anayasal ilke ve kuralla bağdaştırmak mümkün görünmemektedir. Bu adı taşıyan partiler her ülkede bulunduğu gibi, bunların sırf isimleri yüzünden "demokratiklik" ilkesini bozdukları da ileri sürülemez.

İkinci ve asıl sorun içerikle ilgili yasaklamalardır. Bunlarda bir derecelenme göze çarpmaktadır. En sıkı yasaklama ve düzenlemeler, dinci ya da dinden yararlanmak isteyen partiler için konmuştur (AY Başlangıç, md. 2, 14, 24/son, 68, 69; SPK 4, 5, 78, 84-89; TCK 163). Ulusal bütünlüğe aykırı parti ya da faaliyetlerle ilgili yasaklamalar da buna yakın sıkılıktadır. Yukarda anılan Anayasa ve yasa hükümlerinin bir bölümüyle, özellikle SPK md. 79-83 bunun örnekleridir.

Faşist partilerle ilgili yasaklamalar ise yoğunluk bakımından epey

(53) H. RİCHTER, "Die Kommunistiche Partei Griechlands", tebliğ, MED/1977, s. 38-41; A. HOTTINGER, "Die Portugiesiche Kommunisttische Partei", Tebliğ, 1978, s. 29-31; H. TIMMERMANN, "The Communist Parties of Northern Mediterranean", Tebliğ, Köln 1978, s. 2-5 (akt. H. ÜRGÜPLÜ, "Akdeniz Avrupasının Komünist Partileri ve Sorunları", *Milliyet*, 16-22 Ekim 1978)

arkadan gelmektedir. Bu geriden gelişte, faşizmin belli bir ideolojik berraklığının ve politik tutarlılığının bulunmayışının da payı olmalıdır. Ayrıca "milliyetçi" ideolojinin ve Devlet yüceltmesinin en yalın ifadelerle Anayasaya ve yasalara girmiş olması da buna eklenebilir (54). Bu ve benzeri nedenlerle olsa gerek, faşist partileşmeyle ilgili olarak, doğrudan yasaklamalardan çok, dolaylı sınırlamalara öncelik verilmiş gibidir. Irk ayrımı ve ırkçılık, eşitliğe aykırı faaliyet, kişi ve zümre diktatörlüğü gibi konulardaki yasaklar bunların başlıca örnekleridir.

Komünist partilerin durumuna gelince; ihtilâl ve proletarya diktatörlüğü gibi amaçlar güden ve bu yönde faaliyette bulunan komünist partilerin anayasal ve yasal güvence altında olmadıkları konusunda kuşku yoktur. Tartışmalı nokta, *siyasal demokrasiye saygılı komünist partiler*le ilgilidir. Anayasanın (md. 14/1, 68/5), SPK'nın (md. 5, 78) ve TCK'nın (md. 141-142) değişik deyimlerle dile getirdikleri "sınıf egemenliği", "tahakkümü" ya da "diktatörlüğü" bu tür partilerin terkettikleri hedefler olduğuna göre, bunların benzerlerinin Türkiye'de de anayasal ve yasal güvence altında sayılmaları gerecektir. Çünkü Anayasa ve SPK bu partilerle ilgili olarak "ad yasağı" ve yukarda anılan cebir ve diktatörlük kayıtları dışında herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu bakımdan, Türkiye'de batı tipi (eurocommuniste) komünist partilerin kurulabilmesi dileğinde bulunan, ama Anayasanın 14. maddesini buna engel sayan yüksek yöneticilerin görüşü tartışma götürür niteliktedir. Yok eğer Anayasanın bu ve benzeri hükümleri batı tipi komünist partiierin hukuk dışılığı anlamına geliyorsa ve bu da yargı kararlarıyla tescil görürse, o zaman Anayasanın barışçı partileri dahi yasakladığını kabul etmekten ve değiştirilmesini istemekten başka bir çözüm yolu kalmayacaktır. Ancak şu anki sorun, Anayasadan çok yasalardan ve özellikle TCK. 141-142 hükümlerinden ve bunların yukarda örneklenen uygulanma biçiminden doğmaktadır.

Türkiye'de siyasal partilere yönelik ideolojik kayıtlamalarla ilgili Anayasa Mahkemesi kararları gözden geçirildiğinde, yukarda çizilen basamaklaşmanın yüksek mahkeme içtihatlarında da varolduğu ortaya çıkar. Gerçekten, faşist ya da faşizan faaliyetlerle ilgili bir kararı bulunmayan Anayasa Mahkemesi'nin dinsel alanla, azınlıklar konusuyla ve sosyalizm sorunlarıyla ilgili içtihatları önemli yaklaşım farklarını da ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi laiklik konusunda son derece duyarlı görünmektedir. Milli Nizam Partisi, partiyi tanıtma amacıyla çıkarılan üç

(54) "Kutsal Türk Devleti", "hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatleri (...) karşısında korunma göremeyeceği" (AY. Başlangıç bölümü). Ayrıca bkz. SPK md. 81.

kitap, Genel Kongre'de okunan "Beyanname" ve "Aht ve Marşı" delil sayılarak kapatılmıştır. Yüksek Mahkeme, özellikle TCK 163'ün "kaldırılmasını, din derslerinin mecburi olmasını istemenin, hilâfetin gelmesinde büyük faydalar görmenin ve millet isterse bunun olabileceğini belirtmenin, dinle Devletin aynı olduğunu ve beraber yürüdüğünü ileri sürmenin, her alanda İslâmlaşma zorunluğundan sözetmenin ve Cuma tatilî üzerinde direnerek durmanın" yeteri kadar açık kanıtlar olduğunu belirtmiştir (55). Üniversitelerde din öğretimi yapılmasını, genel eğitimin dine önem vermesini, Türk alfabesinin geliştirilmesini isteyen Huzur Partisi de kapatılmıştır (56).

Anayasa Mahkemesi "Azınlık yaratılmasının önlenmesi" kenar başlıklı eski SKP md. 89 hükmüne aykırı düştüğü kanısıyla Türkiye İşçi partisi (57) ile Türkiye Emekçi Partisi'nin (58) kapatılmasına karar vermek suretiyle, bu konuda da aşırı duyarlılık içinde olduğunu ortaya koymuştur.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi sosyalist ya da marksizan parti programları konusunda daha esnek davranmış, bu konuda talep olduğu halde hiçbir kapatma kararı vermemiştir. Örneğin TİP davasında, partinin 4. Büyük Kongre kararlarına geçen "işçi sınıfının müttefik ve destekleyicisi emekçi sınıflarla birlikte iktidara gelmesi", "işçi sınıfının örgütsel, politik, ideolojik ve eylemsel öncülüğünün gerçekleştirilmesi", "sosyalizm", "sosyalist devrim", "bilimsel sosyalizm" gibi ifadelerle; TEP davasında inceleme konusu olan "işçi sınıfı ve yoksul koylü temeline dayanmak", "işçi sınıfı ve yoksul köylülüğün siyasi iktidarı", "sınıf mücadelesi", "sosyalist devrim", proleter enternasyonalizmi", gibi ibarelerden dolayı kapatma kararı verilmemiştir. 1961 Anayasası döneminde buna benzer ideolojik ve politik yönelimleri benimsemiş diğer partiler hakkında dava da açılmamıştır. Böylece en azından sınıf iktidarı gütme amacının yasaklanmadığı bu uygulamalarla pekiştirilmiştir (59).

1982 Anayasası döneminde de bu bakış açısının değişmediğini gösteren, hatta 1982 Anayasasının otoriter karakteri hesaba katılırsa daha da büyük önem taşıyan örnek, Anayasa Mahkemesi'nin Sosyalist Parti'nin kapatılması istemini reddeden kararıdır. Güncel önemini de

(55) E. 1971/1 (Parti Kapatılması), K. 1971/1, Kt. 20.5.1972 (AYMKD, sayı 9, s. 3-71)

(56) E. 1983/2 (Parti Kapatma), K. 1983/2, Kt. 25.10.1983 (AYMKD, sayı 20, s. 345-374).

(57) E. 1971/3 (Parti Kapatılması), K. 1971/3, Kt. 20.7.1971 (AYMKD, sayı 9, s. 80 vd.).

(58) E. 1979/1 (Parti kapatılması), K. 1980/1, Kt. 8.5.1980 (AYMKD, sayı 18, s. 3 vd.).

(59) D. PERİNÇEK, *Anayasa ve Partiler Rejimi*, s. 232.

hesaba katarak bu karar üzerinde ayrıca durmak gerekiyor. Kararın canalıcı noktaları şöyledir:

"Siyasi partilerin tabanlarını belirli bir sınıfa veya sınıflara dayandırmaları doğal"dır. "Böyece iktidarlar da, siyasal bilim açısından belirli bir sınıfın veya sınıfların iktidarı olabilirler. 1961 ve 1982 Anayasalarında, sınıf gerçeğini ya da bunun iktidara yansımasını önleyici bir hüküm yoktur. Yasaklanan "(...) bir tek sınıfın öteki sınıflar üzerinde egemenlik kurması", "siyasî iktidarın veya siyasi faaliyetin belli bir sınfın eline geçmesi"dir. "İktidara geldiği takdirde sınıf tahakkümünü (egemenliğini) amaçlamayan, demokratik bir düzen içerisinde seçim yoluyla iktidara gelmeyi benimseyen bir sosyalist partinin kurulmasına anayasal ve yasal bir engel de bulunmamaktadır". "Sosyalist bir partinin sosyalist teoriyi benimsemesi ve mücadelesinde sosyalist teorinin yol göstericiliğinden yararlanması doğaldır". "Önemli olan, parti programının özgürlükçü demokratik sistem içinde ve bu anlayışla uygulanmaya konulması ve iktidar olunduktan sonra da çoğulcu sistem içerisinde özgürlükçü niteliğinin korunmasıdır". "Bir siyasî partinin Anayasadaki ilke ve koşullara aykırı düşmeyecek biçimde ekonomik tercihlerini belirlemesi mümkündür. Anayasada, ekonominin karakterinin değiştirilemeyeceği yönünde bir kural bulunmamaktadır. (60)"

Karar pekçok yönüyle önemlidir; asıl altı çizilmesi gereken nokta, bununla aslında *"Avrupa tipi komünist"* (eurocommuniste) partilerin Anayasaya aykırı düşmeyeceğinin söylenmiş olmasıdır. Özellikle yukarki alıntılardaki son cümle bunu pek açık göstermektedir. Yüksek Mahkeme *sol kanat partileri* için, siyasal demokrasinin biçimsel oyun kuralları dışında (özgürlük, çoğulculuk, iktidarın serbestçe el değiştirebilmesi, vb.) bir sınırlamanın, bir ideolojik içerik kayıtlamasının bulunmadığını ifade etmiştir. Karar bu yönleriyle TCK 141-142 ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarında görülen "düşünce suçlarını Anayasaya uygun bulma" eğiliminin de aşıldığını göstermektedir (61).

Bu açıdan, 4.5.1990 tarihinde resmen kurulduktan sonra hakkında Anayasa Mahkemesinde kapatma davası açılan TBKP'nin de, adındaki "komünist" sözcüğüyle ilgili hukuki tartışma bir yana, Yüksek Mahkemenin yukarda aktarılan yorumundan yararlanması beklenmelidir.

Burada son olarak, siyasal parti yöneticilerinin cezaî sorumluluğu

(60) E. 1982/2 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1988/1, Kt. 8.12.1988 (RG. 16.5.1989-20167, s. 9-72 ve özellikle 49, 50, 53, 57, 60).

(61) "Sol kanat partileri için" deyimini özellikle vurgulamak gerekiyor. Yüksek Mahkeme laikliğe aykırı faaliyette bulunduğunu saptadığı partiler hakkında ideolojik içerik sınırlamasının Anayasanın buyruğu olduğu görüşündedir.

ya da bunlarla ilgili *cezaî yaptırımlar* (müeyyideler) konusu üzerinde durmak gerekir (62).

Sorun, insan haklarıyla doğrudan ilgilidir: Partisinin kapatılmasına sebep olan yöneticiler hakkında bu sıfatlarından dolayı ceza soruşturmasıaçılıp hüküm verilebilir mi? Bu konuda, Federal Almanya'da doktrin ve Anayasa Mahkemesi (63) kapatma kararından *önceki* parti faaliyetlerinden dolayı ceza sorumluluğuna başvurulamayacağını kabul etmiştir. Bu konudaki gerekçeler; kapatma kararının *açıklayıcı* de il *yenilik doğurucu oluşuna*, partilerle ilgili anayasal güvencelerle, özgürlük ve hukuk devleti ilkesi gibi unsurlara dayanmaktadır. Türkiye'de de bu görüşe Askerî Yargıtay Başsavcılığı'nın (Başsavcı Hâkim Tuğamiral Yusuf Eryılmaz imzalı) MSP ve TİKP sorumluları hakkındaki ceza davalarıyla ilgili tebliğnamelerinde yer verilmiştir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan MNP ve Huzur Partisi'nin sorumluları hakkında da ceza davası açılmamıştır.

Cezai yaptırım sorunu Türk yargı pratiğinde daha çok, ceza soruşturması açılabilmesi için Anayasa Mahkemesinin kapatma kararının bir önkoşul olarak aranıp aranmayacağı noktasında, yani siyasal parti güvenceleri açısından daha geri bir mevzide odaklaşmıştır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi ile Askerî Yargıtay 4. Dairesi (MSP davası) esas olarak, kişisel suçlar dışında kalan organ kararlarından ve eylemlerinden dolayı parti yöneticileri hakkında dava açılabilmesini, partinin Anayasa Mahkemesi'nce kapatılmış olması koşuluna bağlı saymışlardır. Buna karşılık Askeri Yargıtay 1. Dairesi, hakkında kapatma davası bile açılmamış bulunan bir partinin (TİKP) kurucu ve yöneticileri hakkında verilen mahkûmiyet kararlarını onamıştır. Bir başka davada da (TİP 1973), hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatma kararı verilen partinin yöneticilerinin, Anayasa Mahkemesinin belirlediği aykırılık (eski SPK 89) dışında kalan bir suçtan (TCK 141) yargılanarak mahkûm edilmelerinde, Askerî Yargıtay 2. Dairesi'nce hukuka aykırılık bulunmamıştır.

Görüldüğü gibi, parti yöneticilerinin ceza sorumluluğu konusunda yargı uygulamasında birlik ve tutarlık yoktur. Anayasa güvencesini gözeten uygulamalar (MNP 1971; Yargıtay 9. CD., 1975; Huzur Partisi 1983; MSP 1984; Başsavcılık görüşü 1984) ile bunu yoksayan örnekler (TİP 1971; TİKP 1984) içiçedir. Ayrıca, MNP ve HZP için gözetilen güvencenin aynı tarihlerde verilen TİP ve TİKP kararlarında yokolması da siyasal ayrım yapıldığı kuşkusunu ister istemez uyandırmaktadır.

(62) Bu konuda, D. Perinçek'in getirdiği bilgi ve yorumlardan yararlanıldı (*Anayasa Rejimi ve Partiler*, s. 334-386).

(63) BVerfGE 12, 296.

Böylece Türk hukuk uygulaması, örneğin Federal Almanya'da parti sorumlularının partinin kapatılması kararından önceki eylemlerinden ötürü sorumlu tutulamayacakları şeklindeki güvence düzeyini tutturmak şöyle dursun, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmayan partilerin sorumlularının da ancak kapatma sebebine denk düşen suçlardan dolayı yargılanabilmeleri güvencesini bile sağlayabilmiş değildir.

Üstelik uygulamada, parti kapatma süreci bile harekete geçirilmeden, bazı parti sorumluları hakkında ceza soruşturması açıldığı görülmektedir. Örneğin, Diyarbakır DGM Savcılığı Sosyalist Parti Genel Sekreteri hakkında TCK md. 142/3'e aykırı davrandığı iddiasıyla soruşturma açmış ve sanık tutuklanmıştır (64). Böylece, siyasal partiler için öngörülen anayasal güvence bir kez daha işlemez duruma getirilmiş olmaktadır.

(64) *2000'e Doğru*, 10 Haziran 1990, s. 23.

XI./ HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Hak arama özgürlüğü İdareye, yasama meclisine (dilekçe hakkı) ve yargı mercilerine başvuru haklarını içerir. Bunlar sırasıyla *idarî* (ya da hiyerarşik), *siyasal* ve *yargısal* başvuruyolları ya da hakları olarak anılır.

1980 sonrası mevzuatı idarî ve siyasî başvuru yollarına önemli ve anlamlı sınırlamalar getirmiştir. Özellikle toplu başvurulara karşı konan engeller bunun başında gelir. Memur ve öğrencilerin İdare'ye toplu dilekçe vermelerinin engellenmesi, dilekçe hakkını düzenleyen eski anayasa ve yasa hükümlerinde "toplu" başvuru hakkı da öngörülmüşken yeni anayasa ve yasada bunun belirtilmemiş olması, "birlikte hak arama" eylemlerinden ve kollektif özgürlüklerden duyulan korkuyu da yansıtıyor olmalıdır. Burada bir kere daha, bireylerin birbirlerinden kopartılmak ve dağıtılmak istendiği söylenebilir.

Ayrıca gene dilekçe hakkı ile ilgili olarak bir başka gerilemeye daha değinmek gerekir. Bu konuyu düzenleyen yeni yasa (1), idari başvuruları da kapsamına aldığı halde, 1962 tarih ve 140 sayılı eski yasadan çok daha az hükümle yetinmiş, özellikle TBMM'ne başvuru hakkını yasamanın bir iç işi sayarcasına İçtüzük düzenlemesine bırakmıştır (2).

Bu bölümde idarî ve siyasî başvuru hakları üzerinde değil, *yargısal başvuru yolları* ve olanakları üzerinde durulacaktır. Bunlar da, *idarî yargı, anayasa yargısı* ve *adlî yargı* yollarına başvuru hakları biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu yollar ve bunlarla ilgili haklar, Anayasanın çeşitli maddelerinde düzenlenmiş olmakla birlikte, hak arama özgürlüğü ile ilgili kaynak hüküm 36. maddede yeralmıştır.

1) İDARİ YARGI YOLUNA BAŞVURMA

İdari yargı yolu ve buna başvuru hakkı, genel nitelikteki "Hak arama hürriyeti" hükmü (md. 36) dışında özel olarak da korunmuştur: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" (md. 125/1). Bu düzenleme, 1961 Anayasasının ilk şeklindeki "İdare-

(1) No: 3071, Kt. 1.11.1984 (RG. 10.11.1984-18571).

(2) L. DURAN, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş yay., İstanbul 1988, s. 129.

nin *hiçbir* eylem ve işlemi, *hiçbir* halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz" (md. 114/1) kuralına oranla daha zayıf bir güvence sistemini haber verir. Çünkü 1961 sistemi, idari yargı denetiminin ne olağan, ne de olağanüstü dönemlerde hiçbir istisnası olamayacağını bildirirken, 1982 Anayasası ile buna kaynak olmuş olan 1971 Anayasa değişikliğindeki formül bu kesinlikten bilinçli bir şekilde vazgeçildiği anlamına gelmektedir. Nitekim 1982 Anayasası'nın yanısıra, yeni dönemde çıkartılan bazı yasalar bu konuda önemli istisnalara yer vermişlerdir. Bu bakımdan, 1961'deki ifade ile 1971 ve 1982'deki formüller arasında bir "anlam farkı" olmadığı (3) görüşüne katılabilmek zordur.

Anayasanın idari yargı denetimi dışında bıraktığı kategoriler Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (md. 105), Yüksek Askerî Şûra kararları (md. 125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (md. 159/4), uyarma ve kınama cezaları (md. 129/3) ve Sayıştay kararlarıdır (md. 160/1).

Palamenter rejim teori ve pratiğinde Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği idarî işlemlerin insan hakları alanını etkilemesi olasılığı yüksek değildir. Danışma Meclisi'nin kabul ettiği tasarıda tek tek sayılan bu işlemlerin (md. 113) listesi de bunu doğrular. Bu hükmün MGK tarafından benimsenmemesi ve Anayasada yeralmamasından doğabilecek sakıncaları giderecek teorik (4) ve yargısal (5) ölçüler de yeterince işlenmiştir. Herhalde Cumhurbaşkanının insan hak ve özgürlüklerini ilgilendiren alanlarda tek başına idarî kararlar alabilmesi ve işlemler yapması mümkün değildir.

Ne var ki, T. Özal'ın Cumhurbaşkanı seçilmesiyle başlayan fiilî yarı başkanlık sistemi, bu güvenceleri de bozacak bir gelişmedir. Tercih ve kararlarını hükûmetin arkasına saklanarak, bu organa dayatarak ve bu organ eliyle (bile olsa) resmîleştiren bir Cumhurbaşkanı, "tek başına yapılabilecek işlemler" kategorisinin istisnaî karakterini de bozup genelleştirmekte, dolaylı yoldan yürütmenin bütün önemli yetkilerini kullanır hale gelmektedir. Körfez krizi ve savaşa katılma konusunda Cumhurbaşkanının sahiplenmiş olduğu aktif rol, insan haklarını, özellikle de yaşama hakkı ile can ve mal güvenliğini tehdit etmektedir.

Yargı denetimine kapatılan öbür alanlar insan haklarıyla daha yakından ilgilidir ve bunları haklı kılacak nedenler de yoktur.

Askerî hiyerarşinin gerekleri, Yüksek Askerî Şûra kararlarının denetim dışı bırakılmasını haklı kılmaz; başka türlü düşünebilmek müm-

(3) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yay., Ankara 1986, s. 97.

(4) a.g.e., s. 98, 282-287.

(5) AYM kararı: E. 1979/22, K. 1979/45, Kt. 18.12.1979 (AYMKD, sayı 17, s. 373).

kün olsaydı, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin varlık nedeni de açıklanamazdı. Asker kişiler ve askerî hizmetlerle ilgili idarî işlemlerin yargısal denetiminin Yüksek Askerî Şûra kararları için ortadan kaldırılması, eski dönemde Danıştay'ın ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin vermiş oldukları iptal kararlarına duyulan tepkinin ürünüdür ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Örneğin, bu düzenleme yüzündendir ki, "irtica soruşturması" sonucunda Yüksek Askerî Şûra kararıyla TSK'dan çıkarılan 100 kadar subay ve astsubay yargı yoluna gidememişlerdir (6).

HSYK'nın kararlarının denetim dışı bırakılması da aynı niteliktedir. Daha önce de, "hâkimlerin hak arama özgürlüğü"nü bozan bir hüküm (7), 20.9.1971 günlü ve 1488 sayılı Anayasa değişikliğiyle 1961 Anayasası'nın öngördüğü YHK için konmuş (md. 144/1), ama Anayasa Mahkemesi tarafından Cumhuriyet'in temel niteliklerine aykırı sayılarak iptal edilmişti (8). Kararda, insan hakları açısından AİHS'nin 6. maddesine de dayanılmış olması, aynı yasağı yeniden getiren 1982 Anayasası hükmünün bu konudaki uluslararası ölçüleri çiğnediğinin kanıtıdır.

Uyarma ve kınama cezalarının denetimdışı bırakılmasının temelinde, "yargıyı hafif disiplin cezalarıyla işe boğmamak" düşüncesi yatıyor olmalıdır (9). Oysa, disiplin cezasının her türü, hem sicili etkileyen, hem de insan onuruyla ilgili bir yaptırımdır. Bu hak ve üstün değerler karşısında, bazı cezaların yargı denetimi dışında bırakılmasını haklı gösterecek hiçbir gerekçe bulunamaz.

Sayıştay'la ilgili duruma gelince; bu kurum "genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak (la da) görevlidir" (AY md. 160). Maddede yer alan, "Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz" hükmü, açıkça, hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir yasaktır. Sayıştay'ın yargısal bir işleve de sahip bulunması (10) ve 1982 Anayasasında "Yüksek Mahkemeler" başlığı altında yer almış olması, bu durumun yaratabileceği sakıncaları ortadan kaldırmaya yetmez. Sayıştay üyelerinin

(6) O. ANCIN, "Yüksek Askerî Şûra kararlarının denetimsizliği", *Milliyet*, 28.7.1987; S. GÜRAN, "Yargı denetiminin kapsamı", İÜHFM. 1986-1987, sayı 1-4, s. 41; E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 98. Ordudan çıkarma konusunda bkz. *Cumhuriyet*, 7.1.1990, s. 17.

(7) K. YENİCE, "Hak arama özgürlüğü ve Danıştay", *İnsan Hakları Yıllığı*, Yıl 2, 1980, s. 113.

(8) E. 1976/43, K. 1977/4, Kt. 27.1.1977 (AYMKD, sayı 15, s. 106 vd.).

(9) Sıkıyönetim mahkemelerince verilen 3 yıla kadar hapis cezalarına karşı temyiz hakkını kaldıran hüküm de (1402 sayılı kanunun 2301 sayılı ve 19.9.1980 tarihli yasayla değişik 18/n hükmü) aynı varsayımla açıklanabilir. Buradaki hapis cezası azami süresi daha sonra 6 aya indirildi (2632 sk.).

(10) L. DURAN, *İdare Hukuku (Ders Notları)*, İstanbul 1982, s. 115.

saptanmasında iktidar partisini fiilen tek söz sahibi durumuna getiren son yasa değişikliği bu sakıncayı daha da somutlaştırmıştır (11).

İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) 1990 yılında yapılan değişikliklerden bazıları da hak arama özgürlüğünü daraltıcı niteliktedir (12). Örneğin, idarî yargıya yapılan başvuruların ilk incelenişinde, yani dilekçe karşı tarafa iletilmeden ve uyuşmazlık tartışılmadan önce, davanın reddine yolaçacak sebepler arasında bir yenisi katılmıştır. Buna göre, "idarî davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı" incelenir (İYUK 14/3). Böylece, dava konusu yapılan işlem bu nitelikte görülmezse, dava da baştan reddolunur. Öteyandan, yasada yapılan ve yürütmeyi durdurma kararı verilmesini güçleştiren, buna karşı itiraz yolları getiren değişiklikler de hak arama özgürlüğünün zararınadır (İYUK 27/2 ve 12). Davaların özel kişilerin zararına olarak uzanmasına yol açacak ve bunların somut ve etkili yararlar elde edebilmelerini zorlaştıracak nitelikteki yeni düzenlemeler de hak arama özgürlüğünü etkisizleştirici niteliktedir (13).

İdarî yargıda hak aramayı engelleyen ya da güçleştiren birtakım genel ya da dolaylı etkenler de vardır. "Sözleşmeli personel" kategorisi, bu statüye girenlerin bu yola başvurabilme olanaklarını kısmıştır (14). Devlet Memurları Kanununda yapılan değişikliklerle (md. 13), kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı, sorumlu kamu personeli aleyhine dava açılamaması, ancak kurum aleyhine dava açılabilmesi öngörülmüştür (15). Yargı kararlarından gelen daraltımlar da vardır. Örneğin Danıştay, Basın Kanunu md. 31 uyarınca Bakanlar Kurulunun aldığı, bazı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılmasını yasaklama kararlarına karşı açılan davalarda "menfaat şartı"nı çok dar yorumlamaktadır. Salman Rüşdî'nin *Satanic Versetas* (Şeytan Ayetleri) adlı kitabının yasaklanması kararına karşı açılan dava bu nedenle reddedilmiştir (16). Bunun anlamı, sözkonusu yasaya dayanılarak alınan Bakanlar Kurulu kararlarına karşı idari yargıda hak arama özgürlüğünün hiç kimse için bulunmadığı, bu kararların adeta idarî yargı dışı kalan birer "hükümet tasarrufu" sayıldıklarıdır.

(11) Kanun No: 3677, Kt. 1.11.1990, md. 6 (RG. 3.11.1990-20684).

(12) Kanun No: 3622, Kt. 5.4.1990 (RG. 10.4.1990-20488)

(13) L. DURAN, "Keyfî yönetim yasalaştırılıyor", *Cumhuriyet*, 1.2.1990; A. GÖKÇE, "İdarî yargıya yazık oluyor", *Milliyet*, 14.9.1990.

(14) T. AKILLIOĞLU, "Anayasaya uygunluk denetiminde yönetim hukuku ölçüleri" (tebliğ), *Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye Uluslararası Sempozyumu*, İstanbul 1987.

(15) Kanun No: 2670, Kt. 12.5.1982.

(16) Danıştay 10. Dairesinin red kararında, "Kitabın yurda girişinin yasaklanmasında davacının aktüel bir menfaatinin bulunmadığı" belirtilmiştir (*Güneş*, 27.1.1990). Dava, yayıncı Bektaş Ayyıldız tarafından açılmıştı.

2) ANAYASA YARGISI YOLUNA BAŞVURMA

Yukarda ele alınan idarî yargı yolu tek başına yeterli bir koruyucu değildir. İdari işlemin denetlenmesinde ölçü alınan yasa, Anayasaya uygun değilse, idarî yargı denetimi ve bu yolla hak arama özgürlüğü de kendilerinden bekleneni sağlayamaz. Bu yüzden anayasa yargısı yalnız hukukun ve Anayasanın üstünlüğünü sağlamak için değil, hak arama özgürlüğü açısından da büyük önem taşır.

Türk sistemi gibi, kişilere doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma ya da şikâyette bulunma hakkı tanımayan düzenlerde, bu denetimi harekete geçirebilmenin yine de nisbeten dolaysız (doğrudan) bir biçimi vardır: def'i ya da itiraz yolu. Anayasa yargısına başvurunun öbür yolu olan iptal davası açma yetkisi de, dolaylı biçimde bireyin hak arama özgürlüğünü ilgilendirir. Ulusu temsil eden parlamenterlerin belli bir sayısının, ya da seçmenlerin dileklerini yansıtan siyasal partilerin dava açma yetkisi bu bağlamda düşünülmelidir. 1961 Anayasası'nın "kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda" iptal davası açma yetkisi tanıdığı YHK, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve üniversitelerin, kurumları adına açtıkları ya da açabilecekleri davalar da, üyelerini ve bunların hak arama özgürlüğünü yakından ilgilendiriyordu. Nitekim bu kurumlarca 1961 Anayasası döneminde açılan iptal davalarında iptali istenen hükümlerin önemli bölümü, üyelerinin özlük haklarıyla ilgili olmuştur.

Anayasa yargısında hak arama özgürlüğü, bu çerçeve açısından bugün hangi noktalardan eleştirilebilir? Soruyu, itiraz ve iptal davası yolları, hak arama özgürlüğünü etkilemesi kaçınılmaz olan "denetlenmez normlar" ve olağanüstü durumlar açısından ele almak mümkündür.

Mahkemelerde görülmekte olan bir dava sırasında uygulanacak kanun ya da kanun hükmünde kararname hükümlerinin taraflarca Anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi, mahkemenin bu iddiayı "ciddî" bulması durumunda işi bir "bekletici sorun" olarak Anayasa Mahkemesi'ne göndermesi, hak arama özgürlüğü açısından somut bir güvencedir; çünkü Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı vermesi durumunda davacı ya da davalı taraf bundan doğrudan yararlanmaktadır (17). 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesine "olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı" iptal kararı verebilme yetkisini de tanımıştı (md. 152/4).

(17) bkz. A.Ü. AZRAK, "Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümezliği", *Anayasa Yargısı 1984*, AYM yay., s. 151-168; B. KUZU, "Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümezliği sorunu", İÜHFM, 1986-1987, sayı 1-4, s. 185-229; Y. ULER, "Anayasa Mahkemesi iptal kararları geri yürür", *Bahri Savcı'ya Armağan*, s. 515-534.

1982 Anayasası ise, itiraz ya da def'i yoluyla hak arama özgürlüğüne birtakım daraltımlar getirmiştir. Bir kere, itiraz yoluyla biçim yönünden denetimi sağlama olanağı artık yoktur (AY. md. 148/2). Ayrıca, "Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz" (md. 152/4). İlke olarak bu konuda bir süre konması mantıklı olsa bile, buradaki sürenin uzunluğu "toplumun dinamizmine ve değer yargılarındaki değişime uygun düşmeyebilir. (18)" Kaldı ki, yukarda siyasal partilere hazine yardımı konusunda görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi aynı konuda iki yıl içinde birbirine tam karşıt kararlar da vermiştir (18-19 Şubat 1969 ve 2 Şubat 1971 tarihli kararlar). Üçüncüsü, yeni Anayasanın "olayla sınırlı" ve yalnız tarafları bağlayıcı karar verme olanağının kaldırılması, somut durumlarda kişi haklarının korunmasını zorlaştıran bir başka noktadır (19). Nihayet, eski sistemde Anayasa Mahkemesi'nin kararının gecikmesi durumunda dava mahkemesinin elindeki sorunu "kendi kanısına göre", yani Anayasaya aykırı bulacağı normu bir yana bırakarak çözebilme olanağı varken (md. 151/son), 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nin beş ay içinde karar vermemesi durumunda dava mahkemesinin elindeki davayı *"yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandır"*masını buyurmuştur (md. 152/3).

İptal davası yoluyla, yani kurum, kuruluş, parti, vb. eliyle ve dolaylı biçimde hak arama yolu daha da önemli kısıntılara uğramıştır. 1961 Anayasası'nın ilk şeklinde TBMM'de "temsilcisi bulunan" partiler bile dava açabiliyordu. Bu olanak, muhalefetteki küçük partilerin anayasa yargısı mekanizmasını harekete geçirmelerinde büyük rol oynamış, pekçok yasa hükmü bu sayede Anayasa Mahkemesi'nin süzgecinden geçmiş, bunların da bir bölümü iptal edilmişti. 1971 Anayasa değişikliğiyle ortadan kaldırılan bu olanak 1982 Anayasası'nda da yeralmamaktadır. 1961 Anayasası döneminde, son genel seçimlerde % 10 oy alan partilerin de iptal davası açma hakkı varken, yeni Anayasa bunu da geri almıştır. Yine eski Anayasa döneminde yasama meclislerinden birinin üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri dava açma olanağına sahiptiler; böylece, örneğin Cumhuriyet Senatosu'ndan 30-35 üye Yüksek Mahkemeye başvurabiliyordu. Yeni sistemde TBMM üye tam sayısının beşte biri tutarında üye bu hakka sahiptir, dolayısıyla gerekli imza tutarı 450:50=90 olmak üzere çok yükseklerdedir. O kadar ki, 1987 seçimlerine göre

(18) Y. ALİEFENDİOĞLU, "Türk Anayasa yargısında iptal davası ve itiraz yolu", *Anayasa Yargısı 1984*, s. 130.

(19) bkz. *Anayasa Yargısı 1984*, s. 146 (E. Özbudun'un yorumu).

üçüncü parti durumundaki DYP bile bu olanağa sahip değildir. Anayasanın dava açma konusunda siyasal partilere tanıdığı olanak sadece iktidar ve ana muhalefet partisi meclis gruplarını içine alır (md. 150). İktidar partisinin meclisteki çoğunluğuna dayanarak çıkardığı yasalara karşı Anayasa Mahkemesine gitmesi zaten pek düşünülemez. Ana muhalefet partisi de, iktidar beklentisiyle ilerde kendine yararı dokunacağını düşündüğü birtakım yasalara karşı yargı yoluna gitmeyebilir (20). Dolayısıyla yeni sistemde dava hakkı esas olarak Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partilerinden oluşan bir üçgenin içine sıkıştırılmıştır. Öteyandan 1961 Anayasası döneminde yukarda sayılan merci ve kurumlara tanınmış olan "kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda" dava açma yetkisi de geri alınmış olduğundan, bu kurumların mensuplarının sahip olduğu dolaylı hak arama özgürlüğü de ortadan kalkmıştır.

Başvuru olanaklarını daraltan bütün bu gerilemelerden sonra, *"denetlenemez normlar"* konusu da hak arama özgürlüğünü yakından etkiler. İnsan hakları ve anayasa yargısı açısından bunların en öndegeleni MGK işlemlerinin (yasa, kanun hükmünde kararname, kararlar, vb.) Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesidir (Geçici md. 15). Bu işlemlerin ve özellikle yasaların kamusal hayatın hemen her boyutunu içeren kapsamları vardır. İdari işlemler de büyük çapta bunlara dayanılarak yapılmaktadır. İşlemlerin idari yargıda denetlenmesi sırasında sık sık yasanın Anayasaya aykırılığı sorunu ön plana çıkmakta, ama Anayasa (Geçici md. 15) engeli aşılamadığından, Anayasa yargısı yoluna gidilememektedir. Her ne kadar, Geçici 15. maddenin bu yolda bir engel oluşturmadığı tezi inandırıcı kanıtlarla savunulmuşsa da (21), bu yolda bir gelişme olmamiş, Anayasa Mahkemesi bu tür işlemlerle ilgili bir denetim yetkisi bulunmadığını kabul etmiş (22) ya da daha baştan dava mahkemeleri "Anayasaya aykırılık" iddialarını geri çevirmişlerdir. Örneğin, Sıkıyönetim Mahkemeleri'nce verilecek cezaların belli oranlarda arttırılmasını emreden hükmün (SYK 17/1) bizzat askeri mahkemelerce Anayasaya aykırı bulunmasına karşın, Anayasa Mahkemesi'ne gönderilemeyişi bu açıdan çok çarpıcı bir durumdur. Gerçekten, İstanbul I. Ordu Komutanlığı Sıkıyönetim 2 No.'lu Askeri Mahkemesi'nin iki heyeti 30.10.1987 ve 4.11.1987 tarihli kararlarında bu hükmün anayasaya ve özellikle eşitlik ilkesine ay-

(20) L. DURAN, "Türkiye'de anayasa yargısının işlevi ve konumu", *Anayasa Yargısı 1984*, s. 71, 85.

(21) O. ALDIKAÇTI, "Bilirkişi Raporu", *Yeni Gündem*, sayı 30, "Demokrasilerde" Eki, sayı 9, s. 84.

(22) E. 1984/1 (Parti kapatma), K. 1984/1, Kt. 28.9.1984 (AYMKD, sayı 20, s. 45 vd. ve özellikle s. 504.

kırılığını kabul etmişler, ancak Anayasanın Geçici 15. maddesini ileri sürerek Anaysa Mahkemesine başvuru istemini de reddetmişlerdir.

MGK yasalarından sonra "denetlenemez normlar"ın insan hakları ve hak arama özgürlüğü açısından ikinci büyük paketi olağanüstü dönemlerde çıkartılan KHK'lardır. Anayasaya göre, "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz" (md. 148/1).

Olağanüstü durumlarda yargı denetimine getirilen bu önemli istisna, başka kaçamakları da besleyip özendirmektedir. Bu durum, 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (23) ile yaşanmıştır. Bu KHK, varolan olağanüstü hal rejimini ilân ve tatbik etmemekte, "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği" adıyla bambaşka bir statü düzenleyip, yepyeni bir olağanüstü hal rejimi yaratmaktadır. Doğu ve GÜneydoğu Anadolu'daki durumlarla ilgili hiçbir özel, özgül, somut önlem ya da çözüm içermeyen KHK, kendine özgü, süresiz ve istisnai bir rejim yaratmış olması bakımından Anayasaya ve demokratik hukuk devleti kavramına tamamen aykırı bir işlem olmakla birlikte, "olağanüstü hak kararnameleri"yle ilgili anayasa yargısı denetimi yasağından ve bağışıklığından yararlanmaktadır (24). Olay, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü aleyhine Anayasaya sokulan "denetimsizlik bölgesi"nin nasıl yayılmaya elverişli bir tehlike oluşturduğunu, anayasal-siyasal sistemin yeni yasak ve denetimsizlikler üretebilme yeteneğini de ortaya koymaktadır.

Bir başka kaçamak yolu da, olağanüstü hal kararnamelerine, olağanüstü hal bölgesi dışındaki alanları da etkileyen hükümlerin konmasıdır (KHK 424, 425 ve 430). Anayasa Mahkemesi yerinde bir kararla bunları denetleme yetkisi olduğunu kabul etmiş, 10 Ocak 1991'de verdiği kararla da 425 no'lu KHK'daki üç hükmü iptal etmiştir.

3) ADLİ YARGI YOLUNA BAŞVURMA

Adlî yargı yolunda hak aramayı zorlaştıran engeller hukukî ve fiili niteliktedir: "Memur güvenceleri", idarenin ve kolluk güçlerinin engellemeleri, eğitim ve bilgi eksikliği, malî sorunlar vb.

Kamu ajanlarının yargılanabilmesindeki engeller ile kolluk güçlerinin bazı davranışları hak arama özgürlüğünü olumsuz yönde etkilemektedir. Bir kere, hak ve özgürlükleri ihlâl ederken suç da işleyen kamu görevlisinin yargılanabilmesi oldukça zordur. Anayasanın, ceza

(23) RG. 14.7.1987-19517.

(24) L. DURAN, "III. Cumhuriyetin yürütmesi kuvvetli icra mı, kişisel iktidar mı?", *Bahri Savcı'ya Armağan*, s. 240-241.

soruşturması için idarî makamın iznini gerekli sayması (md. 129), 1609 sayılı özel yasanın bazı suçlar için bunu öngörmesi ve özellikle 1913 tarihli Memurin Muhakematı Kanunu'nun memurların işledikleri görev suçlarında ön soruşturma işini idarî kurullara vermesi ve savcıların memurlar hakkında doğrudan doğruya dava açamamaları (25), memur güvenceleri bakımından olumlu, ama mağdur kişilerin hak arama özgürlükleri açısından olumsuz unsurlardır.

Bazı ceza davalarının açılabilmesi ise daha da özel sorunları içermektedir. İşkence iddialarıyla ilgili davalar bunun tipik örneğidir. Böyle bir davanın açılabilmesi için sırasında 7 yıl gibi uzun bir uğraşma döneminden geçilmesi gerekmekte, bazansa bu bile dava açtırmaya yetmemektedir. Delil ve sanıkların belirlenebilmesindeki güçlükler bu durumun başlıca nedenidir (26).

İdarenin ve kolluk güçlerinin hak arama özgürlüğünü doğrudan doğruya engelleyen davranışlarına da rastlanmaktadır. Haklarında kovuşturma dosyası bulunan ve bunu bilerek ve yargılanmak üzere Türkiye'ye gelen bazı siyasal mültecilerin ülkeye sokulmaması bunun tipik örneğidir. Oysa, "davacı veya *davalı* olarak" yargı mercileri önüne çıkabilme hakkı yalnız yurttaşların değil "herkes"in hakkıdır (AY. md. 36/1), mahkemelerde de yalnız yurttaşlar değil, "herkes" yargılanabilir. Bu bakımdan idarenin ve kolluk yetkililerinin sözkonusu eylemi, anılan kişileri hak arama özgürlüğünden de yoksun bırakmıştır.

Hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesini zorlaştıran bir unsur da, yurttaşların büyük bir bölümünün davalarını mahkeme önüne götürebilecek ve kendilerini savundurtacak maddi olanaklara sahip bulunmayışlarıdır. Ağır cezalı suçlardan yargılananların durumu konunun en duyarlı yanıdır. Yasalarda *"adli müzaharet"*ten sözedilmekle birlikte, uygulamada bunun Baroların ve avukatların gönüllü ve ücretsiz katılımından başka bir yolu yaratılamamıştır. Dolayısıyla "adlî yardım" yetersiz kaldığı gibi, avukatlar için de bir tür "angarya" karakterine bürünebilmektedir. 7 Temmuz 1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun İl ve Belediyelere yüklediği, Barolara bu konuda mali yardımda bulunma sorumluluğu da bugüne kadar işlememiştir (27). Bu yönde yakın tarihlerde atılan olumlu ama mütevazi adım, İl Özel İdare Kanunu'nun 82. maddesine 9. bent olarak eklenen hükümle, İl bütçesinin kesinleşmiş öz gelirinin binde biri oranında barolara yardım yapılmasının kararlaştırılmış olmasıdır (28).

(25) E. YURTCAN, "Kaldırılması gereken bir yasa", *Cumhuriyet*, 3.5.1983.

(26) "Yedi yıllık dava başladı", *Cumhuriyet*, 10.3.1988; "Yedibuçuk yıldır sürünen (açılamayan) dava", *Cumhuriyet*, 4.3.1988.

(27) M. TERLİKSİZ, "Hak arama özgürlüğü", *Cumhuriyet*, 7.1.1988; İ. ÖZTURANLI, "Hak arama özgürlüğü", *Cumhuriyet*, 22.9.1975.

(28) No: 3360, Kt. 16.5.1987.

XII./KARŞILAŞTIRMALI BİR SENTEZ DENEMESİ

"Dünya insan hakları haritası"nda Türkiye'nin yeri neresidir?

Bugün BM'lerde temsil edilen devletlerden 30 kadarında, batılı anlamda demokratik, liberal, çoğulcu, insan haklarına dayalı, bu çerçevede kurumsallaşmış ve istikrar gösteren siyasal rejimler vardır (henüz geçiş sürecini yaşayan bazı "sosyalist" ülkeler ile Türkiye dışındaki Avrupa, ABD ve Kanada, Japonya, Avustralya, Yeni Zelanda, Hindistan, vb.). Giderek artan sayıda ülkeler de, batı tipi bir demokrasi ve insan hakları sistemi arayışı içinde bulunmakla birlikte, anayasal-siyasal istikrardan yoksundur, askeri rejimlerle sivil demokrasiler arasındaki gel-gitleri (Latin Amerika ülkeleri, Türkiye, GÜney Kore vb.) ya da bazı "sosyalist" ülkeler gibi bir "geçiş dönemi" yaşamaktadırlar. Liberal ve çoğulcu olmayan sistemler ise (sosyalist rejimler, tek partili sistemler, sağcı otoriter rejimler, askeri diktatörlükler, tutucu monarşiler), Türkiye'nin dünyadaki yerinin işaretlenmesi açısından birinci dereceden önem taşımazlar; bu yer, yukarda anılan ilk iki grup çerçevesinde anlaşılabilir.

Gerçekten de Türkiye, askeri darbe ve rejimlere sahne olmasına ve demokrasisinin kısıtlı oluşuna rağmen, terimin gerçek anlamında bir "otoriter rejim" örneği sayılamaz. Siyasal hayatta sınırlı da olsa bir yarışma ve çoğulculuk vardır. İktidarın kaynağı seçimlerdir. Demokratik meşrûluk esastır. Bütün aksaklık ve keyfilik eğilimlerine karşın, kurum ve kurallarıyla bir "anayasal yönetim" anlayışı vardır. Kuvvetler ayrılığı ve parlamenter rejim birer olgudur; 1982 Anayasası bunları yoketmiş değildir. Hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve yargısal denetim (idare mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi) alanlarında gerilemeler olmuşsa da, eldeki güvence ve olanaklar yine de azımsanmayacak düzeydedir. Nihayet, tarihsel birikim ve yönelimde olumlu yönler vardır. Ülke; 1839'dan beri "insan hakları", 1876'dan beri "anayasal yönetim", 1908'den ve özellikle 1945'den bu yana da "çoğulculuk" mecrasında önemli mesafeler almıştır. Kısaca, Türkiye'nin, çoğulcu-özgürlükçü sistemi aramada sürekli bir yönelim göstermesi, insan hakları performansı açısından da batı demokrasileriyle karşılaştırılmasını mümkün ve gerekli kılan bir özelliktir. Kaldı ki, "insan haklarına saygılı bir demokrasi" olmak, aynı zamanda devletin de resmi tezidir. Dolayısıyla, Türkiye, insan hakları düzeyi açısından,

"referans grubu" olan birinci kümenin ölçülerine göre değerlendirilip eleştirilmelidir. Bunun için de ilkin, çoğulcu-özgürlükçü sistemlerde insan haklarının durumuyla ilgili toplu bir görüş açısını yakalamaya ihtiyaç vardır.

1) BATI DEMOKRASİLERİNDE İNSAN HAKLARININ DURUMU

Burada da eleştirici olabilmek ve "olumlu" görüntü arkasındaki "olumsuz"u, "olumsuz" görüntü arkasında yatan "olumlu"yu görebilmek gerekiyor. Böylece, Türkiye'deki insan hakları ihlâllerinden bazılarını batılı ülkelerden getirilen "emsaller"le haklı çıkarma çabalarının gerçeğe uygun düşüp düşmediği de görülebilecektir.

İleri batı demokrasilerinde de insan hakları sorunu, bazan dışardan sanıldığı kadar doyurucu çözümlere kavuşmuş değildir. Sermaye/Emek, Yöneten/Yönetilen, İktidar/Muhalefet ya da Devlet/Birey çelişkilerinden doğan klasik sosyal ve siyasal sorunlar hâlâ gündemdedir. Bunlara, günümüze özgü bazı yenileri de eklenmiştir. Ayrıca hukuk düzenleri açısından da eleştirilebilecek pekçok nokta vardır.

Hak ve özgürlüklerin durumu her zaman ekonomik ve sosyal etkenlere sıkısıkıya bağlı olmuştur. Kuşkusuz, sosyal devlet, sosyal demokrasi, refahın yaygınlaşması gibi olgular geniş kitlelerin eskiye oranla insan haklarından daha iyi yararlanabilmelerini sağlamıştır. Ancak, emeğiyle yaşayanlar için şu üç boşluk hâlâ doldurulabilmiş değildir: iş güvencesi ve çalışma hakkı, boş zaman ve kendini geliştirebilme olanakları, toplumsal üretimi yönlendirebilme gücü. Gelişmiş ülkelerde bile iş bulabilme, konut, eğitim, kültür, sağlık, boş zaman olanakları, adaletten yararlanma, hatta ortalama yaşam süreleri açısından değişik sınıflara mensup insanlar arasında net farklılıklar vardır. Ekonomik krizler de emeğiyle yaşayanların temel hakları üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmaktan geri kalmamaktadır (1).

Bu toplumlarda büyük yoksulluk adaları da kaybolmuş değildir; ABD'deki evsiz-barksızlar ve zenci *ghetto*'ları, Avrupa'da ve özellikle Fransa'da "yeni yoksullar" (nouveaux pauvres), giderek artan *clochardisation* gibi olgular, ürküntü verici boyutlardadır (2). Hak ve özgürlük kavramının her zaman ve her yerde maddi koşullarla kader birliği içinde oluşu, günümüzde "gelişme hakkı" ya da Uluslararası Yeni Ekonomik Düzen gibi aranışların ön plana çıkmasına yolaçmaktadır (3).

Ayrıca, devletin ekonomik ve sosyal hayata müdahalesi her zaman

(1) R. WEYL, "Des doits-libertés au droit-pouvoir", *La Pensée*, no 227, mai-juin 1982, p. 87-90.

(2) J. WRESINSKI, "La violation des droits de l'homme en France", *Le Monde*, 13.2.1987, p. 2.

(3) R. WEYL, "Des droit-libertés au droit-pouvoir", p. 87, 91.

zaman güçsüzlerin korunması yönünde gelişmemektedir; büyük ekonomik kuruluşların korunması da önemli bir amaçtır (4). Kaldı ki, sosyal amaçlı müdahalelerin ters sonuçlar doğurabildiği de unutulmamalıdır. Devlet, gerçekte yüzyıl öncesinden daha fazla her yerde "hâzır ve nâzır"dır. Sosyal hayata müdahalelerin artması ise idarî cihazın ve bürokrasinin de azmanlaşmasına yolaçmaktadır. Bunun etkisi, bireysel ve yerel özerklik alanlarının daralması biçiminde görülmektedir. Teknokrasi ve teknostrüktür gibi olgular da bu durumu beslemektedir. Ayrıca, "devletten çok şey beklemek" insanları pasifliğe itmekte, yurttaşlık ve yaratıcılık duygularını köreltmektedir (5).

Öteyandan, düzensiz kentleşmenin ve doğal dengelerin bozulmasının, en temel haklardan olan "sağlıklı bir çevrede yaşama" hakkını, insanların fizik ve moral varlıklarını geliştirebilme hakkını nasıl örselediği herkesin yaşayarak öğrendiği bir gerçektir. Teknolojik ilerlemenin de hep insanlığın yararına kullanılamadığı gözlenmektedir. Son derece incelmiş teknikler ve araçlar, insanın özel yaşamını ve dokunulmazlıklarını tehdit edebilmektedir: Telefon dinleme, uzaktan dinleme, bilgisayarla fişleme, "yalan okuma" makinaları, vb. (6).

Ayrıca siyasal kurumlar düzeyindeki gelişmelerin de insan hakları zararına bazı sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Yürütme organının ön plâna geçmesi, parlamentonun silikleşmesi, yargı denetimindeki gerilemeler kamu özgürlükleri hesabına olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Sivil toplum kuruluşlarından da bu yönde etkiler gelmekte, büyük firmaların, sendikaların, siyasal partilerin devleşen yönetimleri karşısında küçülen yine Birey olmaktadır.

İnsan hakları sorununun doğrudan doğruya hukukî boyutlarına gelince, burada ilkin "Anayasa sorunu"na değinmek gerekir. Bazı ülkelerin bu konudaki "anayasal profili" oldukça siliktir. Kiminin yazılı anayasası yoktur (İngiltere, bir ölçüde İsrail), bazıları hayli eski tarihli anayasalarla günümüzün insan hakları sorununu çözmeye çalışma durumundadır (ABD, bazı Kuzey Avrupa ülkeleri). Yeni sayılabilecek bazı anayasaların insan hakları listeleri , düzenlemeleri ve güvenceleri ise pek doyurucu görünmemektedir (1949 Bonn Temel Yasası). Bazan eksiklikler eski anayasal metinlere gönderme yapılarak kapatılmak istenmiş (1958 Fransız Anayasası), ama bu durumda bile hak ve özgürlükler (dernek, toplantı ve gösteri, eğitim, vb.) liste dışı kal-

(4) bkz. B. TANÖR, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, MAY yay., İstanbul 1978, s. 87 vd.

(5) J. M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, Ed. Economica, Paris 1982, p. 162; "Les conditions d'existence des libertés", *La Documentation française*, Documents d'Etudes, No: 4. 01, Avant Propos (J. Robert).

(6) bkz. H. DELAHAIE/F. PAOLETTI, *Informatique et Liberté*, Ed. de la Découverte, Paris 1987.

maktan kurtulamamıştır. Baştan savma düzenlemeler de vardır. Fransa'da hâlâ geçerli olan 1946 Anayasası Başlangıcı'nda yeralan, "Grev hakkı, onu düzenleyen yasalar çerçevesinde kullanılır" hükmü, 1876 Kanunu Esasî'sinin "matbuat kanun dairesinde serbesttir" formülünden daha fazla özgürlükçü görünmemektedir.

Yasalar düzeyindeki boşluklar da dikkat çekicidir. Pek çok ülkede sinematografik faaliyetler, gösteri yürüyüşleri, sendika ve grev hakları "kamu özgürlükleri" düzeyine çıkarılmış değildir. Yasalarda, özgürlüğü tehdit eden bulanıklıklar da vardır. Örneğin Fransa'da Basın ve Ceza kanunlarındaki esnek hükümlerin düşünce özgürlüğü üzerindeki olumsuz sonuçlarına sürekli işaret edilmektedir (7).

Bazı ülkelerde totaliter dönemlerden artakalan yasalara da rastlanmaktadır. İtalya'da faşist dönemde konan ve TCK. md. 141-142'ye kaynak olan, İtalyan Ceza Kanunu'nun 270 ve 272. maddeleri hâlâ yürürlükten kaldırılmış değildir. Bu hükümler Anayasa Mahkemesi'nce Anayasaya aykırı da bulunmamıştır (8).

Son yıllarda terörizm olaylarının da, kısıtlayıcı yasalara sebep ya da vesile oluşturduğu görülmektedir. Bu türden yeni olgular, ulusal hukuklarda ve uluslararası hukukta (9) önemli değişimlere yolaçmıştır. Ulusal mevzuatlardaki yeni düzenlemelerle ilgili kısa bir döküm, değişmenin boyutları konusunda bir fikir verecektir (10).

Mevzuat değişiklikleri genel olarak yasa yoluyla, istisnai olarak da kanun hükmünde kararnamelerle gerçekleştirilmiştir. Bu yollardan güvenlik güçleri; bilgi fişleri düzenleme (Federal Almanya), telefon ve mektupları denetleme (İtalya, Lüksemburg), kişilerin üstünü arama (Federal Almanya, İngiltere), konutlara girebilme (İtalya, Federal Almanaya), kimlik sorma ve kimlik saptaması için gözaltına alabilme (İtalya, Federal Almanya, İngiltere, Fransa) gibi alanlarda daha geniş yetkilerle donatılmıştır. Şüpheli kişilerin gözaltına alınabilmeleri kolaylaştırılmış, gözaltı süreleri uzatılmış, parmak izi ve fotoğraf alma, avukatla görüştürmeme gibi yetkiler tanınmıştır (ABD, Kanada, İspanya, Fransa, İngiltere, Federal Almanya, İtalya). Polisin ve hapishane yönetimlerinin bazı ülkelerde zanlılara kötü davranışlarda bulunduklarına (Fransa, İtalya, Federal Almanya, İngiltere) ve tutukevlerin-

(7) J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 184-185.

(8) *Corte Cost., Sent*, 6 Luglio 1966, no 87; 18 Luglio 1973, no 143.

(9) "La lutte internationale contre le terrorisme", *La Documentation française*, Problèmes politiques et sociaux, 3.5.1975.

(10) J. W. BISHOP, "Can Democracy Defend Itself against Terrorism?", *Commentary*, vol. 65, number 5, may 1978, p. 55-62; H. GOLLWITZER/A. MENNE, "De nouvelles restrictions aux libertés en Allemagne de l'Ouest", *Le Monde diplomatique*, mars 1978, p. 2; *Bulletin (s) d'Information sur les Activités Juridiques*, Conseil de l'Europe, Nos 1-27 (1978-1988); Ş. ALPASLAN, *Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik* (doktora tezi), Teknik yay., İstanbul 1983.

de dizi halinde intiharlara (Federal Almanaya) tanık olunmuştur(11). "Terörist içerikli yayım", "hazırlık eylemleri" (İtalya), "komplo suçu" ve "örgütlü suç" (İngiltere) gibi yeni suç kategorileri de getirilmiştir. Bu arada, Fransa'da 8 Haziran 1970 tarihli "Anti-casseurs" yasasıyla gösteri yürüyüşleri alanında toplu ceza sorumluluğu genişletilmiş, 1936-1974 arasında 30 kadar aşırı sağ, sol ya da ayrılıkçı "birlik" hükümetçe feshedilmiştir (12).

Çalışma hakkı ve özgürlüğü ile kamu hizmetine girebilme konusunda da özellikle Federal Almanya'daki kısıtlamalar dikkat çekicidir. Bazı kişilerin, siyasal görüşleri yüzünden ya da birtakım kuruluşlara (komünist parti, sosyalist parti, savaş karşıtı dernekler, vb.) üye olmaları nedeniyle "kara liste"ye alınmaları (Berufsverbote) uluslararası hukuk forumlarının gündeminde yeralmış bir konudur (13). Yunanistan'da İç Savaş'tan beri saklanan ve zaman zaman kullanılan güvenlik fişleri ancak Eylül 1989'da yok edilebilmiştir.

Doğal yargıç ilkesi açısından sakınca yaratan örnekler de vardır. İspanya ve İrlanda'da askeri mahkemeler, olağanüstü durumlarda (sıkıyönetim, vb.) belli suçları işleyen sivilleri yargılayabilir (14). Fransa 1960'larda yargı birliğini ve doğal yargı ilkesini bozan uygulamalara sahne olmuştur. Cumhurbaşkanı işlemleriyle kurulan Yüksek Askeri Mahkeme (17 Nisan 1961), "Özel Askeri Mahkeme" (3 Mayıs 1961) ve Askeri Adalet Divanı (1 Haziran 1962) sivilleri de yargılamıştır. 4 Haziran 1960 tarihli "Ordonnance"la hükümete, suçlar işlendikten ve sanıklar belli olduktan sonra davaya bakacak mahkemeyi seçebilme yetkisi bile verilmişti. Yine Fransa'da, 15 Ocak 1963'de 62/23 sayılı yasayla kurulan Devlet Güvenlik Mahkemesi asker-sivil karışımına dayalıydı, yargıçlarının bağımsızlığı çok kuşkuluydu ve basit bir uzmanlık mahkemesinden çok "istisnai mahkeme" karakteri taşımaktaydı (15).

Yargı ve yargılama usulleri ile savunmanın hakları açısından özellikle Federal Almanya'daki yeni düzenlemelere değinmek gerekir. Bu ülkede 1972'den sonra yapılan yasa değişiklikleriyle yargıç ve

(11) Fransa'da işkence (bkz. P. VİDAL-NAQUET, *La torture dans la République*, Ed. de Minuit, Paris 1972) yoluyla alınan ifadelere mahkemeler çok kez itibar ettiler, sanıkları cezalandırmada da fazla gayretli görünmediler (R. ERRERA, *Les libertés à l'abandon*, Edition du Seuil, Paris 1975, p. 31).

(12) R. ERRERA, *Les libertés à l'abandon*, p. 125.

(13) *"Resolution on the Berufsverbote in the GFR"*, General Assembly of Democratic Lawyers, Malta, 18 november 1980.

(14) İspanya'da 15 Temmuz 1987 tarih ve 4/1987 sayılı Organik yasa (*Bulletin d'Information sur les Activités juridiques*, No: 27, juillet 1988, p. 51).

(15) R. PELLOUX, *Le citoyen devant l'Etat*, PUF, "Que sais-je?", Paris 1963, p. 76; J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, s. 187-188.

avukatların mesleğe alınmalarındaki devlet denetimi sıkılaştırılmış, sanık-avukat mektuplaşmasının ve görüşmesinin denetlenmesi (cam bölmeler), avukat sayısının sınırlanması, sanıkla suç ilişkisi içinde bulunmasından kuşkulanılan avukatların duruşmalara alınmaması (18 Aralık 1974 tarihli yasa), gibi önlemler öngörülmüştür. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 7 Nisan 1978 tarihli kararıyla, avukatların üstlerinin ve eşyalarının aranabilmesine olanak veren yasa hükmünü anayasaya uygun bulduğunu burada belirtmek gerekir. İngiltere'de ise belli suçların kanıtlarının ispatı usulü basitleştirilmiş, gıyapta yargılama usulü uygulamaya konmuştur.

Genel yargının durumu da kimi ülkelerde sürekli yakınma konusu olmaktadır. Örneğin, Fransa'da yargı, en çok eleştirilen kurumların başında gelir. 1958 Anayasası bu organdan bir "kuvvet" (pouvoir) olarak değil, *"adlî otorite"* gibi çok sönük terimlerle sözeder. Yüksek Hâkimler Kurulu'nun üyelerini seçen Cumhurbaşkanı bu kurulun başkanı, Adalet Bakanı da onun yardımcısıdır (md. 65). "Adlî otoritenin bağımsızlığının teminatçısı" (kefili) olan Cumhurbaşkanına Yüksek Hâkimler Kurulu "yardımcılık etme" durumundadır (md. 64). Yargıç bağımsızlığıyla ilgili anayasal hükümler son derece cılızdır (md. 64, 66). Asıl önemlisi, yargıçların hiyerarşik bir yapı içinde ve yürütme organına oldukça bağımlı görünmeleridir. Bu eleştiriler bilim adamları (16), ünlü yargıçlar (17), hatta kısmen Adalet Bakanları tarafından (18) dile getirilmektedir. Daha ileri giden eleştiriler de vardır. Denmektedir ki, insan haklarının beşiği olan bu ülkede, "Montesquieu'den bu yana vurgulanagelen kuvvetler ayrılığı ilkesi artık geçerli değildir. Hiyerarşik yapılanma ve Napolyon yasalarıyla yargıç, yürütme gücünün vesayeti altında yasaları yorumlamakla yükümlü basit bir uygulayıcı organ durumuna gelmiştir." (19) Fransız adaletinde, kaygu yaratan başka aksaklıklar da vardır. Örneğin; tutuklamanın, suçun ve cezanın ağırlığıyla orantılı olarak daha baştan dağıtılan bir "ön ceza" haline geldiği ve kesin mahkeme kararını "ipotek" altına soktuğu, ceza yargıcının sorgu yargıcı meslekdaşını gözetircesine, fiilen tutuklu kalınan süreyi kapsayacak cezalar verdiği, "cezaların ertelenmesi" kurumunun da işlevsizleştiği ileri sürülmüştür.

(16) J. MORANGE, *Libertés publiques*, p. 90-91; R. ERRERA, *Les libertés à l'abandon*, p. 101 vd.

(17) J. CHAZAL, *Les Magistrats*, Ed. Grasset; CASAMAYOR, *La Justice*, Ed. Gallimard.

(18) A. PEYREFITTE, "Pour une justice moderne", *Le Monde*, 9-13 janvier 1979.

(19) G. MİLLET, "La magistrature, un métier comme un autre", *Projet*, no 151, janvier 1981, p. 4-5; "Un entretien avec le juge Etienne Bloch", *Le Nouvel Observateur*, 4-10 décembre 1978, p. 61.

Ayrıca, idarî yargının anavatanında çok istisnai durumlar dışında "yürütmeyi durdurma" kararının verilmediği, öteyandan, idarenin "iptal" kararlarını yerine getirmektense tazminat ödemeyi tercih ettiği ya da meclisin yasalarla bunları etkisizleştirdiği de görülmüştür (20).

Öteyandan, bazı batılı devletlerin yakın geçmişlerinde sömürge halklarına, zenci ve yahudilere, bugün de yabancılara, özellikle de yabancı işçilere uyguladıkları yöntemler hatırlanmalıdır. Bu sonuncu konuda Avusturya, Belçika, Federal Almanya, İsviçre ve İngiltere'nin, sınırdışı edilen yabancı işçilere bilgilenme ve itiraz hakkı veren 2 Kasım 1984 tarihli ve 7 no'lu Protokolü imzalamada gösterdikleri duraksama anlamlıdır (21).

Kısacası, gelişmiş batı ülkelerinde de insan hakları konusunda ciddi sorunlar vardır. Hatta yukardaki örnekler çoğaltılabilir, istenirse tablo daha da karanlık çizilebilir. Ama çeşitli ülkelerden alınma olumsuzluklar üstüste bindirilerek batı demokrasilerinde insan haklarının gerçek düzeyi konusunda doğru bir fikir edinilemez.

Türkiye'de ise, bazan batı idealleştirilmekte; bazan da ülkemizdeki insan hakları ihlâllerini mazur göstermek için değişik batı ülkelerinden bu tip eşantiyonlar derlenmektedir. Bu mantıkla, örneğin, ülkemizdeki parti yasaklamaları Federal Almanya'nın bir döneminden, "düşünce suçları" ve ayrımcılığı ABD'deki *McCarthyism* sendromundan, tutuklamaların ön cezaya dönüşmesi kısmen Fransa'daki emsallerinden yardım alınarak "meşrulaştırılma"ya çalışılabilir. Ama bu, Türkiye'deki ihlâlleri örtülemeye yetmeyeceği gibi, batılı sistemin bütünü hakkında da yanlış bir izlenim yaratmaktan geri kalmaz. Bu konuda doğru teşhislere varabilmenin önkoşulu, sözkonusu tabloyu bütün içersinde görebilmektir. Bu konuda yukarki bilgiler çerçevesinde bazı düzeltme ve açıklamalar aşağıdaki gibi geliştirilebilir.

Herşeyden önce şu bir gerçek ki, "insan hakları düzeyi" denen nesne, salt hukuk metinleri (anayasalar, yasalar, vb.) esas alınarak ya da bunlarla yetinilerek ölçülemez. Hukuk metinleri doyurucu bir tablo çizebilir, ama uygulama başka bir yönde olabilir. Bunun tersi de mümkündür; insan haklarının tanınması ve güvenceleri bakımından göze çarpan büyük boşluklar, pratikte başka yollarda giderilmiş olabilir. İşte, kimi batı ülkelerinin "mevzuat vitrini"ndeki boşlukların arka planı da budur. Nasıl İngiltere'nin bir yazılı anayasaya sahip olmaması, demokrasinin beşiği sayılan bu ülkenin "anayasal bir sistem"e sahip olmadığı anlamına gelmezse, insan hakları konusundaki

(20) F./A. DEMICHEL, *Pouvoirs et Libertés*, Editions Sociales, Paris 1978, s. 84-85; R. PELLOUX: *Le citoyen devant l'Etat*, p. 101.

(21) M. Y. İKİZER, *Batı'daki İnsan Hakları Uygulamaları ve Türkiye* (basım yeri ve tarihi belirtilmemiş), s. 8-20.

anayasal yada yasal boşluklar da, ilk bakışta akla gelen sakıncaları doğurmamışlardır. Bu sakıncaları dengeleyen ve gideren çeşitli sosyal, siyasal ve hukukî karşı-ağırlıklar vardır.

En başta, "boşluk" ya da "eksiklik" görüntüsü veren bazı durumlar, aslında hiç de bu anlama gelmeyebilir. Liberal (özgürlükçü) batı anlayışı içinde geçerli olan kural şudur: "yasaklanmamış olan serbesttir". Bir başka deyişle, özgürlük esastır, sınırlama ise istisna. Böyle olunca, batı ülkelerinden bazılarının geçmişinde ya da bugününde, örneğin toplantı, gösteri, sendika, grev haklarının anayasa ya da yasalarda yeralmamış olması, bu özgürlüklerin bulunmadığı ya da güvencesiz oldukları anlamına gelmez. Nasıl, basın özgürlüğünün kullanılabilmesi için basın yasalarının çıkmasını beklemek gerekmemişse, bu hakların kullanılması için de anayasal ya da yasal tanıma yoluna gidilmesi gerekmemiştir. Bunlar birer "serbestlik" olarak kendilerini kabul ettirmiş ve pratikte geçerlik elde etmişlerdir.

Bu noktada, yargı organlarının tutumu belirleyici olmuştur. Batı sistemlerinde insan haklarının güvenceleri açısından "yargısal yaptırım" (müeyyide), anayasal ve yasal tanıma kadar, hatta zaman zaman bunlardan da daha fazla etkilidir. Sendika ve grev hakkı gibi sosyal haklar da dahil olmak üzere pekçok hak ve özgürlük, anayasa ve yasalar tarafından düzenlenmezden önce yargı kararlarıyla güvence altına alınmışlar, içtihad hukuku tarafından "tanınmış"lardır. Örneğin, yukarda yetersizliklerine değinilen 1958 Fransız Anayasası koşullarında, mahkeme içtihatları sayesinde, Anayasanın gönderme yaptığı 1789 Bildirgesi ile 1946 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde yeralan soyut ilkeler somutlaştırılmış, birbirleriyle bağdaştırılmış, "anayasal değer taşıyan kurallar" durumuna getirilerek "anayasallık bloku"na katılmış ve "hukukun genel ilkeleri"yle de tamamlanmışlardır (22). İçtihatlarıyla Fransız idare hukukunu yoğuran Devlet Şûrasının ve aslında gerçek bir yargı organı olmayan Anayasa Konseyi'nin katkılarıyla özgürlük alanı pekişmiştir. Dolayısıyla, bu ülkede temel hak ve özgürlüklerin tanımlanması, yalnız anayasa ya da yasakoyucunun değil, aynı zamanda yargıcın ve özellikle idare ve "anayasa yargıcı"nın da işi olmuştur. Haklarla ilgili temel metinlerdeki ifadelerin soyutluğu ve belirsizliği bile, bir anayasa yargısının olgunlaşmasını engellememiştir (23). İnsan haklarını sınırlayan yasaların durumuna gelince; bu konuda da ilk bakışta doğmuş olabilecek izlenimleri düzeltecek bazı açıklamalara gerek vardır.

(22) C. BIDEGARAY/C. EMERI, "La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, *Economica*, Paris 1987, p. 13-18.

(23) L. HAMON, "La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, p. 61-62.

Bir defa, eski tarihli olup da "baskıcı" karakter taşıyan yasaların çoğu fiilen uygulamadan düşmüş durumdadır. İtalyan Ceza Kanunu'nun (TCK 141-142'ye kaynak olan) 270 ve 272. maddelerinin durumu budur. II. Dünya Savaşı'nın, totalitarizm tehdidinin ya da soğuk savaş atmosferinin yolaçtığı kısıtlamalar ya ortadan kaldırılmış ya da "ölü hüküm" durumuna düşmüştür. ABD'de *McCarthyism* dönemi ve Orta Avrupa'da "istila" korkuları aşıldıktan sonra kamu özgürlüklerinde yeniden normal boyutlara dönülmüştür. Federal Almanya'da komünist partiler yine faaliyettedir. Gerek bu ülkede, gerekse İtalya ve Fransa gibi başka Avrupa ülkelerinde, bir zamanlar yasaklanmış olan faşist partiler bile, daha ehlileşmiş görüntüleriyle ve başka adlar altında sahnededirler. Yabancı ülkelerde basılan eserlerin ülkeye sokulmasını yasaklama yetkisini bakanlar kuruluna ya da içişleri bakanına veren hükümlerin uygulama alanı hemen hemen kalmamıştır. Bazı ülkelerde sinema filmleri üzerinde sansür, yasalarda hâlâ var gibi görünüyorsa da, artık uygulanmamaktadır.

Anti-terör eksenli yasalar da batı ülkelerinin hepsinde değil, bu tür olaylara daha fazla sahne olmuş olanlarında görülmüştür. Örneğin, İskandinav ve Benelux ülkeleri bundan fazla etkilenmemişlerdir. Ayrıca, anti-terör mevzuatlarının sınırlı bir hedefe yönelik kaldığı da kabul edilmelidir. Silahlı yola başvurmayan bütün siyasal faaliyetler ve temel haklar, özgürlük ortamında koruma görmeye devam etmişlerdir. Yine ilerde görüleceği gibi, bazı ülkelerdeki ayrılıkçı hareketler (İngiltere, Fransa, İspanya gibi), bu ülkelerde ayrılıkçı fikirlerin ileri sürülebilmesi olanağını ortadan kaldırmış değildir. Böylece, kısıtlamalar, büyük çapta hedef aldıkları çerçeve içinde kalmışlardır. Bunda, kamuoyu rejiminin güçlülüğü kadar, yargı güvencelerinin sağladığı olanaklar da önemli rol oynamıştır. Dolayısıyla, kısıtlamaların *mevzii* kaldığı söylenebilir (24).

Öteyandan bu son daraltımlar *geçici* karakter de gösterebilmiştir. Daha eski dönemlerden artakalan mevzuatın uygulamadan düşmesine benzer bir durum burada da kısmen vardır. Kısıtlayıcı hükümler getirmede zaman zaman ön plana çıkmış olan Fransa, bunların bir bölümünü geri alma konusunda da başı çekmiştir. Sosyalist Parti'nin iktidara gelmesinden sonra, sürekli görev yapan askeri mahkemelerin ve DGM'nin varlıklarına son verilmesi, büyük tartışmalara yolaçmış olan Güvenlik ve Özgürlük Yasası ile "Anti-casseurs" yasasının kaldırılması, yargı birliğine ve normal yargılamaya yeniden dönüş, özgürlükler alanında da "normalleşme"yi kabul anlamına gelmekteydi.

(24) Örneğin, Fransa'daki Devlet Güvenlik Mahkemelerinin, ilkdönemdeki bazı kararlar dışında, genel olarak aşırılığa kaymadığı kabul edilir (J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'Homme*, p. 188-189).

Batı hukuklarındaki durumu kavramada gözden kaçırılmaması gereken bir nokta da, insan hakları alanında sürekli yeniliklerin uygulamaya konmasıdır.

Yaşama hakkının özüne dokunan ölüm cezalarının son kalıntılarının da ortadan kaldırılması bunun ilk örneğidir. Ölüm cezası Danimarka'da 1 Haziran 1978'de yürürlüğe giren bir yasayla (25), Fransa'da da yine sosyalist iktidar döneminde (26) kaldırılmıştır. İngiltere'de ölüm cezasının yeniden konması yolundaki girişimler Avam Kamarası'nda sürekli redde uğramıştır.

Özel hayatın ve haberleşmenin (telefon konuşmaları, vb.) gizliliğinin korunması yolunda Yunanistan (27), Belçika ve Danimarka'da (28) yeni düzenlemeler getirilmiş, aksine davranışlar için cezalar konmuştur. Özel hayatın ya da özel yaşam hakkının korunması ve özellikle bilimsel ve teknik buluşlar yüzünden uğranılan zararların önlenmesi yönünde Avrupa Konseyi de önemli faaliyetlerde bulunmakta, üye devletleri bu konuda gerekli önlemleri almaya davet etmektedir (29).

Kişi güvenliği alanınnda İspanya'daki gelişmeler dikkat çekicidir. Bakanlar Kurulu'nun 4 Eylül 1981 tarihli kararıyla, Anayasa doğrultusunda güvenlik güçlerinin insan haklarını koruma görevi pekiştirilmiştir (30). Daha sonra çıkarılan bir Organik kanunla sanığın konuşmama hakkı, derhal avukat ve hekim yardımı, yakınlara bildirme, sorgu yargıcının kendiliğinden harekete geçmesi, 24 saat içinde yargıç önüne çıkarılmada hızlı ve basit usullerin benimsenmesi gibi güvenceler getirilmiştir (31). Lüksemburg'da haksız tutuklamalara karşı tazminat ödenmesini öngören bir yasa çıkarılmıştır (32).

İfade özgürlükleri ve özellikle kitlesel iletişim araçları yoluyla düşünce ve haberlerin yayılması konusunda da bir liberalleşme görülmektedir. Örneğin, Fransa'da 9 Kasım 1981 tarih ve 81/994 sayılı yasayla radyo yayımcılığında devlet tekeline son verilerek, "serbest (özgür) radyolar" olgusu yasallaştırılmıştır.

(25) BIAJ, no 1, Juin 1975, p. 36.

(26) 9 Ekim 1981 tarih ve 81-908 sayılı yasa (JO, 10 Ekim 1981).

(27) Kanun No 1291-1982.

(28) 9 Haziran 1982 tarihli ve 278 sayılı yasa.

(29) bkz. *"Le droit au respect de la vie privée affectée par les réalisations scientifiques et techniques modernes"*, Conseil de l'Europe, 1973.

(30) BIAJ, no 11, avril 1982, p. 32-33.

(31) 12 Aralık 1983 tarih ve 14/1983 sayılı organik yasa (BIAJ, no 21, Juillet 1985, p. 37-38.). Ancak yasa, hücreye konan sanıklar için istisnai hükümler getirmekte, avukatın sanıklarla özel görüşmesini, yakalama durumundan (olay ve yer) yakınlara haber verilmesini engellemektedir.

(32) 30.12.1981 tarihli yasa (BIAJ, no 13, septembre 1982, p. 40).

Kadın hakları ve yabancıların durumu konularında da ileri adımlar atılmıştır. Fransa'da 1974'den sonra çıkarılan 40 kadar yasa ya da décret-loi ile kadın hakları geliştirilmiş, İspanya'da "kadının zinası" suç olmaktan çıkarılmış, Norveç'te de aynı yönde gelişmeler görülmüştür (33). Belçika, Fransa, İrlanda, İsveç, Avurturya gibi ülkelerin de yabancıların ve etnik grupların haklarını geliştirmede başı çektikleri söylenebilir (34).

Demokrasinin ve insan haklarının duyarlı bir ölçüsü de, idare/yurttaş ilişkileridir. Bu alanda hemen bütün Avrupa ülkelerinde (Fransa, Hollanda, İngiltere, Lüksemburg, İsveç, Norveç, Yunanistan, vb.)., "İdarenin saydamlığı"nı ve yurttaşların kendileriyle ilgili belgelere ulaşabilmelerini sağlayıcı düzenlemeler yapılmıştır (35). Bazı Kuzey ülkelerindeki Ombudsman'ın ya da Fransa'daki Médiateur'ün benzeri bir kurum olarak İspanya'da idarenin faaliyetlerini gözlemek ve temel hakların korunmasını sağlamak üzere bir "halk savunmanlığı"(36), Norveç'te de çocuklar için bir Ombudsman'lık kurulmuştur (37).

Son olarak belirtmek gerekir ki, batı demokrasilerinde insan haklarının en temel güvencesi, çoğulcu-özgürlükçü toplumsal gelenek ve "kamuoyu rejimi"dir. "İktidar" cephesini ötedenberi "hasım" olarak göregelmiş bir siyasal kültür (38) bunun temelini oluşturur. Eleştiricilik ve sürekli yenilenme ihtiyacı da buradan doğmaktadır. İnsan haklarına ve demokrasiye beşiklik etmiş ülkelerin, örneğin bir Fransa'nın "Muz Cumhuriyeti" diye eleştirilmesi (39), İngiltere'de *Charter 88* hareketinin insan haklarını geliştirmek için "yazılı anayasa" talebiyle ortaya çıkması buna birer örnektir.

Ana çizgileriyle bu tablo, batıda insan hakları ihlâllerinin *sınırlı, mevzii* ve *geçici* karakterde olduklarını da göstermiş olmalıdır.

2) TÜRKİYE'DE İNSAN HAKLARININ DURUMU

Türkiye'nin insan hakları açısından hangi düzeyde olduğu sorununa gelince, ilkin soruna kısaca da olsa, ekonomik ve sosyal alanda

(33) BIAJ, no 1, juin 1978, p. 31, 35; no 2, févr. 1979. p. 24.

(34) BIAJ, no 10, novembre 1981; no 11, avril 1982.

(35) bkz. özellikle BIAJ, no 2, février 1979; no 4, juillet 1979; no 5, janvier 1980.

(36) *Organik yasa* 3/1981, 6 Nisan 1981 (BIAJ, no 11, avril 1982, p. 27).

(37) *Yasa* no 5, 6 Mart 1981 (BIAJ, no 13, septembre 1982, p. 33).

(38) J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 161-162; F./A. DEMICHEL/M. PIQUEMAL, *Pouvoir et libertés*, p. 113, 148.

(39) S. COIGNARD/J.-F. LACAN, *La République bananière. De la démocratie en France*, Ed. Belfond, Paris 1989.

eğilmek gerekir. Yukarda, gelişmiş toplumlardaki ekonomik ve sosyal sorunlara, özellikle çalışan sınıflara mensup kişilerin insan haklarından yararlanmaları konusunda nasıl zorluklarla karşıkarşıya bulunduklarına değinilmişti. Türkiye gibi nisbeten az gelişmiş bir ülkede bu sorunlar daha ileri boyutlardadır. Özellikle tarımsal ağırlıklı toplum yapısı ve gelişme düzeyleri arasındaki farkların yarattığı eşitsizlikler, insan haklarından yararlanma konusunda daha acılı sonuçlar yaratmaktadır. 24 Ocak 1980 kararlarıyla başlayan ve 12 Eylül askeri rejimiyle de sürdürülen ekonomi politikası, yolaçtığı yoksullaşma olgusu nedeniyle, çalışan kitlelerin ve yoksul bölge insanlarının hak ve özgürlükleri üzerinde daha da yıkıcı etkiler doğurmuş bulunmaktadır.

İnsan hakları sorunsalının asıl konumuz olan hukuki boyutlarına gelince, burada Türkiye'ye özgü hastalıkları daha da net olarak görebilmek mümkündür. Bir kere, klasik batı demokrasilerindeki durumdan farklı olarak Türkiye'de "özgürlük asıl, sınırlama istisnadır" kuralı, özellikle 1980'den bu yana fiilen geçerli değildir. Hatta bu düstur adeta tersine çevrilmiş, "sınırlama asıl, özgürlük ise yasaların izin verdiği ölçüdedir" formülüne dönüşmüştür. Bu durumu bir tek örnekle canlandırmak gerekirse, anayasada ve yasalarda herhangi bir yasaklama bulunmadığı halde kamu personelinin sendikal hak ve özgürlüklerden yararlanamamış olmalarına, ve bu durumun da "yasalar izin vermiyor" şeklinde açıklanmaya çalışılmış olmasına işaret etmek yeterlidir. Bu durum ancak 1990'da değişmeye yüz tutmuştur.

Öteyandan, kişilerin bireysel ve toplumsal hayatları çeşitli yasaklar ve cezalarda çitlenmiş durumdadır. Üstelik bu yasaklar ya da yaptırımlar, yukarda bazı batı ülkelerinde örneklerine işaret edildiği gibi, "metrûk", yani uygulamadan düşmüş hükümler değil, her an uygulanan hükümler durumundadır. Birkaç örneği hatırlatmak gerekirse; sinema sansürü, yurt dışında basılı eserlerin yurda sokulmasının bakanlar kurulu tarafından yasaklanabilmesi, ya da TCK 141-142. maddeleri Türkiye'de yalnız askerî rejimler döneminde değil, çok partili hayat içersinde de sık sık uygulanan hükümlerdir. O kadar ki, TCK'ya alındığından bu yana yakın zamanlara kadar herhangi bir uygulama alanı bulmayan ve bu açıdan metruk duruma düşmüş olduğu sanılan TCK 140 bile, 1980'den bu yana uygulama alanı bulabilmektedir.

Türkiye'deki yasaklar insanın doğumundan başlayıp bütün yaşamını sarmalamakta, zaman zaman da traji-komik durumlar almaktadır. Bununla ilgili iki tip-örnek verilebilir.

Birinci örnek grubu, "yasaklı yaşam"ın doğumla başladığını ortaya koymak içindir. 1587 sayılı Nüfus Kanununun 72. maddesi "Türk kültür, örf ve ananeleri"ne aykırı isimlerin konmasını yasaklamıştır.

Bu hükme dayanan Nüfus Müdürlükleri bazı isimleri kayda geçirmekten kaçınmakta ya da bunların iptali için girişimde bulunmaktadırlar. İzmir Valisi'nin (N. Gönül) verdiği bilgiye göre, Nüfus Müdürlükleri 1987 yılına kadar "sözlüğe bakarak" karar verirlerken, İçişleri Bakanlığının yeni bir talimatı üzerine, tereddüt durumunda artık "devletleştirilen" yeni "Türk Dil Kurumu"na başvurmaktadırlar. O tarihten bu yana uygun görülmeyen isimlerden bazıları şunlardır: Melis, Nuşin, Mevla, Yarab, Suzi, Sümeyre, Ilgaz (40). Böylece "Melis bebek" ve öbürleri, adlarını kendileri seçmiş olmasalar bile, hayata daha ilk adımlarını atarlarken yasaklarla karşılaşmış olmaktadırlar.

Yasaklarla bu kadar içiçe yaşamanın traji-komik durumlar yarattığı da olmuştur. 12 Temmuz 1987 günü Türkiye'de sokağa çıkmak *yasaktı*. Çünkü, 6 Eylül 1987 günü yapılacak halkoylamasının seçmen kütüklerinin yazımı gerekiyordu. Böylece Türkiye'de seçmen kütüğü düzenlemenin yolu insanları bir günboyu evlerine kapatmaktan geçiyordu. İşin ilginç yönü halkoylamasının konusu da yine *yasaklar*dı: 1982 Anayasası ile siyasal hayatın dışına sürülen bazı politikacıların *yasakları* kalksın mı, kalkmasın mı? Ama yasaklar zinciri bununla da bitmiyordu. Çünkü halk oylamasına katılmamak da *yasaktı*, daha doğrusu para cezasını gerektiriyordu (41). Böylece, bir yasağın (politika yapma) kaldırılıp kaldırılmaması işini çözmek için bile iki başka yasak daha uygulamak gerekmişti.

Buraya kadarki örnekler Türkiye ile batı demokrasileri arasında insan hakları açısından varolan farkın "yasaklılık/özgürlük" çelişkisine denk düştüğünü göstermektedir.

Bir başka temel fark, daha güncel bir alanda, *"anti-terör mevzuat"* konusundadır. Batı'da bu konudaki yasalar terör eylemlerini ve bunların faillerini hedef almıştır. Türkiye'de 1980'den bu yana oluşturulan yeni mevzuat ise, terör eylemleri bahane edilerek bütün demokratik hak ve özgürlüklerin birer cendere içine alınmasının tipik örneğini vermektedir. Kişi, yaşama hakkından başlayarak, bireysel ve kollektif bütün faaliyetlerinde siyasal konjonktüre göre farklı farklı uygulanan baskı yasalarının dar çemberleri içersindedir. Üstelik bu uygulama sıkıyönetim ya da olağanüstü hal gibi olağanüstü yönetim usullerine özgü olmayıp doğrudan doğruya normal (olağan) rejimlerle ilgilidir. Bu arada, baskıcı mevzuatın aynı zamanda ayrımcı (diskriminasyonist) olduğuna da işaret etmek gerekir. Bunlar toplumun esas olarak, dinamik kesimlerini (işçiler, aydınlar, öğrenciler) hedef almakta, bunları sermaye ve tutucu siyasetler karşısında ezik bir du-

(40) M. T. ÖNGÖREN, "Yasaklar ve problemli çocuklar", *Türkiye Sorunları Dizisi* 2, Alan yay., İstanbul 1987, s. 92-93.

(41) M. T. ÖNGÖREN, "Yasaklar", s. 95-96.

ruma itelemekte, dinsel özgürlükler alanında da çoğunluk mezhebini ve ideolojisini azınlıklar karşısında kayırmaktadır. Dil özgürlüğü alanında da "Türkçeden başka diller" konusunda getirilen yasağın nasıl şoven ve ayrımcı bir karakter taşıdığı bir kez daha hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla yasaklamalar ve baskılar, bir açıdan genel ve yaygın, bir başka açıdan ise eşitsiz ve ayrımcı niteliktedir.

Batı ülkelerinde insan hakları alanında tanık olunan sürekli ilerleme ve iyileştirme çabalarına ise rastlanmamaktadır. Gerçi, işkenceye karşı uluslararası sözleşmelerin onaylanması, "genel gözetim" cezasının kaldırılması, sendikal alanda bazı esnemelerin sağlanması gibi atılımlar olmuştur. Ne var ki bütün bunlar çok kısmî ve yüzeysel çabalardır, kaybedilenlerin küçük çapta "telafileri" olmaktan ileri gitmemektedir. Çoğu idam cezası uygulamasına konu olmuş bazı TCK maddelerinden bu cezanın kaldırılması ya da TCK 141-142'ye "cebir" unsurunun sokulmak istenmesi yolundaki yasa değişikliği tasarı ve önerileri de insan hakları alanındaki iyileştirme girişimlerinin ne kadar göstermelik karakterde olduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki ciddi bir iyileştirme çabasından sözedebilmek şöyle dursun, çok partili hayata yeniden dönülmesinden (1983 sonu) sonra yapılan bazı yasa değişiklikleri ile ("Muzır yasası", Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, olağanüstü hal KHK'leri vb.) insan hakları alanı bazı kesimlerde daha da daraltılmış bulunmaktadır.

Durum şunu göstermektedir ki, batı ülkelerinden bazılarında rastlanan sınırlı, mevziî ve geçici olumsuzlukların hepsi Türkiye'de *toplu-ca, üstüste binerek* (kümülatif), *yaygın ve sürekli* olarak vardır. Ayrıca batıdaki istisnai örnekleri kat kat aşan son derecede vahim ihlâller, ülkemizdeki günlük yaşamın ayrılmaz parçaları durumundadır. Bu anlamda da insan hakları ihlâlleri adeta *kurumsallaşmıştır*. Dolayısıyla Türkiye'nin "insan haklarına saygılı, uygar, demokratik ülkeler arasında esasen bulunduğundan (42) sözetmek hiçbir şekilde gerçeğe uymamaktadır.

Yukarıda, esas olarak batılı demokrasiyi amaçlamakla birlikte, demokrasi ile askeri rejimler arasında gel-git'leri yaşayan ve "ikinci grup ülkeler" diye nitelenen rejimlerden (Latin Amerika, vb.) sözedilirken Türkiye'nin de bu küme içinde görülmesi gerektiğine işaret edilmişti. Ne var ki bu noktada bile Türkiye'yi sözkonusu diğer ülkelerden ayıran bir esaslı fark vardır. Bu da, ister bazı Latin Amerika ülkelerinde olsun, isterse İspanya, Portekiz ve Yunanistan gibi 1970'li yıllarda demokratik rejime dönüşü yaşamış kuzey Akdeniz ülkelerinde olsun, bir kere demorasiye geçildikten sonra insan hak ve özgürlükleri ala-

(42) E. KANTAR, "İnsan hakları alanındaki uluslararası belgeler bakımından Türkiye'nin son durumu", *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 62, sayı 1-3, 1988, s. 60.

nında ileri batı demokrasilerinin standartlarına uyulmaya başlanmış olmasına karşılık, Türkiye'de normal rejime dönülmesinden sonra da insan hakları ihlâllerinin vahim ve sistematik boyutlarda süregelmesidir. Bu açıdan Türkiye aslında, "ikinci grup ülkeler" arasında yeralıp da normal dönemlerde bile insan hakları standartlarına uygun davranmamakta direnen tek ülke durumundadır. Hatta, 1989'da demokratikleşme ivmesi kazanan "sosyalist" ülkeler bile, insan hakları konusunda daha umut verici bir tablo çizmektedirler.

Bu yüzden, resmi ve resmî olmayan uluslararası ya da uluslarüstü kuruluş ve gözlemciler, Türkiye'nin dünya insan hakları haritasındaki yerinin ne kadar geri olduğunu vurgulamakta haksız sayılamazlar. Helsinki İzleme Komitesi ve İnsan Hakları Federasyonu, ABD Helsinki Gözlem Komitesi ve Dış İşleri Bakanlığı, Avrupa Konseyi, Kuzey Atlantik Assamblesi İhtisas Komisyonları, Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Hukukçular Komisyonu tarafından yayımlanan raporlar bunun tanığıdır. *The Economist*'in yayımladığı dünya İnsan Hakları Rehberi'nde Türkiye'nin 100 üzerinde 41 puanla dünya sıralamasında 68. geldiği belirtilmiştir (43). Merkezi ABD'de bulunan *"Özgürlük Evi"* adlı kuruluşun çıkardığı dünya özgürlük haritasında da Türkiye *"kısmen özgür ülkeler"* arasında yer almaktadır (44). Bu arada, AT yetkilileri, Türkiye'nin tam üyeliği konusunda en büyük engelin insan hakları sorunu olduğuna işaret etmekte (45), Avrupa Parlamentosu da bu konuda "uyarı" kararı almış bulunmaktadır (46).

(43) *Milliyet*, 12.11.1986, s. 7.

(44) *Cumhuriyet*, 21.7.1990.

(45) N. CERRAHOĞLU, "Türk demokrasisi Avrupa Topluluğunu şaşırtıyor", *Cumhuriyet*, 28.2.1990.

(46) Avrupa Parlamentosu'nun Türkiye ile ilgili karar metni *(Cumhuriyet*, 19.5.1990).

İKİNCİ BÖLÜM
İHLALLERİN KAYNAKLARI

Kitabın Birinci Bölümünde Türkiye'de insan hakları ihlâlleri ile ilgili genel bir tablo çizilmiş, ihlâllerin boyutlarına ve uluslararası standartları zedeleyen yönlerine işaret edilmiş bulunuyor.

Şimdi İkinci Bölümde bu ihlâllerin, özellikle 1980 sonrası Türk hukuk sisteminden kaynaklanan yönlerine değinilecektir. Bir kere daha belirtmek gerekir ki, herhangi bir ülkede bu ihlâlleri doğuran hukuk ötesi (sosyal, kültürel, politik, ekonomik, vb.) birçok temel etken vardır. Ancak bu kitap, hukuk bilimi çerçevesiyle yetinmekte ve ihlâllerin sadece hukuki nedenleri üzerinde durmaktadır. İhlâllerin hukuk ötesi alanlardaki kaynakları, bu kitabı izleyecek ikinci cildin konusu olacaktır.

Hukukun, insan haklarının ihlâllerinde bir kaynak olarak görülmesi ilk bakışta yadırgatıcı olabilir. Ne var ki, bütün bölüm boyunca görülebileceği gibi, bugünkü Türk hukuk sistemi bu ihlâllerin başlıca doğuruculardından biridir. Dolayısıyla, bu bölüm "hukuk" kavramının Türkiye'de aldığı yeni biçim ve işlevin de sorgulanması niteliğindedir.

Bu sistemin parçalarını oluşturan hukuk yaratıcısı ve uygulayıcısı organlar ile pozitif hukuk kuralları ve mahkeme içtihatları, sistemin yargılanmasındaki başlıca malzemeleri oluşturmaktadır.

Bölümün buna denk düşen alt kesimleri; idari davranışlar, yasa, anayasa ve yargı şeklinde bir sıra izlemektedir.

I./İDARİ İŞLEM VE EYLEMLER

Hemen hemen bütün ülkelerde, gerek geçmişte gerekse bugün, insan haklarına yönelik müdahaleler daha çok yürütme organından idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanagelmiştir. Bu bir ölçüde doğaldır; çünkü yürütme, devlet organlarının en otoriteri ve günlük yaşamda insan hayatına en çok karışanıdır. Bu genel doğrular Türkiye için de geçerlidir; ama bu çerçevede Türkiye'deki ihlâllerin özel nedenleri de vardır. Bunlar, yürütme ve idarenin kuruluşu, yetkileri, işleyişi ve denetlenmesindeki zaaflar gibi noktalarda odaklaşıyor.

1) YÜRÜTMENİN KURULUŞU

Yürütme organının anayasal konumu ve kuruluş biçimiyle ilgili genel tablo, insan hakları açısından daha baştan olumsuz unsurlar içermektedir.

Bir kere, yasama-yürütme dengesini yürütme lehine bozan her Anayasa, insan hakları açısından da birtakım ek sorunları beraberinde taşır. 1982 Anayasası, 1876 Kanun-ı Esasî'sinden bu yana, yürütme ağırlıklı ikinci anayasadır. 1921 ve 1924 Anayasalarının meclis üstünlüğüne, 1909 ve 1961 anayasalarının da karşılıklı dengelere dayalı sistemlerinin yerini bugün açıkca yürütmeye üstünlük tanıyan bir sistem almıştır. Yürütme artık, 1961 Anayasası'nda olduğu gibi yalnız "kanunlar çerçevesinde yerine getirilen bir *görev*" (md. 6) değil, yetkilerini sırasında doğrudan doğruya anayasadan alan ve yasa olmadan da geniş bir düzenleme ve kural koyma yetkisine sahip bir güç ya da iktidardır. Bunun tipik örneği ve *"idarenin kanuniliği"* ilkesinin önemli istisnası, olağanüstü hal ve sıkıyönetim sırasında bir yetki kanununa gerek olmaksızın çıkartılabilen olağanüstü durum kararnameleridir (AY. md. 121, 122). Burada artık yürütme hiçbir şekilde yasamaya ve yasaya bağlı, ya da yasamanın türevi değildir (1). Anayasa Mahkemesi de yürütmenin bir *"Yetki"* olarak ne anlama geldiğini ortaya koyan kararlarında, insan haklarını çok yakından etkileyen bu olağanüstü durum kararnamelerinin yanısıra, Bakanlar Kurulunun vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerle (AY, 73/4), dış ticaretin düzenlenme-

(1) T. TAN, "1982 Anayasası yönünden yürütme görevi ve yetkisinin niteliği", *Anayasa Yargısı 1984*, s. 36.

si (AY, 167/2) konusunda sahip olduğu doğrudan yetkilere işaret etmiştir (2).

İkinci olumsuzluk, *Cumhurbaşkanı*'nın yürütme organı içinden sivrilerek, insan haklarını da ilgilendiren alanlarda etkili duruma gelmiş olmasıdır. Bakanlar Kurulunu ve Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak ve bunlara başkanlık etmek, başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilân etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, belli koşullarda Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, üyelerini kendi seçtiği Devlet Denetleme Kurulu'na inceleme ve denetleme yaptırmak, YÖK üyelerini, rektörleri ve bir kısım yüksek mahkeme üyelerini seçmek, vb. (md. 104). Böylece anayasal sistem açısından Cumhurbaşkanı hem yürütmenin, hem de yargının kuruluşu ve işleyişi üzerinde doğrudan doğruya ya da dolaylı yoldan büyük bir otoriteye sahiptir (3). Demokrasilerde yalnız yürütmenin başı olması gereken cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini, "yürütmeyle, yasamayla, yargıyla ilgili görev ve yetkileri" başlığı altında birleştiren 1982 Anayasası (md. 104) bu makama, "zaman zaman ve isterse kullanacağı ve yalnız hükümete ve bürokrasiye değil, yasamaya, yargıya ve topluma da hükmedebileceği" yetki rezervleri vermiştir (4) Üstelik Cumhurbaşkanı hem yetkili, hem de sorumsuzdur. T. Özal'ın Cumhurbaşkanlığının birinci yılı, bu tehlikelerin somutlaşmasına sahne olmuştur. Özal; insan haklarının da başlıca güvencelerinden olan yüksek yargı organlarına yaptığı atamalarla, eski partisinin ve hükümetin fiili başkanı gibi davranmasıyla, iş uyuşmazlıklarındaki müdahaleleriyle, savaş yanlısı kişisel politikalarıyla, bu kitabın konusuna giren alanlarda da etkili rol oynamaktadır. Bu tutumunu Anayasa'nın 104. maddesine yaslanarak savunan Özal "sorumsuzluk" zırhına sığınmayı da başarmaktadır.

Üçüncü sakıncalı durum, yürütmenin ve idarenin *yekpareleşmiş* yapısıdır. Bu; *merkeziyetçiliğin* pekiştirilmesi, özerkliklerinse geriletilmesi demektir. Oysa, yerel yönetimler ve özerklikler, demokratiklik açısından ifade etttikleri olumlu değerlerin yanısıra, insan hakları açısından da bir güvencedir. Seçimle gelen yerel yönetimlerin eylem ve işlemlerinde (kolluk hizmeti dahil) halkın hak ve özgürlüklerine daha saygılı davranmak zorunda kaldıkları bütün dünyada görülen bir durumdur. Türkiye'deki aşırı merkeziyetçi yapı ve anlayış ise, de-

(2) T. YILDIRIM, "Anayasa Mahkemesi kararlarında yürütme organı", *Hukuk Araştırmaları*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yay., c. 1, sayı 3, 1986, s. 33-38.

(3) L.DURAN, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş yay., İstanbul 1988, s.38.

(4) T. PARLA, "Cumhurbaşkanlarının yetkileri ve Başkanlık sistemleri", *Cumhuriyet*, 15.1.1988.

mokrasinin yerel ve gerçek bir zemine oturmasını hep güçleştirmiştir. Özerk kurumlar için de aynı şey söylenebilir. Radyo/TV yönetiminin özerkliği, "kamuoyunun serbestçe oluşması" ve herkesin özgürce bilgilenebilmesi açısından zorunlu bir kurumsal temeldir. Aynı şekilde, öğrenim ve öğretim özgürlüğü ile akademik özgürlüklerin de üniversitelerin idari özerkliğine bağlı olduğu açıktır. Türkiye'de ilkin TRT'nin özerkliğinin, sonra da Üniversite'nin idari özerkliğinin kaldırılması, sözü geçen özgürlükler alanında bugün yaşanan sorunların temel nedenlerindendir. Ayrıca; merkezi idarenin, atamalar, işten ya da görevden elçektirmeler, sıkı bir idari denetim ya da vesayet sistemi (AY. md. 127) yoluyla ve aslında iktidardaki parti adına uyguladığı baskılar, merkeziyetçiliğin özgürlükler açısından taşıdığı tehlikeleri gözler önüne sermektedir.

Dördüncü olumsuz yapılanma örneği ***askerî/sivil otorite*** ilişkileri konusundadır. Doğası gereği otoriter eğilimli olan askeri güç, yönlendirme, yönetme ve yürütme konusunda önemli yetki ve görevlere sahiptir ya da sahip kılınabilir. *İlk başta*, bakanlar kurulu karşısında âdeta bir "devlet kurulu" ya da "üst kabine" durumuna gelen Millî Güvenlik Kurulu'nun yeni statüsü dikkat çekicidir. Bu kurulun kompozisyonundaki sivil üye ağırlığı artık son bulmuştur. Kurul'un "alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar kurulunca *öncelikle dikkate alınır*" (md. 118) ifadesiyle Kurul kararları hemen hemen zorlayıcı nitelik kazanmıştır. Ayrıca yeni Anayasada *"milli güvenlik"* kavramı genişlemiş, temel hak ve özgürlükler rejimini her kesimiyle kucaklar hale gelmiştir. Nitekim konu ile ilgili maddede, *"toplumun huzur ve güvenliğinin korunması"* da Kurul'un ilgi ve görev alanı içine sokulmuştur. Böyece ülkenin yüksek iç politikası burada saptanır durumdadır. Nitekim Kurul'un gündeminde öğrenci, işçi, vb. hareketleri sürekli yeralmaktadır. *Öteyandan*, askeri otoriteyi insan hakları alanında daha da aktif duruma sokan düzenlemeler vardır. Bunlar, sıkıyönetim ilânının kolaylaşması, sıkıyönetim komutanının yetkilerinin artması, askerî yargının sivil yargı aleyhine büyümesi gibi olgulardır. *Üstelik*, askeri otoritenin birtakım kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Yüksek Askeri Şûra kararları denetlenemez (AY. md. 125/2), sıkıyönetim durumunda yürütmenin durdurulması mekanizması sınırlanabilir (md. 125/7), hatta sıkıyönetim komutanlarının işlemleri bütün bütüne yargı denetimi dşındadır (SYK, Ek md. 3). *Nihayet*, eskiden Başbakana karşı sorumlu olan ve onun eşgüdümü altında çalışan sıkıyönetim komutanlarının Genelkurmay Başkanı'na karşı sorumlu tutulmaları, bunlar üzerindeki sivil otorite (Başbakan) denetiminin, başbakan üzerinde de siyasal (parlamento) denetiminin zayıflaması anlamınadır. Kısaca; sivil otoriteye tâbi olması gereken askerî bürokrasi anayasal konumu bakımından

1961 Anayasasıyla başlayan özerkleşme eğilimini yeni Anayasayla daha da güçlendirmiştir. "Yürütme" bölümü içindeki normal yeri "İdare" kesimi olmak gereken askerî bürokrasinin her iki Anayasada "bakanlar kurulu" başlığı altında yeralmış olması, Genelkurmay Başkanı'nın Millî Savunma Bakanı'na değil, Başbakan'a karşı sorumlu tutulması ve yine aynı "eşdüzeylilik varsayımı"yla bu başlık altında yeralan Millî Güvenlik Kurulunun parti hükümeti ile askeri bürokrasi arasında bağlantıyı sağlayan bir ortak karar organı olarak düşünülmüş olması bu açıdan anlamlıdır (5). Nitekim uygulama da bu yönde gelişmiştir. 1983 tarih ve 2945 sayılı Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun, kurul genel sekreterliği "uygulamaları takip ve kontrol eder, düzenleyici, yönlendirici ve koordine edici işbirliğinde bulunur" hükmü (md. 13/b), pratikte, sözkonusu kurulun Anayasada belirtildiği gibi Bakanlar kurulunu bir danışma organı olarak değil, onun dışında ve hatta bazı konularda biraz üstünde bir *"yürütme konseyi"* gibi davranmasına yol açmıştır. Öteyandan, TSK ile yakından bağlantılı olan MİT'in sivil otorite denetiminden uzak kalışı insan hakları açısından olumsuzluk yaratan bir başka noktadır. Askeri alanla ilgili yasaların denetlenmesinde Anayasa Mahkemesinin gösterdiği isteksizlik de bu arada belirtilmelidir (6). Elbette, askeri-sivil otorite ilişkileri konusundaki bu eleştiriler, Türkiye'de 1983'ten sonra bu alanda bir "normalleşme" çığırı yaşanmadığı anlamına gelmez, bu sürecin varlığını yoksaydırmaz (7).

Beşinci nokta, *siyasal* kurumların bugünkü yapısının ve işleyiş biçiminin yürütmeyi ve idareyi keyfiliğe iten özellikleridir. Mecliste mutlak çoğunluğa sahip bulunan partinin, lider sultası altında katı disiplinli ve iç demokrasiden yoksun karakteri, muhalefetin zayıflığı, parlamento denetiminin işlememesi gibi etkenler, "kişisel iktidar" ve "keyfi yönetim" olgusunu beslemektedir. Özal'ın Cumhurbaşkanı seçilmesinden itibaren, bu tür olumsuzluklar katlanarak artmaya başlamıştır. İktidar partisi başkanı gibi davranmaya devam eden ve bu çoğunluğun uysallığından yararlanan Özal, fiilen bir başkanlık sistemi geliştirmekte, ancak "sorumsuzluk" zırhı arkasına saklanmaktan da geri kalmamaktadır.

(5) T. PARLA, *Demokrasi, Anayasalar, Partiler ve Türkiye'nin Siyasal Rejimi*, Onur yay., İstanbul 1986, s. 79, 83-84.

(6) H. ÖZDEMİR, *Rejim ve Asker*, Afa yay., İstanbul 1989, s. 98-126, 180, 271-279, 284-291.

(7) bkz. W. HALE, "Generals and Politicians in Turkey 1983-1990: The Process of Disengagement", *Colloquim Turquie 1980 1990*, Strasbourg.

2) YÜRÜTMENİN YETKİLERİ

Başta Anayasa, sonra da Anayasayı izleyen ve çok kez de aşan MGK ya da TBMM yasaları yürütme ve idareye, özellikle de kolluk güçlerine insan hakları alanına müdahale konusunda son derece geniş yetkiler tanımaktadır. Sadece Anayasa çerçevesinde kalınsa bile, bu yetkilerin kapsamı hakkında bir fikir sahibi olunabilir: silah kullanma ve öldürme (md. 17), yakalama ve gözaltına alma (md. 19), radyo/TV yayınları ile filmlere sansür (md. 26) ve yurt dışında basılı eserlerin yurda sokulmasına yasak (md. 27/son) koyabilme, kamu tüzel kişilerinin elindeki radyo/TV benzeri araçlardan yararlanma hakkını kısıtlayıcı karar alabilme (md. 31), toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yerini belirleme, bunları yasaklama ya da erteleme (md. 34), grev erteleme (md. 54), Yüksek Hakem Kurulu eliyle toplu sözleşme ve serbest pazarlık düzenine müdahale etme (md.54), vergilerle ilgili muafiyet, istisna ve indirim oranlarında değişiklik yapabilme, Devlet Denetleme Kurulu eliyle Silahlı Kuvvetler ve yargı organları dışındaki bütün resmi, yarı resmi ve özel kurum ve kuruluşları denetleme (md. 108), kamu kurumu niteliğindeki, meslek kuruluşlarını idari ve mali yönden denetleme (md. 135/5), vb.

Ayrıca, *"gecikmesinde sakınca bulunan"* durumlarda idarenin ve kolluk güçlerinin kişilerin üstünü, özel kağıtlarını ve eşyalarını arama (md. 20), konuta girebilme ve burada arama yapıp eşyalara elkoyma (md. 21), haberleşmeleri engelleme ve izleme (md. 22), düşünce ürünlerini toplama ya da bunların dağıtımını durdurabilme (md. 26/3 ve 28/5, 7), dernek ve vakıfları faaliyetten alıkoyma (md. 33), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarını geçici olarak görevden uzaklaştırma (md. 135/7) gibi yetkileri vardır.

Yürütmenin olağanüstü yönetim biçimlerine (olağanüstü hal, sıkıyönetim) geçiş ve durumun gerektirdiği bütün önlemleri yetki yasası gerekmeden kanun hükmünde kararnamelerle alabilme kolaylığı da ayrı bir konudur. Gerek bu yoldan, gerekse olağanüstü yönetim mercilerinin kararlarıyla, çok sınırlı istisnalar dışında (AY. md. 15/2) durdurulamayacak hak ve özgürlük yoktur (md. 119-122).

Ayrıca, MGK yasaları ve 1983'den sonra TBMM'nin çıkardığı yeni yasalarla idareye ve kolluk güçlerine tanınan ve Anayasayı da aşan yetkiler vardır; bunlardan ilerde "Yasa ve Yasakoyucu"başlığı altında sözedilecektir.

Görüldüğü gibi anayasa açısından idare ya da kolluk, çok geniş bir alanda önleyici (préventif) yetkiler kullanabilir (yasaklama, erteleme, engelleme, izin, sansür, vb.), hemen her alanda hak ya da özgürlüklerin kullanılmasını durdurabilir. Şu halde, Türkiye'de insan hakları açısından varolan düzen, "serbestliğin kural, sınırlamanın istisna"

olduğu bir "özgürlük rejimi" ya da "yargısal güvence rejimi" değil, açıkca bir "idari zabıta" ya da "polis rejimi"dir (8). Olağan dönemlerde bile idarenin ve kolluk güçlerinin denetimi sürekli ve belirleyici niteliktedir. Bu durumda, *"yürütmenin yasallığı"*, anayasa ve yasadan aldığı yetkiler çerçevesinde iş görebilmesi ilkesi de anlamını büyük çapta yitirmektedir. Çünkü ona insan hakları alanının her köşesine müdahale edebilme olanağı veren bu yetkiler zaten büyük çapta Anayasada ve yasalardadır. Olağanüstü yönetimlere geçildiğinde de zaten bir "yetki kanunu"na gerek kalmadan bütün önlemler kanun hükmünde kararnamelerle alınabilmektedir.

Uygulamada artık idareye tanınan yetkilerin yasada açıkça belirtilmesi koşuluna da uyulmamakta, bu durum Anayasa Mahkemesi tarafından da pek yadırganmamaktadır. Anayasa Mahkemesi eski kararlarında, Anayasada yeralan ve özgürlüklerin düzenlenmesi ya da sınırlanmasıyla ilgili ölçülerin yasayla aynen tekrarlanmasını yeterli görmüyor, sınırlama ya da düzenleme nedenlerinin yargısal denetime elverdirecek biçimde açıklanmış ve somutlaştırılmış olmasını gerekli görüyordu. Yüksek Mahkeme yeni dönemde bu tutumundan ayrılma eğilimi göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 3233 sayılı yasayla Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunu'nda yapılan değişiklikleri denetleyen kararında, bu ilke kararından geri dönmesinden sonra artık, "yasa koyucunun sınırlama ölçütleri idarî makamlara aktarılmış, anayasanın yalnızca yasa koyucuya tanıdığı temel hakları sınırlama yetkisi, idari makamların takdirine bağlanmış olmaktadır (9)."

Yürütmeye ve idareye tanınan yetkiler bunca kapsamlıyken, Anayasanın ilk yıllarında bazı yazarların takındığı "bir de uygulamayı, beklemek ve ona göre karar vermek gerekir" şeklindeki aşırı ihtiyatlı tutumu kavrayabilmek de zor olmuştur. Çünkü bunca yetkinin kötüye kullanılmaması olasılığı zayıftır; ve zaten bütün demokratik anayasa ve yönetim teorileri, esasta, yürütmenin ve idarenin yetkilerinin sınırlanması temeli üzerine kuruludur. Yetkilerini en kolay kötüye kullanma eğilimi gösteren organın yürütme olduğu tarihsel tecrübelerle kesinleşmiş bir gerçektir. Kuvvetler ayrılığı ve yasal idare gibi güvenceler de bunun için vardır.

Ama yine de bu hatırlatmalar, *uygulamanın* da ayrıca gözden geçi-

(8) Bazı mülki amirler bile ellerindeki bazı yetkilerin bir "izin" yetkisi olduğunu sanmakla, "özgürlüğün istisna ve izne bağlı oluşu" olgusunu adeta ikrar ve itiraf etmektedirler. İstanbul Valisinin "1 Mayıs için kimseye *izin vermedik*" şeklindeki demeci bunu göstermektedir *(Cumhuriyet*, 28.4.1989).

(9) F. SAĞLAM, "1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükler bakımından getirdiği sorunlar", *Bahri Savcı'ya Armağan*, s. 434.

rilmesi gereğini ortadan kaldırmaz; yukarki olumsuzluk saptamalarının pratikte de sınanmasına ihtiyaç vardır.

3) İŞLEYİŞ VE İHLALLER

Yürütmenin ve idarenin işleyişi ve yetkilerini kullanma biçimiyle ilgili bazı özellikler, insan hakları ihlâllerinin başlıca nedenleri arasında yeralmaktadır. İdare kadro ve ajanlarının durumu (eğitim, zihniyet, vb.) da bu bağlamda irdelenmesi gereken bir etkendir.

Demokratik bir idareninin öndegelen koşullarından biri *"açıklık"* ya da *"saydamlık"*tır. Yasama ve yargılama faaliyetlerindeki açıklık (aleniyet) elbette idareden aynı ölçüde beklenemez. Ama yine de *"idari saydamlık"* (transparence administrative) ya da *"gün ışığında yönetim"* (government in sunshine) ilkesi günümüzün demokratik yönetimlerinin giderek ağırlık verdiği bir güvencedir. Son 20 yılda, çoğulcu-özgürlükçü demokrasiye bağlı ülkelerin hemen hepsinde bu yönde dev adımlar atılmıştır (10). *Açıklık*, kişinin, kendisiyle ilgili olarak idarenin elinde bulunan verilerin ya da devlet sırrı sayılmayan genel bilgilerin iletilmesini isteyebilme, yönetimin karar oluşturma sürecinden haberdar olma ve buna etkide bulunabilme haklarını karşılayan bir ilkedir. İdarenin, karar alma sürecinde baskı gruplarından ve kişilerden gelen dış etkilere açılması olgusu, "kabul edilebilir" bir çizgiye kadar doğaldır; ayrıca katılımcı ve aydınlatıcı işleviyle de gerekli ve yararlıdır (11).

Türkiye'de ise idare ötedenberi bir "kapalı kutu" olagelmiştir. 1980'lerde yoğunlaşan *"milli güvenlik devleti"* anlayışı ve bunun paralelindeki uygulamalar (güvenlik soruşturması, fişleme, kişilerle ilgili bilgilerin idarî mahkemeden bile saklanması, vb.) idarenin kapalılığını ve tek yanlılığını daha da arttırmıştır.

İdare, yükümlü olduğu durumlarda bile yeterince açık değildir. Örneğin, Anayasanın "Kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu, dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir" (md. 74/2) buyruğuna karşın, uygulamada idarenin çoğu kez cevap dahi vermediği görülmektedir. Bu tutum vatandaşa "teb'a" gözüyle bakan yaklaşımın tipik bir örneğidir. Bu uygulamanın, İdari Yargılama Usulü Kanununun "Altmış gün

(10) Örnek olarak; Danimarka'da 1 Ocak 1971'de yürürlüğe giren 280 sayılı ve 10 Haziran 1970 tarihli yasa *(Annuaire des Droits de l'Homme pour 1971*, Nations Unies, New York 1974, p. 67-68), "gün ışığında idare" kavramını somutlaştıran ABD İdari Usul Kanunu (çevirisi için bkz. "Amerikan İdari Yöntem Yasası", çev. İ. Tarhanlı, İHİD, yıl 6, sayı 1-3, 1985, s. 225-264) ile Fransa, Hollanda, İngiltere, Lüksemburg, İsveç, Norveç ve Yunanistan'daki benzeri yasalara (BIAJ no 2, février 1979; no 4; Juillet 1979; no 5, Janvier 1980) işaret edilebilir.

(11) S. GÜRAN, "Yönetimde açıklık", İHİD, 1982, sayı 1-3, s. 103.

içinde cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren (...) dava açabilirler" (md. 10) hükmüne dayandırılması da sakat bir anlayıştır. Çünkü buradaki süre idareye susma hakkı vermek için değil, hak arama özgürlüğünü güvence altına almak için konmuştur. İdarenin bundan, kendi görevini savsaklamak için yararlanması keyfi bir tutumdur (12).

Dışa karşı açıklığın ortadan kalktığı bir başka durum da, 1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasasının Yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanmasını zorunlu kılmaması, "Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı kanunda belirtilir" diyerek (md. 124/2), seçimi yasama organının, uygulamayı da yürütmenin takdirine bırakmasıdır. Örneğin, Kasım 1986'da çıkartılan güvenlik soruşturması yönetmeliğinin yayımlanmamış olması, "kapalı idare" anlayışının tipik ve tehlikeli bir belirtisiydi (13).

"Gizlilik", yürütme organının hemen her katını koruyan bir zırhtır. Bakanlar Kurulunun karar alma sürecinde açıklık olmadığı gibi, görüşmelerin tutanakla saptanmasını sağlayan bir kural da yoktur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12.5.1982 tarih ve 2670 sayılı yasayla değiştirilen 15. maddesi devlet memurlarına "bilgi veya demeç" verme yasağı koymuştur. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Devlet Denetleme Kurulu'nun çalışma ve işlemleri gizlidir. DDK'nun çalışmaları ancak gerekli görüldüğünde açıklanabilir. Yürütme ve idare, yasama ve yargı karşısında da benzeri zırhlara sahiptir. TBMM İçtüzüğüne göre "Devlet sırları.. meclis araştırmasının kapsamı dışında kalır" (md. 103). Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulu Kanunu (md. 43) ile İdari Yargılama Usulü Kanunu (md. 20), idareye, bazı bilgi ve belgeleri mahkemelere göndermeme hakkı vermektedir. Gizliliğe temel olan millî güvenlik ve devlet sırrı gibi kavramların tek yorumlayıcısının yine idare olması, yargı organlarının yorumunun devre dışı bırakılması, insan hakları bakımından da önemli dar boğazlar oluşturmaktadır (14).

Düzen ile insan hakları arasındaki dengenin kurulabilmesinin, özgürlüklerin "düzenin korunması" adına çiğnenmemesinin bir başka güvencesi de *"orantılılık"* (proportionnalité) ilkesidir. AİHS'nin tanıdığı (md. 15, 18) ve 1982 Anayasasının da benimsediği (md. 13/2, 15) bu ilke, hukuk düzenine yönelik "tehlike" ile özgürlüğe getirilen "sınır-

(12) F. SAĞLAM, "Çağdaş devlet anlayışı ve Mülkiyelilik misyonu", *Mülkiye*, Mülkiyeliler Birliği İstanbul Şubesi, yay., İstanbul 1988, s. 25.

(13) Yabancılara yakınlık derecesi, boşboğazlık, gevezelik gibi konuları değerlendirmeye esas alan Yönetmelik *(Cumhuriyet*, 11.11.1986), Resmî Gazete'de yayımlanmadığı için Danıştay'ca iptal edilmiş (*Cumhuriyet*, 10.12.1989), daha sonra yenisi çıkarılarak yayımlanmıştır (RG. 13.4.1990-20491).

(14) O. DOĞRU, "Demokratik devletin saydamlığı", *Görüş*, Ocak 1990 s. 14.

nırlama" arasında bir denge ve ölçünün bulunmasını gerektirir. Sınırlama gerçekten zorunlu olanı içermeli, ölçüyü aşmamalı, öngörüldüğü amaç dışında kullanılmamalıdır. En başta yasama organı, insan haklarını düzenlerken bu ölçülere uygun davranma yükümlülüğü altındadır. Ama bu yetmez; orantılılık ya da ölçülülük ilkesi asıl, bireyin günlük yaşamında en sık karşısına çıkan güç olan İdarenin faaliyetlerine egemen olmalıdır. Fransız Danıştayı 1933'de *Benjamin* kararıyla bunun tanımı konusunda, sonradan klasikleşecek ölçüyü getirmiş sayılır. Buna göre idare (kolluk) önce özgürlüğün kullanılabilmesi için elinden gelen her şeyi yapmalı, kayıtlama ya da yasaklama başvurulacak son çare olmalıdır. Türk uygulamasında ise idare ve kolluğun böyle bir kavrayışa sahip olduğu söylenemez. Birinci Bölüm'de görüldüğü gibi, bazı mülkî amirlerin dernek faaliyetlerini durdurmak, toplantı ve gösteri yürüyüşlerini, filmleri hatta konserleri ve imza günlerini yasaklamak, kolluk güçlerinin de olur olmaz nedenlerle kişileri gözaltına almak konusunda gösterdikleri gayretkeşlikler, başka türlü değerlendirilemez.

Bütün bu kusur ve zayıflıklar büyük çapta bir başka eksiklikle de içiçedir, ondan kaynaklanmaktadır: İdarede *demokrasi* ve *katılımın* bulunmayışı. Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "demokratik devlet" oluşu, yerel yönetimler dışında kalan idarenin kuruluş ve işleyişine yansımamakta, devletin merkez örgütünü hemen hemen hiç etkilememektedir. Katı merkeziyetçi ve hiyerarşik yapısıyla bu idarenin çok otoriter bir sistem halinde kurulup işletildiği bir gerçektir (15). Öteyanda, 1946'dan beri kendi yöneticilerini seçme olanağına sahip bulunan üniversite bile bugün bu haktan bizzat Anayasa eliyle yoksun bırakılmıştır. Yerel yönetimler (AY. md. 127) ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları da (md. 135), devletin ve merkezi yönetimin sıkı denetimi altındadır; bunların seçilmiş organları İçişleri Bakanı ya da o yerin en büyük mülkî âmiri tarafından görevden uzaklaştırılabilir. Böylece, devletin nitelikleri arasında sayılan "demokratiklik", idareye nüfuz edebilmiş değildir; bu alanda 1961 Anayasası sistemine oranla açık bir gerileme vardır.

Bu yüzden, idareye tanınan yetkilerin aşırılığı ve işleyişindeki anti demokratiklik, insan hakları ihlâllerinin de başlıca kaynaklarındandır. *İhlâller* konusunda verilecek bazı örnekler, "yetkiler" ve "işleyiş"ten sözedilirken değinilen sakıncaları somutlaştırabilir. İdare ve kolluk güçlerinin ve ajanlarının insan haklarına yönelik işlem ve eylemlerinden bazıları, *"yasaya aykırı ihlâller"*, bazıları ise, deyim şaşırtıcı olmakla birlikte, *"yasaya uygun ihlâller"* şeklinde tanımlanabilir.

(15) L. DURAN, *İdare Hukuku (Ders Notları)*, İÜHF yay., İstanbul 1982, s. 39-40.

"Yasaya aykırı ihlâller"e şu örnekler verilebilir:

•Güvenlik güçlerinin bazı "öldürme fiilleri",

•Kolluk güçlerine "yakalamak ve öldürmek maksadıyla (...) keşif ve pusu faaliyeti icra" emri verilmesi (16),

•İstisnasız bütün işkence eziyet eylemleri ve onurkırıcı muamaleler, keyfi ve haksız gözaltı uygulamaları (17), izinsiz ve kimlik göstermeden konuta girme, konuttaki eşyaların tahribi ve bazılarının kaybolması (18), konuttaki kitaplara elkoyma (19),

•Tutuklu sanığa avukatıyla serbestçe görüşme ve haberleşme hakkının tanınmayışı (20), genelgelerin de bunu izne bağlanması,

•Tutuklu ya da hükümlülerin, Anayasa Mahkemesinin PVSK'nun, sorgulama amacıyla yeniden emniyete götürme yetkisi tanıyan hükmünü iptal etmiş olmasına karşın, tutukevleri ya da cezaevlerinden alınarak Emniyet'e götürülmelerine devam edilmesi (21),

•Haklarında gıyabî tutuklama kararı bulunan ve yargılanmak amacıyla da Türkiye'ye dönen siyasal mültecilerin sınırdışı edilmeleri (22),

•Zanlı ya da sanıkların "suçlu" gibi polis ya da TRT tarafından kamuoyuna teşhiri (23).

*"Yasaya aykırı ihlâller"*in bir başka mekanizması, yasaya aykırı ya da yasal temeli olmayan düzenleyici işlemlerin (tüzük, yönetmelik, vb.) araya girmesiyle gerçekleşen ya da korunan uygulamalardır. Örneğin, tutukevi ve cezaevlerindeki ihlâller büyük çapta Tüzük (24) ya da Talimat (25) benzeri işlemlerden kaynaklanmakta ya da süregelen baskılar bu düzenlemelerle "meşrûlaştırılmak" istenmektedir (26). Bir

(16) Tunceli-Sıkıyönetim Komutan Yardımcılığı emri (*2000'e Doğru*, 22-28 Kasım 1987, s. 11).

(17) 1976-1988 arasında yaklaşık 630 bin kişi (*Cumhuriyet*, 9.2.1988).

(18) Örnekler için bkz. *Nokta*, 19.6.1988, s. 52-57.

(19) Sıkıyönetim Kanunu, bazı yayınların sadece "birden fazla sayıda bulundurulmasını" (md. 3/c) yasaklama yetkisi vermekteyken, yasalarda da "yasak yayın bulundurma" suçu yokken, uygulamada bu yola çok sık başvurulmuştur.

(20) CMUK ve 353 sayılı yasa bu hakkı sanığa tanırken, bunun tersi bir uygulama özellikle sıkıyönetim koşullarında yoğunlaşmaktadır (bkz. H. ÇELENK, *Hukuksuz Demokrasi*, s. 83-84).

(21) Örnek: *Cumhuriyet*, 27.8.1987.

(22) *Nokta*, 25.12.1988, s. 16; *Cumhuriyet*, 13.12.1988.

(23) bkz. H NEBİLER, "Suçsuz teröristler", *Cumhuriyet*, 9.2.1988.

(24) 2.8.1983 tarihli Tüzük (RG. 12.9.1983-18163).

(25) Bir askerî tutukevinde uygulanan "Hükümlü, Tutuklu ve Gözaltı Talimatı" için bkz. *2000'e Doğru*, 11-17.1.1987, s. 11-15.

(26) "İnsan Hakları Derneği Raporu", *Türkiye'nin Sorunları Dizisi* 2, Alan yay., İstanbul 1987, s. 115-153; *Yeni Gündem*, sayı 79, Ek.

başka örnek de grev hakkı ile ilgili olarak verilebilir. Grev sırasında ziyaretlerin ve şarkı-türkü söylenmesinin engellenmesi gibi kaba işlemler bu konuları düzenleyen Tüzük (27) hükümlerine dayandırılmakta, ama Tüzük yasada öngörülen çerçeveyi aşmakla, hem yasaya (TİSGLK), hem de Anayasaya aykırı düşmekteydi (28). Bu Tüzük, Danıştay İdarî Dava Daireleri Genel Kurulu (29) tarafından iptal edildikten sonra da bir süre bu uygulama devam etmiştir (30).

Güvenlik soruşturmasının da, çok özel bir alanla ilgili olan 2495 sayılı yasa dışında yasal dayanağı yoktur, hatta bu uygulama TCK (md. 1, 228), Devlet Memurları Kanunu (md. 18, 48, 54, 59, 98) ve İş Kanunu (md. 25) hükümlerine aykırıdır (31). Ancak buna izin veren Bakanlar Kurulu kararnameleri, yönetmelik ya da idare için işlemlerin (genelgeler) Resmî Gazete'de yayımlanmaması, idarî yargı denetimini de zorlaştırmıştır (32).

Yönetmelik eliyle yasaya aykırı ve insan haklarını zedeleyici uygulamalara verilecek örnekler daha da çoğaltılabilir. Yurttaşlığın kaybı sonucunu doğuran "iç ve dış güvenlik aleyhine faaliyetler" kavramını (33) genişleten, örneğin hükümetin izni olmaksızın uluslararası bir örgüte girmeyi (TCK 143) ya da cumhurbaşkanına ve hükümete hakareti cezalandıran (TCK 158, 159) hükümlere muhalefeti dahi bu çerçeveye sokan Yönetmelik (34) ve bununla ilgili uygulama (35), "dış siyasete aykırı" film, video ve müzik eserlerinin gösterilmesine ve icrasına izin verilmeyeceğini bildiren Yönetmelik (36) ve bunun uygulanış biçimi (37) bu arada anılmalıdır.

(27) Grev ve Lokavtlarda Mülkiye Amirlerince Alınacak Tedbirlere Dair tüzük (RG. 4.9.1986) Madde 16-Grev ve Lokavt uygulanan işyerinin önünde ve civarında beklenilmesi, sazlı sözlü toplantılar, eğlenceler düzenlenmesi ve benzeri yollarla işçilerin heyecanlarının ayakta tutulmasına engel olunur".

(28) M. CİNMEN, "Grev tüzüğü anayasaya ve yasalara aykırı", *Cumhuriyet*, 1.12.1986.

(29) E. 1986/45, K. 1987/31, Kt. 12.6.1987 (Otomobil İş Send. kararı).

(30) Ş. KENETCİ, "Yasa tanımazlık", *Cumhuriyet*, 27.8.1987, s. 11.

(31) bkz. G. DİNÇ, *Güvensizlik üçgeni*, Say yay., İstanbul 1987; C. BİNİCİ, "Güvenlik Soruşturması", *İzmir Barosu Dergisi*, Nisan 1986, s. 45-51.

(32) Kasım 1986'da çıkarılan Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği, Resmî Gazete'de yayımlanmadığı gerekçesiyle nihayet iptal edilebilmiştir (bkz. dn. 13).

(33) Türk Vatandaşlığı Kanunu md. 25/g (13.2.1981 tarih ve 2383 sayılı yasayla değişik).

(34) RG. 21. 3.1981-17286.

(35) bkz. T. KAZAN, "Yurttaşlığı yitirme kararları", *Cumhuriyet*, 3.9.1986 ve "Yurttaşlık ve pasaport sorunu", *Cumhuriyet*, 30.7.1987.

(36) Gösterilmesine ve İcrasına İzin Verilmeyecek Video ve Müzik Eserleri Hakkında Yönetmelik.

(37) bkz. "Şarkı sözlerine sansür", *Nokta*, 12.4.1987, s. 28-29.

"Yasaya uygun ihlâller" ise konunun asıl önemli ve paradoksal yönüdür. Paradoks şuradadır ki, hukuk devletinin temel direklerinden olan *yasal yönetim* (kanuni idare) ya da *yönetimin yasallığı* (idarenin kanuniliği) ilkeleri, kamu yönetimini oluşturan birimlerin yetki ve görevlerinin yasayla belirtilmesini, özellikle insan haklarını ilgilendiren davranışlara ancak yasada açıkça öngörülen durumlarda başvurulabileceğini bildirir ve bütün bunlar da insan hakları açısından bir "güvence" oluştururken (38), Türkiye'deki ihlâllerin önemli bir bölümü "yasal"dır, yani yasaya uygundur! Çünkü yasak ve kısıtlamaların çoğu yasalarda yeralmıştır. Bu konuya daha ilerde, asıl ait olduğu yerde, *"Yasa ve Yasakoyucu"* başlığı altında yeniden dönülecektir.

4) DENETİM SORUNLARI

Türk kamu yönetimi elbette denetimsiz bir güç ve faaliyet alanı değildir. Ancak, *idari, yargısal* ve *siyasal* denetim mekanizmalarında önemli aksaklıklar vardır. Ayrıca, *dıştan özel denetim* (ombudsman, arabulucu, vb.) yokluğu da bir eksiklik sayılabilir.

İdarî denetim

Geniş anlamıyla idarî denetim, bir bütün olarak idarenin kendi kendini denetlemesidir. Bu süreç, karar alan ve uygulayan bir kamu kuruluşunun kendi kendini denetlemesi, bir başkası tarafından hiyerarşik denetime, vesayet denetimine ya da özel bir denetime tâbi olması gibi biçimler alır. Karar alma, uygulama ve denetleme işlevlerini yerine getiren idarî katların ve ajanların hukuk ve insan hakları konusundaki kavrayışları, bu denetimlerin başarı düzeyini de belirler. Bu bağlamda Türk idaresinin başlıca sorunları nelerdir? Konuyu, *"kolluk"* güçlerini ön plana alarak tartışmak gerekiyor; çünkü insan hakları ile ilgili alanda birey en çok onunla karşı karşıya gelir.

Bu alanda karşılaşılan bir sorun, kolluk hizmetinin kısmen de olsa özelleştirilmiş olmasıdır. Oysa, düzeni koruma görevi yalnız devletin resmî güvenlik hizmetlileri tarafından yerine getirilmeli, bu görev *özelleştirilmemelidir*. Çünkü bu hizmet için belli bir eğitim ve yetişkinlik gerektiği gibi, görevin yerine getirilişinin sürekli denetim ve sorumluluk zinciri altında olabilmesi de, görevlinin idarî yapı içinde bir ajan olmasını gerekli kılar. Bu bağlamda, Türkye'nin Güneydo-

(38) A. Ş. GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuk*, S. Yay., Ankara 1983, s. 21-22.

ğu illerinde uygulanan *özel kolluk* istihdamı politikasının, pratikte yarattığı şikâyetler de gözönüne alınırsa, ciddî bir sorun oluşturduğu açıktır. Anayasa mahkemesi ise bunda Anayasaya aykırılık bulmamıştır (39).

İkinci sakınca, kolluk güçlerinin *özerkleşmesi* tehlikesidir. Düzenin korunması işi asıl bunların görevidir ama, bu görevin yasalarla soyut olarak tanımlanmış olması, insan hakları açısından yeterli bir güvence değildir; güvencenin tamamlanabilmesi için başka halkalara da ihtiyaç vardır. Bunlardan biri, polisin geneldeki ve özel durumlardaki hareket rotasının esaslarının adlî ve mülkî amirlerce belirlenmesidir. Yoksa, kendi kuralını kendi koyan ve uygulayan bir güç haline dönüşmek, mensuplarının yetişme tarzı ve yetkileri buna çok elverişli olan bir kurum için, kaçınılmaz bir akıbet olur. Polis, kendi ahlâkî, sosyal, siyasal değerlerini insanlara dayatmaya başlar; bu da insan hakları açısından vahim sonuçlar yaratır. Türkiye'deki kolluk güçleri bunun örneklerini fazlasıyla vermektedir. Özellikle Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'ndaki değişiklikten sonra artan "ahlâkçı" denetim, baskı ve yaptırımlar (40), çok sayıda insanın kolayca gözaltına alınması ve yakınlarına haber verilmemesi, kolayca silah kullanma alışkanlığı, fişleme, derneklere ve özellikle öğrenci derneklerine ve yurtlara uygulanan yakın takip (41), her yerde kolayca "ideolojik" suç ve suçlu bulma (42) alışkanlıkları, bir *"polis yönetimi"* olgusunun göstergeleridir.

İdare ve kolluğun özdenetiminde "eğitim" canalıcı noktadır. Örneklenen olumsuzlukların eğitim yetersizliğinden de kaynaklandığı açıktır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin polisin deontoloji (meslek ahlâkı) kuralları arasında insan haklarına saygı ilkesinin yerleştirilmesini şart koşan anlayışı (43) Türkiye'ye yansımış sayılamaz.

İnsan haklarına saygı konusunda idarenin ve kolluk güçlerinin özdenetim ölçülerini iyice yitirmelerinin başlıca nedenleri, otoriter bir askerî rejim döneminin doğrudan ve dolaylı etkileri ile, bu ve bunu izleyen dönemde Emniyet örgütünün aşırı sağ ideolojinin çeşitli kanatlarına mensup güçler tarafından etki altına alınmış olmasıyla ilgilidir (44). Polisin eğitilme sisteminin ötedenberi "bazı konularda karşı-

(39) E. 1985/5, K. 1985/23, Kt. 10.12.1985 (AYMKD, sayı 21, s. 252-262).

(40) Evlilik cüzdanı, sperm, bekâret kontrolü, vb. *(Birinci Bölüm.* I, 4).

(41) Emniyet Genel Müdürlüğü folklor, sanat etkinlikleri yapan dernek ve kurumları da "yakın takip" altında tutmaktadır *(Milliyet,* 4.1.1988).

(42) "Ş harfinde komünizm propagandası" *(Cumhuriyet,* 22.5.1987).

(43) Déclaration sur la Police, Résolution 690 (1979), Recommandation 858 (1979), *Bulletin d'Information des Activités juridiques,* janvier 1980, p. 13.

(44) Emniyetçilerin bu yöndeki açıklamaları için bkz. *Milliyet Aktüalite,* 19.6.1988, s. 6; *Nokta,* 10.7.1988, s. 13.

sındaki insana düşmanca davranma doğrultusunda şartlandırılma"ya dayalı olması (45) otoriter kadrolaşmalar için elverişli bir ortam yaratmış sayılmalıdır. Ama, bu mesleğin özünde de otoritarizm olduğu unutulmamalıdır (46).

Polisin insan hakları konusunda korkular yaratan bir kurum olması, kısmen görevlilerin *bireysel-meslekî güvencelerinin* eksikliğinden de kaynaklanır. Burada, kanunsuz emre karşı polis memurunun alacağı tutum özel bir önem taşımaktadır. Bu alanda, polis memurunu koruyucu düzenlemelerin geliştirilmesi yolunda çalışmalar vardır. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan bir *Polis Bildirgesinde*, yasadışı emirlere uymamanın bir hak ve yükümlülük olduğu, bu türden emirlere uymayan görevlinin cezalandırılamayacağı (A; 3,4 ve 7) belirlenmiştir (47). Bütün bunların yerindeliği ya da etkili olup olamayacağı tartışılabilir. Ancak kuşku götürmeyen bir husus, polisin dünyanın hemen her yerinde görülen aşırı davranışlarının yalnız bir meslek hastalığı ya da yetişme tarzıyla ilgili olmayıp, aynı zamanda bireysel güvencelerin eksikliğinden de kaynaklandığıdır. Zaten katı ve adeta askerî disiplin altında bulunan kolluk güçlerinin, bir de meslekî güvence ve hak arama olanaklarından yoksun bırakılmaları durumunda, yurttaşlara karşı hoyratlaşmaları olasılığı da artar. Türkiye'de 1971'den beri ve özellikle 1980'den sonra "memur güvenceleri"nin yokoluşu, bu bağlamda, yönetilenler için de bir güvensizlik kaynağı olmuştur.

Kolluk görevlisinin insan haklarını çiğneyen davranışlarının hiyerarşik idarî denetime yolaçması ise, Türkiye'de oldukça ender rastlanan bir durumdur. Çok kez, meslek içi dayanışma ve astını kollama zihniyeti, hukuk ve insan haklarını koruma ödevinden önce gelmektedir. Susma, inandırıcı olmayan önlemler almış görünme, yalanlama ve geçiştirme, idarî üstlerin ve bakanların en sık başvurdukları yöntemlerdir. Özellikle işkence ve öldürme fiilleri konusunda takınılan tutum budur (48). İşkence yapanların korunduğu yolunda da suçla-

(45) Eski Emniyetçi E. Bilir'in görüşleri (*Nokta*, 17 Ocak 1988, s. 14).

(46) Bu konuda teorik bir çerçeve için bkz. F. SOKULLU/AKINCI, *Polis Toplumsal bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt-kültürü ve İnsan Hakları.* (Doktora tezi), Gümüş basımevi, İstanbul, 1990.

(47) J. ALDERSON, *İnsan Hakları ve Polis* (çev. İ. Kuntbay), TODAİE yay., Ankara, s. 186-189 (Metin).

(48) Bir Emniyetçi'nin görüşü (*Nokta*, 17.1.1988, s. 14); Genel Kurmay Başkanlığının "yakalamak ve öldürmek maksadıyla keşif ve pusu" emri konusundaki açıklaması (*2000'e Doğru*, 22-28.11.1987, s. 11). Emniyet Genel Müdürü S. A. Bedük'ün demeci: "Çünkü onlar bu görevi yaparken, işkence yapacağım diye veya kötü bir muamele yapacağım diye yapmamıştır. O sorgunun getirdiği hava içinde diyelim ki hata yapmıştır (...). Bir kasıt yok ortada" (*Cumhuriyet*, 16.6.1987).

malar ve bulgular vardır (49). Memur yargılamasını idarenin iznine bağlayan sistemin sakıncaları burada bir kez daha kendini göstermektedir.

Devletin ve bürokrasinin üst katlarındaki kişiler ve buralara hâkim zihniyet de son yıllarda insana ve insan haklarına saygı konusunda kötü örnekler vermiştir. Örneğin, eski Cumhurbaşkanı K. Evren'in bazı yurttaşları kolayca "hain" ilân etmesi, herhalde Türk idaresinin olaylara ve insanlara bakışını da etkilemiş olmalıdır. Biraz da bu yüzden, mülki amirler ve özellikle valiler bütün demokratik toplumsal girişimleri kuşkuyla karşılamakta, hemen hemen her yerde ülke bütünlüğüne, kamu düzenine ve millî güvenliğe karşı bir komplo sezmektedirler, Devlet Memurları Kanunu'nda yapılan bir değişiklikle bunların Harp Akademileri bünyesindeki Millî Güvenlik Akademisi'ni bitirmeleri koşulunun getirilmiş olması dikkat çekicidir.

Kısaca, Türk idaresinde egemen olan kültürün *militer-bürokratik-otoriter* karakter taşıdığı söylenmelidir. 12 Eylül rejimi bunu daha da beslemiştir. O kadar ki, birey onurunu hiçe sayan hoyrat bir zihniyetin, diplomasi gibi incelmişlik isteyen bir mesleğin doruklarını sardığı (50), "bende ruhu"nun da hiç olmaması gereken bir alana taşarak bazı üniversite yöneticilerini bile etkisi altına aldığı görülmektedir (51).

Yargısal Denetim

Geç ve güç işlese bile idari yargı denetimi, idareden gelebilecek ihlâllere karşı en önemli güvence ve yaptırımdır. İdarî rejimi ve idarî yargı sistemini benimseyen ülkelerde, başta Fransa olmak üzere, idare yargıcının idari işlemleri denetlemede gösterdiği titizlik, özgürlüklerin korunmasının başlıca güvencesi olagelmiştir (52). Türkiye'de de

(49) Eski bir MİT görevlisi, işkence yapanların müdürlüğe yükseltildiğini ileri sürmüştür (*Cumhuriyet*, 3.2.1988). Bazı işkence iddialarında, sorguculann isimleri bildirilmemekte, işkence yapma iddiasıyla yargılananlar göreve devam etmekte, tutuksuz yargılama kuralı işlemekte, bazı durumlarda mahkum olanlar da sonradan bulunamamaktadır.

(50) 12 Eylül rejimi Dışişleri Bakanı, Yılmaz Güney'den "bir katil ve sadist" diye söz etmiştir (bkz. E. TUŞALP, *12 Eylül İmparatorluğu*, s. 313).

(51) Gazi Üniversitesi Rektörü, "irtica yandaşları organize güçlerdir" diyen Van 100. Yıl Üniversitesi Rektörünü *"iyi çoban olmamak"*la suçlamıştır (*Milliyet*, 8.2.1986). Birinci Nöroloji Kongresinde (Bodrum/Torba, 18.10.1988) YÖK Başkanına plaket gönderilmesini eleştiren üyelere cevap veren Hacettepe Nörolojik Bilimler Enstitüsü Başkanı *"Hepimiz Doğramacı'nın ekmeğini yiyoruz"* demiştir (C. ÖZDEMİR, "Bir kongre ve YÖK tartışması", *Cumhuriyet*, 16.11.1988).

(52) J.-M. BECET/D. COLARD, "La protection des libertés", Documents d'Etudes, Libertés publiques, *La Documentation française*, décembre 1985, p. 18.

1961 Anayasası döneminde İdarî yargı denetimi, bu olgunluğa erişme yolundaydı. Anayasanın, idarenin *bütün* eylemlerinin *her durumda* denetlenebilmesini öngörmesi, yasalarda buna aykırı düşen düzenlemelerin bulunmaması, Danıştay'ın bazı eleştirilebilecek kararlarına karşın yargı denetiminde gösterdiği titizlik, bu olumlu gidişin temel taşlarını oluşturuyordu.

İdarî yargı denetimi bugün de değerli sonuçlar vermektedir. Özellikle bazı valiliklerin derneklerle ilgili olumsuz tutumları (Dil Derneği, İnsan Hakları Derneği, Nükleer Savaşa Karşı Hekimler Derneği, öğrenci dernekleri, vb.), ancak yargı kararlarıyla geç de olsa bir ölçüde giderilebilmiştir. Ama, burada, idarî yargı denetiminde 1980'den bu yana görülegelen gerilemenin boyutları esas konumuzdur. Bu zayıflama, askerî rejim uygulamaları ile 1982 Anayasası sistemi açısından olmak üzere, iki kesimde ele alınabilir.

12 Eylül 1980'den sonra, yürütmenin ve idarenin faaliyet alanının geniş bir kesiminin yargı denetimi dışında bırakılması yoluna gidilmiştir (53). Bu dönemde yapılan işlemlerin bazıları daha sonra da sonuç doğurmaya devam etmiştir: kamu hizmetinden çıkarma, sıkıyönetim bölgesi dışında oturmaya (5 yıl süre) mecbur tutulma, vb. Dolayısıyla sivil rejimde yaşanan ihlâllerin bir bölümü 12 Eylül rejiminden kaynaklanmıştır. Yargı denetiminin yapılamayışı ya da etkisiz kalması bu sakıncaların giderilebilmesini de geciktirmiştir. Örneğin, sıkıyönetim bölgesi dışına çıkarılanlar, sıkıyönetimin kalkmasından sonra "muhatap bir idare" bulamamışlar ve yargı yoluna gidememişlerdir. Kamu hizmetinden çıkartılanlarla ilgili olarak idare mahkemelerinden iptal kararları çıkmışsa da, konuyu temyiz mercii olarak inceleyen Danıştay 5. Dairesi birçok kararında üçte iki oy çoğunlukla, "bir daha kamu hizmetine alınmama" hükmüne dayanarak kararı bozma yoluna gitmiştir. Sorun ancak Danıştay'ın 7 Aralık 1989 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla hukuk ve davacılar yararına çözülebilmiştir (54).

İdarî yargı denetimine 1982 Anayasası sistemiyle getirilen daraltımlar ise daha da önemlidir, çünkü bunlar normal ve sivil rejim koşullarında sürekli uygulanan sınırlamalardır. Yukarda Birinci Bölüm'de "Hak Arama Özgürlüğü" başlığı altında da görüldüğü gibi, daraltımlar önce belli işlem kategorileri için konmuştur. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere (md. 105/2, 125/2), Yüksek Askerî Şûra (md. 125/2), Hâkimler ve Şavcılar Yüksek Kurulu (md. 159/4) ve Sayıştay (md. 160/1) kararları ile uyarma ve kınama cezala-

(53) 27.10.1980 tarih ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun md. 4; Sıkıyönetim Kanunu Ek madde 3; 1982 Anayasası Geçici madde 15.

(54) E. 1988/6, K. 1989/4 (RG. 9.2.1990-20428).

rına karşı (md. 129/3) yargı yoluna başvurulamaz. Olağanüstü yönetim dönemleri için Anayasa "denetlenemez idarî işlem" kategorileri öngörmüş olmadığı halde, Anayasaya açıkça aykırı düşen ama denetlenemeyen yasalar (55) ve kanun hükmünde kararnameler (56) sıkıyönetim komutanları ile Olağanüstü Hal Bölge Valisi'nin idarî işlemlerine karşı yargı yolunu kapatmışlardır.

Bazı durumlarda da, idarî işlemlere karşı yargı yolunun işletilmesi, imkânsız kılınmış değilse bile zorlaştırılmıştır. 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun değiştirilen şeklinin öngördüğü denetleme kurulunun kararları aleyhine yargı yoluna gitmeden önce bir ay içinde Danıştay Genel Kuruluna itirazda bulunma zorunluluğunun konmuş olması (md. 9) bu konuda verilebilecek bir örnektir.

İdarî yargı denetiminin *içeriğini* daraltan doğrudan ve dolaylı değişiklikler de vardır. Bir kere, 1971 Anayasa değişikliği ile gelen (md. 114/2), İdarî Yargılama Usuluü Kanunu (md. 2/2) ve 1982 Anayasasıyla (md. 125/4) dozu ve muğlaklığı daha da artan bir "yerindelik denetimi" yasağı vardır. Her eylem ve işlemin az çok takdirî nitelik taşıdığı olgusundan hareketle, bu yasağın yargısal denetim aleyhine yorumlanması durumunda, idarenin yargısal denetimi de iyice güçleşecek demektir (57). Ayrıca, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, hem genel olarak, hem de özellikle olağanüstü yönetim dönemleri için sınırlanmıştır ve sınırlanabilecektir (md. 125/5 ve 6). Aslında olağanüstü dönemlerle ilgili yürütmeyi durdurma yasağı sınırlaması sadece bu rejimle organik ve işlevsel ilişkisi olan kamu personeliyle ilgiliyken (İYUK 27/10), idare mahkemelerinin bazı kararlarında bütün memurlarla ilgili davalarda bu yasağın uygulanması gerektiği yorumuna gidilmesi ek bir olumsuzluktur (58). Kamu görevlilerinin kişisel malî sorumluluklarına bağışıklık getiren (ve bu arada bunlarla ilgili ceza kovuşturmaları konusundaki idarî güvenceyi genişleten ve güçlendiren) yeni düzenleme de hukuk devleti ve yargısal denetim aleyhine bir unsurdur (59). Yasaların idareye geniş

(55) 1402 sayılı kanun, Ek madde 3; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu, değişik md. 21/son. İdarî Yargılama Usulü Kanununda ise bu yasak ya da istisnalara yer verilmemiştir.

(56) Olağanüstü hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, md. 7.

(57) L. DURAN; *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, s. 229. İYUK bu konuda Anayasayı da aşan bir "yargı denetimi kısıtlaması" getirmiştir (Ü. AZRAK, "İdarî yargı denetiminin sınırı olarak idarenin takdir yetkisi", İHİD, 1985, sayı 1-3, s. 28).

(58) İ. ÖZAY, *Devlet, İdarî Rejim ve Yargisal Korunma*, Filiz kitabevi, İstanbul 1986, s. 155-158.

(59) L. DURAN, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, s. 23.

yetkiler tanıması, idarenin saydam ve demokratik olmayışı gibi faktörler de idarî yargı denetimi aleyhine sonuç doğurmaktadır. İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda yapılan ve Birinci Bölüm'de "Hak Arama Özgürlüğü" başlığı altında aktarılan bazı değişiklikler yargısal denetime daha da geniş kısıntılar getirmiştir.

İdarî yargı kararlarının yerine getirilmesi sorununa gelince; bu yükümlülük yargı denetiminin doğal sonucu ve gereğidir. Bu yüzden konu yabancı ülkelerde de açık yasal düzenlemelere bağlanmıştır (60). Türkiye'de 1961 Anayasası döneminde, özellikle yüksek bürokrasiye ilişkin birtakım atama işlemlerini iptal eden Danıştay kararlarının gereğinin yerine getirilmediği hatırlardadır (61). 1982 Anayasası bu konuda 1961 Anayasasında yer alan (md. 132/2) "yerine getirme yükümlülüğü"nü yinelemiş olmakla birlikte (138/son), uygulamada özellikle yürütmenin durdurulması kararlarına uyulmadığı görülmektedir. Bazen idare, İYUK'da ve idare hukukunda yeri olmayan bir mantıkla, yürütmenin durdurulması kararlarını, itiraz süresi olarak nitelediği 60 günlük süre içinde uygulamama hakkını kendinde bulabilmiştir (62).

Yargı denetimi, ister anayasa yargısında olsun ister idarî yargıda olsun, meclis çoğunluklarının ve yürütme organlarının genellikle hoşlanmadığı bir olgudur. Türkiye'de ANAP hükümetleri her iki alandaki denetimi boşa çıkarmanın başka yollarını da bulmuşlardır. Bunun iki ana model çerçevesinde gerçekleştiği söylenebilir.

Meclisteki çoğunluğun çıkardığı yasanın Anayasa Mahkemesince iptali durumu ortaya çıkınca, aynı hükümlerin bu defa hükümetçe KHK konusu yapılması bunun bir örneğidir. Denetimi atlatmanın bu birinci modeli 1988'de yaşanmıştır. Boşalan belediye başkanlıklarına atama yapma yetkisini İçişleri Bakanına veren yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğini öğrenen hükümet, kararın Resmî Gazete'de yayınlanmasından önce davranarak konuyu bu defa bir Kanun Hükmünde Kararname ile (No: 335) düzenlemiştir. Üstelik bu yeni düzenlemede önceki yetkiler daha da genişletilmiş, atama yetkisi İçişleri Bakanının yanısıra, ilçe belediye başkanlıkları için valilere de tanınmıştır. İşlem tarihlerinin sıralanış özellikleri, yürütmenin, meclisteki çoğunluğun çıkarttığı yasayı denetimden kaçırma isteğini açıkça ortaya koymaktadır.

(60) Örneğin Fransa'da 16.7.1980 tarili yasa (JO, 17.7.1980). idarenin "derhal yerine getirme" borcunu açıkça koyarak, sorunu "mutlu bir çözüme" kavuşturmuştur (J.-M.BECET/D.COLARD, "La protection des libertés", p. 26).

(61) Bu sorun, "İdarî Yargı Kararlarının Uygulanması Sempozyumu" gibi özgül tartışmalara konu olmuştur (Tebliğler için bkz. *Politika*, 25.2.1976 vd.).

(62) F. SAĞLAM, "Çağdaş devlet anlayışı", s. 25.

İkinci model, doğrudan doğruya yürütme organının kendisini yargı denetiminden kurtarmak için bulduğu bir yoldur. Olağanüstü hal bölgesiyle ilgili iki KHK'nin (No: 424, 425) bazı hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edileceğini öğrenen hükümet, bu kararı etkisiz kılmak için, Yüksek Mahkemeden önce davranarak bir yeni KHK çıkarmış (No: 430), önceki kararnamelerden birincisini yürürlükten kaldırmış, ikincisinde de bazı değişiklikler yapmıştır. Ancak, yürürlükten kaldırılan 424 sayılı KHK'deki hükümlere esas olarak yenisinde de yer verildiğinden (No:430), 424 sayılı KHK, Anayasa Mahkemesi denetiminden de kaçırılmış bulunmaktadır.

Siyasal Denetim

Türkiye'de yürütme ve idarenin denetlenmesi mekanizmalarından en kötü işleyeni herhalde parlamenter denetimdir. 1983'ten bu yana, çevre sorunlarıyla ilgili bir küçük örnek dışında, insan hakları konusunda verilen gensoru, genel görüşme, meclis araştırması ve soruşturması önergelerinin hepsi çoğunluk partisine bağlı üyelerce reddedilmiştir (63). Gensoru önergelerinin reddi bir dereceye kadar anlaşılabilir; ama meclis araştırması ve genel görüşme isteklerinin katı, sistemli ve inatçı bir tutumla geri çevrilişini açıklayacak hiçbir haklı gerekçe bulunamaz. Lidere bağımlı ve mutlak olarak sadık bir parti meclis grubu, katı parti disiplini, köksüzlükten de doğan "bir daha seçilememe" korkusu, parti içi demokrasinin işlemeyişi gibi etkenler bu olumsuz sonucu beslemektedir. Ayrıca, TBMM üyelerinin meclis dışında araştırma yapma olanaklarının sınırlılığı da bunlara eklenmelidir.

Çoğunluk baskısı ve meclisi devreden çıkarma niyeti, insan haklarının, Anayasaya da aykırı biçimde, kanun hükmünde kararnamelerle ya da başka türden idarî düzenleyici işlemlerle (tüzük, yönetmelik, vb.) sınırlanması çığırını genişletmektedir. Dahası, olağanüstü hal bölgesi ile ilgili kanun hükmünde karanamelerle insan haklarıyla yakından ilgili bir alanda "yetki kanun" olmadan, yani meclisin bilgisi ve işleyişi dışında kanun hükmünde kararname çıkarılıp dilendiği gibi uygulanabilmektedir (64). Üstelik, 424, 425 ve 430 sayılı KHK'lerde olduğu gibi, kısıtlayıcı hükümler olağanüstü hal bölgesi dışına da taşınmaktadır.

(63) Örneğin, MİT konusunda meclis araştırması (8.3.1988), 1.5.1989 olayları nedeniyle İçişleri Bakanı A. Aksu hakkında meclis soruşturması açılmasına ilişkin önergeler (1.6.1989) reddolunmuş, "Kontrgerilla", "Özel Harp Dairesi" konuları meclis denetimine açılamamıştır.

(64) L. DURAN, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, s. 67.

Öteyandan, olağan dönemde çıkartılan ve yargıç ve savcıların özlük işleri gibi insan haklarına ilişkin konuları düzenleyen kanun hükmünde kararnamelerin TBMM tarafından görüşülüp onaylanmasında ortaya çıkan büyük gecikmeler, yasama meclisinin yürütmeyi denetleme görevini ve Anayasanın kendisine yüklediği sorumluluklarını yerine getirmede gösterdiği özensizliği bir kez daha gözler önüne sermektedir. Örneğin, 29.11.1987 genel seçimlerinden önceki yasama döneminde TBMM'ye gönderildiği halde görüşülüp yasalaşmamış kanun hükmünde kararnamelerin sayısı 80 civarındaydı.

Bir parlamentonun yürütmeyi denetlemesinin insan hakları açısından son derecede duyarlı ve önemli işlevlerinden biri de, devletin ve yürütmenin bastırıcı cihazının en etkili kolları olan silâhlı kuvvetler ve kolluk güçlerinin denetlenmesidir. Bunsuz, özgürlükler ve insan hakları yolunda ciddî adımlar atılamayacağı ortadadır (65). Türk yasama meclisleri ise, dün olduğu gibi bugün de, silahlı kuvvetlerin, güvenlik güçlerinin ve haberalma örgütlerinin eylem ve işlemleri konusunda hiçbir ciddî denetlemede bulunmuş sayılamazlar. Yukarıda da değinildiği gibi, MİT, "Kontrgerilla" ya da "Özel Harp Dairesi" gibi konularda meclis hiçbir araştırma girişiminde bulunmamıştır. "Silahlı kuvvetler sanki görünmeyen bir siyasal partidir, iktidara ne zaman geleceği belli değildir, bu yüzden de ilişkileri çok da bozmamak gerekir" diye düşünen siyasetçilerin sayısı az olmamalıdır (66).

Yasama dokunulmazlığının 1982 Anayasasındaki düzenleniş biçimi de, özellikle muhalefete mensup üyelerin denetim ve eleştiri özgürlüğünü kısmaktadır. Meclisteki sözlerini dışarda tekrarlamaktan dolayı sorumlu tutulmama kuralı, Başkanlık Divanının önerisi ve genel kurulun (aslında çoğunluk partisinin) kabülü halinde belli konuşmalar için uygulanmayabilir (AY. 83). Böylece mecliste yapılan konuşmaların halka ve seçmene tekrarı, iktidar partisinin sansürüne bağlanmış olmaktadır (67). Seçilmeden önce, Anayasanın 14. maddesindeki konularla ilgili suçlardan dolayı hakkında soruşturma açılmış bulunan milletvekilinin de yasama dokunulmazlığı oldukça zayıflamış sayılmalıdır (68).

İnsan hakları alanında siyasal denetim konusunda olumlu bir gelişme ise 1990 yılı sonlarında yaşanmıştır. TBMM bünyesinde kurulan

(65) M. HUSSEIN, *Versant sud de la liberté*, Paris 1989, p. 1989, p. 151-152.

(66) Z. ÜSKÜL, *Siyaset ve Asker*, Afa yay., İstanbul 1989, s. 222.

(67) Nitekim ANAP oylarıyla, SHP milletvekili Mehmet Ali Eren'in mecliste yaptığı gündem dışı bir konuşmada kullandığı "bazı sözler sakıncalı" bulunarak meclis dışında tekrarlanmaması ve açığa vurulmamasına karar verilmiştir.

(68) Örneğin, ANAP milletvekili N. Yılmaz hakkındaki beraat kararını temyiz eden 1. Ordu Komutanı, milletvekilinin yargılanmasına devam edilmesini de mümkün kılmıştır.

İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'na insan hakları konusundaki gelişmeleri araştırmak, yasal düzenlemeler önermek, uygulamanın uluslararası antlaşmalara, Anayasaya ve yasalara uygunluğunu incelemek ve bu konularda çözümler önermek, ihlâllerle ilgili başvuruları incelemek ve ilgili mercilere iletmek, kamu ve özel kurumlardan bilgi istemek, ilgilileri çağırıp bilgi almak, başkent dışında da çalışabilmek, TBMM'ne raporlar sunmak, başbakanlık ve bakanlıkları ilgilendiren hususlardaki raporlarının bu makamlara iletilmesini istemek, sorumlular hakkında kovuşturma ve işlem yapılabilmesi için TBMM başkanlığını harekete geçirebilmek gibi önemli görev ve yetkiler verilmiştir (md. 4, 5, 6). Ancak bu olumlu girişimin doyurucu olmayan yanı, oluşumu bakımından (md. 3) iktidar partisi üyelerinin çoğunluğuna dayanmasıdır (69).

Dıştan/Özel Denetim Sorunu

İdarenin içten (idarî) ve dıştan (yargısal, siyasal) denetiminde ortaya çıkan bu gibi zayıflıklar, "Türkiye'de *ombudsman* ya da *médiateur* tipi özel ve idare dışı denetçilerin bulunmayışı bir eksiklik midir?" sorusunu da akla getiriyor.

Bu denetimin özü, idareyle ilgili şikâyetlerin tarafsız bir görevli tarafından incelenerek cevaplandırılmasıdır. *Denetçi;* meclis, hükümet ya da devlet başkanı tarafından ya da bunlar arasında işbirliğiyle atanır. Fransa'da olduğu gibi azledilememesi ve 6 yıllık süre sonunda bir daha seçilememesi ona görevinde bağımsızlık sağlar. Daha 1980'lerin başında 67 ülke, bir ya da birden çok *Ombudsman*'a sahipti. Bunlar ya genel yetkili olup kamu hizmetlerinin işleyişini denetlerler, ya da özel görevlidirler (kışlalarda, üniversitelerde, hapishanelerde ya da kadınlar ve yabancı işçiler gibi konularda görevli olanlar gibi). Bu yaygınlaşma ve çoğalma, *"Ombudsmanie"* sözcüğünün doğmasına yolaçmıştır. Bazı ülkeler (örneğin Fransa) daha az etkili bir görevli ya da kurum olan "arabulucu"yu (médiateur) ya da sayıları artan gönüllü danışmanları (Japonya) yeğlemiştir.

Bu kurumda orijinal bir *denetim mekanizması* vardır. Geniş araştırma yetkilerine sahip olan *Ombudsman*, başka organların yetki alanlarına girmeksizin şikayetleri ve konuyu inceler ve olayın özelliklerine de uygun objektif bir çözümü idareye önerir. Bu öneriler, yönetenyönetilen ilişkilerini yumuşatır. Denetçilerin yıllık raporlarının yayımlanması da yapıcı ve düzeltici etkiler yaratır. Bir önemli nokta da ku-

(69) İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, No: 3686, Kt. 5.12.1990 (RG. 8.12.1990-20719).

rumun yapısal özelliğidir. *Ombudsman*, denetleyeceği idarî birimlerin tamamen dışında ve onlardan bağımsızdır. Yapılanma *kişisel*dir. Bu da yurttaşlara kolayca temas olanağı sağlar. *Ombudsman*, yanına yaklaşılmaz bir "müfettiş", ya da anonim bir bürokrasinin silik bir ajanı değildir. Denetimleri, yargı denetimine rakip olacak etkililikte değilse de, sadeliği ve ucuzluğu sayesinde halk tarafından son derece yararlı sayılmaktadır (70).

Bu bölümde verilen örneklerin de göstermiş olacağı gibi, Türkiye'de idare ile onun denetimi arasında boşluk vardır. Denetimin yargısal yolları mevcuttur, fakat bunların kullanılması ve kısa zamanda sonuç alınabilmesi zordur. Ayrıca, geri kültür düzeyindeki kesimlerde, bu tür olanakların kullanılmasını zorlaştıran başka etkenler de vardır. Yargı organlarına başvurmak, bunun için bir hukukçuya danışmak ya da avukat yazıhanesinden geçmek, bunları izleyen bir sürü formaliteyi yerine getirmek, daha baştan pekçok kişi için caydırıcı ve bezdirici usullerdir. Bazıları içinse bu türden olanaklar zaten çok sınırlıdır ya da yeterince tanınmaz. "Devleti dava etmek" de kolayca elde edilecek bir alışkanlık değildir. Yerel idare mahkemelerinin bu konularda sağladıkları olumlu katkılara karşın, bugün hâlâ yargı denetimi doyurucu bir güvence değildir, basit ve çabuk sonuç verecek başka yöntemlerin yokluğu açıkça hissedilmektedir. Bu boşluğun giderilmesinde ise, *ombudsman* ya da *médiateur* ilk akla gelebilecek seçeneklerdir. Bunların en büyük avantajı, basit ve sözlü bir şikâyetle bile harekete geçebilme olanağına sahip bulunmaları ve denetimlerini genellikle zaten kendilerini seçmiş olan yasama organı adına yapmalarıdır. Bu özellikler hesaba katıldığında, 1982 Anayasasında yeralan ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilen ve çalıştırılan Devlet Denetleme Kurulu'nun böyle bir işlev görmesine olanak bulunmadığı kolayca kabul edilebilir (71). Çünkü kurumun amacı, işlevi ve yetkileri insan haklarının ve özgürlüğünün korunmasından çok, devletin ve özellikle sivil toplumun özel hukuk kuruluşlarının denetlenmesi noktasında odaklaşmaktadır.

Bu açılardan bakıldığında, Türkiye'de *ombudsman* benzeri düzenlemelere, *"modernleştirilmiş ve kurumsallaştırılmış Marko Paşa'lar"*a ihtiyaç bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim, yeni bir anayasa aranışlarının uç verdiği günümüzde, DYP adına oluşturulan öneriler arasında

(70) J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 283-7; M. OYTAN, "Ombudsman eli ile idarenin denetimi konusunda kıyaslamalı bir inceleme", *Danıştay Dergisi*, yıl 5, sayı 18-19, 1975; s. 193-214; *Annuaire des droits de l'homme pour 1971*. Nations Unies 1974, p. 141, İ. AKIN, *Kamu Hukuku*, 4. bası, s. 421-422.

(71) Z. ÜSKÜL, "Devlet Denetleme Kurulu'nun rejim içindeki yeri", *Müfettişler Birliği Dergisi*, Nisan 1986, sayı 94, s. 3-5.

Ombudsman kurumunun hukukumuza sokulması *(Vatandaş Dilekçeleri Başkatipliği)* fikri de savunulmuştur (72)

3686 sayılı ve 5.12.1990 tarihli yasayla kurulan TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu bu açıdanda bir ilerleme sayılmalıdır. Komisyon; şikayetleri dinlemek, başvuru sahiplerine en geç üç ay içinde bilgi vermek, geniş bir bilgilenme ve araştırma yetkileri zincirine sahip olmak, raporlar hazırlamak, yasal düzenlemeler önermek, sorumlular hakkında kovuşturma ve işlem yapılması için TBMM Başkanlığını harekete geçirebilmek gibi önemli yetkilere sahiptir. Bunlar, Komisyon'un bir tür Ombudsman'lık görevi yapacağı anlamına da gelmektedir. Ancak, yukarda da değinildiği gibi bu yeni kuruluşun zaafı, iktidar partisi üyelerinin çoğunlukta olacağı bir yapıya sahip bulunmasıdır.

(72) *Doğru Yol Partisi adına Genel İdare Kurul Üyesi Necmettin Cevheri'nin "Türkiye'nin Temel Sorunlarına Bakış" adı altında düzenlenen "İşleyen Rejim, İşleyen Devlet" Paneli'nde Yaptığı Sunuş Konuşması,* Ankara 1990, s. 170.

II./YASA VE YASAKOYUCU

Çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi işi, öteden beri yasalara ve yasama organlarına emanet edilmiştir. Ancak yine tarihsel olgular bunun yeterince güvence sağlamadığını da ortaya koymuştur. Bu durum özellikle Türkiye'de daha da belirgin olarak yaşanmış ve yaşanmaktadır. Bu bölümde, bu konulara değinildikten sonra, yasaların denetlenmesindeki güçlükler üzerinde durulacaktır.

1) YASA VE İNSAN HAKLARI

Yasa, burjuva demokratik devrimleriyle oluşan hukukta, insan haklarının da ana güvencesi olarak belirdi. Yasanın yükselişi, mutlak monarşilerin keyfiliğine karşı, bir tepkiydi. Özgürlüklerin güvencesi, halkın temsilcilerinin yapacağı yasalar olacaktı (buna sonraları, "Ama yasalar özgürlükçü de olmalıdır" koşulu eklenecektir).

Hiçbir kişi ve güce yasa üstünde yer tanınmayışı, yönetenlerin de yönetilenler kadar yasa ile bağlı sayılması, insanların başkalarına değil, yasaya karşı sorumlu tutulması, yasa önünde eşitlik vb. ilkeler, siyasal özgürlüğün de yapı taşlarıydı. Bu yüzden Amerikan ve Fransız devrimleri, İngiliz "sessiz devrim"i Yasa'yı yücelttiler, otoriteye karşı insan haklarının güvencesini onda buldular. Bunun tipik ifadesi olan ve Rousseau'nun damgasını taşıyan 1789 Bildirisi'nin mantığı şuydu: Yasa, özgürlüğün gerekli (zorunlu) ve yeterli şartıdır. Yasa'nın yasaklamadığı her şey sebesttir (md. 5), çünkü Yasa genel iradenin ifadesidir. Bütün yurttaşlar bizzat ya da temsilcileri eliyle onun oluşumuna katılırlar, onun önünde eşittirler (md. 6). Kimse, yasada gösterilen durumlar dışında yakalanamaz, tutuklanamaz, suçlanamaz (md. 7). Suçlar ve cezalar ancak yasayla belli edilir, bunun dışında kimse cezalandırılamaz (md. 8), vb. Böylece Bildiri'nin onyedi maddesinden dokuzu, özgürlüğün ve insan haklarının temel güvencesi olarak Yasa'ya yollamada bulunur (1).

Yasaya duyulan bu güven ve saygı nereden kaynaklanmıştır? Bu-

(1) P. WEIL, "Les téchniques de protection des libertés publiques en droit français", *Mélanges Marcel Bridel*, 1968, p. 624 (akd. J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 29). Aynı yönde ayrıca bkz. O. HANÇERLİOĞLU, *Özgürlük Düşüncesi*, Varlık yay., İstanbul 1966, s. 54 vd.

nun temelinde, yasaların ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapıldığı ve bu yüzden de bunların kötü, ezici ve baskıcı olamayacağı varsayımı yatar. Bu inancın da teorik temelleri en iyi Rousseau'da bulunabilir. Toplum sözleşmesi ve ulusal egemenlik doktrinlerinin bu büyük ismi için halkın egemenliği ve genel irade, hak ve özgürlüklerin de en iyi sığınağıdır. Yasa, egemen olan genel iradenin bir açıklanışıdır. "Egemen", tanımı gereği, yalnız genel yararı gözetir. Özelliklerinden biri de "yanılmazlık" olan egemenlik yetkisinden türeyen yasalara uymak da özgürlüğü gerçekleştirir. Böylece Rousseau'da ve hatta onunla birlikte Fransız Devrimi'nde Yasa adeta dinsel, mistik ve aşkın (transandantal) bir nitelik kazanmaktadır (2).

Ne var ki, Rousseau'nun ve bir ölçüde de Devrim'in bu düşsel güzellikteki Yasa anlayışını hayat doğrulamadı. Bunda muhtemelen, Devrim'in kendisinin eski devlet anlayışını ortadan kaldırmayışının, hatta "ulusal egemenlik", "ulusal egemenliğin ifadesi olarak yasa" gibi yeni temellerle onu daha da pekiştirmiş olmasının payı vardı. Ama, nedenler ne olursa olsun, "Yasa kötülük etmez" inancı mantık düzeyinde ne kadar çekici görünürse görünsün, somut hayatın gerçekleri bambaşka bir yol izledi. Pekçok ülkenin bilançosu, "yasa ezici olmaz" iddiasının siyasal mitolojide kaldığını, bir politik efsane olmaktan ileri gitmediğini ve insan haklarının çiğnenmesinde kullanılan aldatmacalardan biri olduğunu, pekçok adaletsizliğin ve haksızlığın "Yasa" kılığına bürünebileceğini yeterince ortaya koymuştur.

Şöyle ki, en başta Yasa gerçek bir yasa olmayabilir, seçilmiş bir yasama organının ürünü olmak yerine, aslında yürütme organının elinden çıkmış bir "düzenleme" olabilir. Düzmece meclislere sahip ya da meclissiz otoriter ve diktacı rejimlerde "yasa" aslında kuvveti elinde bulunduranın, yürütmenin eseridir. Ayrıca, seçilmiş meclislerin, başka güçlerin (devlet başkanı, ordu, tek parti, vb.) ipoteği altında çalıştıkları da görülmüştür. Demokratik ve özgür iradeli bazı meclislerin yaptığı yasaların da, gerçekte oradaki siyasal çoğunluğun iradesini dile getirmekten öteye geçmediği unutulmamalıdır. KHK uygulamalarının çoğalttığı "melez kategoriler" de Yasa kavramı zararına bir genişlemeyi, üstelik bu terimi de kullanarak sağlamaktadır. Nihayet, siyasal parti çoğunluğuna dayalı ve "rasyonelleştirilmiş parlamentarizm"lerde yasama organı gerçek bir karar organı olmaktan uzaklaşmakta, hükümetin hazırladığı yasa tasarılarını onaylayan bir kayıt bürosuna dönüşmektedir (3).

(2) J. TOUCHARD, *Histoire des idées politiques*, t. II. PUF, Paris 1962, p. 424-426; M. PRELOT, *"Histoire des idées politiques*, 2é éd., Daloz, Paris 1961, p. 408-410; A. GÖZE, *Siyasal düşünceler ve yönetimler*, 3. bası, Beta yay., İst. 1986, s. 206-208.

(3) J. MORANGE, *Libertés publiques*, p. 77; J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, pp. 90-99.

Bu nedenlerledir ki Yasa, efsaneleştirilmemesi ve her fırsatta sorgulanması gereken bir kavramdır. Asıl önemlisi, soyut bir millî irade anlayışını simgeleyen "yasa sarhoşluğu"nun artık çok gerilerde kalmış olmasıdır. Yasa'nın insan hakları açısından da bir tehdit kaynağı olabileceğini kabul etmek için sırf anayasa mahkemeleri ya da anayasaya uygunluk denetimi olgularına bakmak yeter. Bugün ulaşılan noktayı Fransız Anayasa Konseyi'nin bir kararı çok iyi özetlemektedir:

"Kabul edilen yasa, genel iradeyi sadece *Anayasaya saygı sınırları çerçevesinde* ifade eder. (4)"

Bütün bunlarla birlikte, "Yasa'ya tapma" çağının ya da parlamentoların altın dönemlerinin gerilerde kalmış olması, "özgürlüklerin yasayla düzenlenmesi"ilkesinden caylmasını gerektirmemiştir. Ama bugün bu ilkeyi hâlâ ayakta tutan duygu, Yasa'ya ve yasamaya duyulan güvenden çok, yürütmeden duyulan korkudur. Parlamentolara haksızlık etmemek için eklemek gerekir ki, halk tarafından seçilmiş, kamuoyunun denetimi altında çalışan temsili ve saydam bir organ olmak hâlâ değerli bir niteliktir. Kaldı ki, yasamanın aşırılıkları da artık hemen hemen her ülkede anayasaya uygunluk denetimiyle törpülenebilmektedir.

2) TÜRKİYE'DE YASA VE YASAKOYUCU

İnsan haklarının sınırlanması işinin yasakoyucuya ve yasaya emanet edilmesinin bir güvence oluşturduğu yolundaki varsayımı Türkiye zemininde daha da sakınımla karşılamak gerekir. Bunu gerekli kılan tarihler ve güncel örnekler pekçoktur.

Yapılışı bakımından demokratik bir nitelik taşımayan, bir "ferman anayasa" olan 1876 Kanun-i Esasi'sinde yasama organı (Meclis-i Umumî) bağımsız ve demokratik bir yapıya ve işleyişe sahip değildi; yürütmeye, daha doğrusu padişaha bağımlı durumdaydı. Bu nedenle, "Matbuat kanun dairesinde serbesttir" (md. 12) hükmünde de açıkça görüldüğü gibi, hak ve özgürlükler konusunda Yasa'ya ve yasama organına gönderme yapılmış olması, yönetilenler açısından bir güvence oluşturmadığı gibi, yönetenler ve özellikle padişah bakımından da büyük bir ödün sayılmazdı. Çok geçmeden ilk parlamento deneyine Abdülhamit II tarafından son verilmesinden sonra (14 Şubat 1878), ülke 1908'e kadar bizzat padişah tarafından, "kanun-u muvakkateler"le yönetildi. 1908 devriminden sonra kısmen demokratikleştirilen Kanun-ı Esasî (1909) ve yasama organı, 1913'den sonra İttihat ve Te-

(4) Karar No: 85-197 DC, 23.8.1985 (C. BIDEGARAY/C. EMERI, "La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, Economica, Paris 1987, p. 38).

rakki'nin fiili tek parti yönetiminin elinde bir araç durumuna geldi; bu dönemi de anti-demokratik yasalar, geçici yasalar ve "yok kanun yap kanun" sözü simgeler (5). 1876-1918 arasında kanun, kanun-u muvakkate ya da nizamname adı altında çıkartılan metinlerden bazıları bugün de hâlâ yürürlüktedir (6).

Ulusal devletin kuruluşuna öncülük eden Birinci Türkiye Büyük Millet Meclisi döneminin başlıca gündem maddesi bireyin hak ve özgürlüklerinden çok, ulusun kurtuluşu ve özgürlüğüydü. Meclisin, "kuruculuk" da dahil olmak üzere tam yetkili oluşu, 1921 Anayasasının hak ve özgürlüklerle ilgili bir bölüm içermeyişi, anayasanın üstünlüğü ya da anayasa yargısı gibi frenlerin bulunmayışı da bu olağanüstü koşullara eklenirse, sözkonusu dönemin insan hakları açısından yargılanmasının güçlüğü kendiliğinden anlaşılır. Bununla birlikte, ulusal kurtuluş hareketinin siyasal, katılmacı ve demokratik niteliği, yaratılan sivil toplum kurumlarının demokratikliği ve ortamın çoğulcu karakteri bu olağanüstü dönemin insan hakları açısından da olumlu bir performans gösterebilmesini mümkün, hatta zorunlu kılmış, bağımsızlık mücadelesi de bu sayede kazanılmıştır (7).

İkinci TBMM ile başlayan ve bütün tek parti dönemi boyunca devam eden otoriter rejimde yasama organı, oluşumu ve işleyişi bakımından yürütmeye ve özellikle liderlere bağımlı kaldı. Bu dönemin yasama faaliyetlerinde esas doğrultunun "hukukî çağdaşlaşma" olmasına karşın, rejimin doğal sonucu olarak insan hakları alanında kısıtlayıcı yasalar hukuk düzenine hâkim olmuştur. Bugün için önemli olan, gerek bu dönemden, gerekse bir öncekinden kaynaklanan ve insan haklarını kısan bazı yasaların (Hıyaneti Vataniye Kanunu, Türk Ceza Kanunu, vb.) eski ya da ağırlaştırılmış biçimleriyle hâlâ yürürlükte olmalarıdır.

Çok partili rejime geçildikten sonra serbest seçimle oluşan parlamentoda mutlak çoğunluğu elde eden DP'nin iktidarı döneminde (1950-1960), demokrasiye ve insan haklarına aykırı yasaların çıkartılması büyük bir siyasal bunalıma, sonuçta da 27 Mayıs 1960 askerî müdahalesine yolaçtı. Böylece, serbest seçimle oluşmuş bir meclisin ve bunun yaptığı yasaların bile, soyut ve mutlak bir "millî irade" anlayışı ve dengesiz-denetimsiz bir anayasal yapı içinde, aslında çoğunluk diktasının aracı olabildikleri görüldü.

(5) T. Z. TUNAYA, *Hürriyetin İlânı*, Baha matb., İstanbul 1959, s. 41, 81.

(6) bkz. E. TEZİÇ, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, Fakülteler matb., İstanbul 1972, s. 44-45; Anayasa Hukuku, Beta yaya., İstanbul 1986, s. 23.

(7) bkz. B. TANÖR, "Türkiye'de kongre iktidarları (1918-1920), *Yapıt*, sayı 13, 1985, s. 4-29; İ. TEKELİ/S. İLKİN, *Ege'deki sivil direnişten kurtuluş savaşına geçerken Uşak heyet-i Merkeziyesi ve İbrahim (Tahtakılıç) Bey*, TTK yay., Ankara 1989.

1961 müdahalesinden sonra yasama yetkisini Millî Birlik komitesi bir süre tek başına, sonra da Temsilciler Meclisi ile birlikte kullandı. Bu dönemde çıkartılan yasaların anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği yolunda bir hüküm de 1961 Anayasasında (Geçici madde 4) yeraldı.

1961-1980 arasında TBMM, normal çalışma koşulları içinde olduğu sürece, insan haklarına ilişkin yasaların hazırlanması ve çıkarılması sürecinde, eskisiyle ve bugünle kıyaslanmayacak bir olgunluk içine girmeye başlamıştı. Demokratik ve liberal bir anayasanın varlığı, nisbeten çoğulcu ve demokratik bir siyasal hayatın başlaması, kamuoyu rejiminin etkisini göstermesi ve nihayet anayasa yargısının getirdiği düzeltmeler sayesinde bu dönem yasaları, Anayasa Mahkemesi'nin iptalinden kaçındığı bazıları dışında, insan hakları açısından vahim sonuçlar yaratmadı.

Parlamentonun dağıtılma tehdidi altında tutulduğu 1971-1973 dönemindeki yasama faaliyeti ise, başta Anayasa değişikliği olmak üzere insan hakları açısından olumsuz bir tablo çizer ve yukarki sürecin dışında sayılmak gerekir (8). Ancak bu dönem yasa değişikliklerinin ya da yasalarının da önemli bir bölümü Anayasa Mahkemesinin süzgecinden geçmiş, bunların bazıları da, iptal edilebilmiştir.

Yasaların, insan hakları açısından yeniden sorun yaratmaya başlaması 1980 askerî müdahalesi ve bunu izleyen dönemle ortaya çıkan bir durumdur. 12 Eylül 1980 ile 7 Aralık 1983 tarihleri arasında yasama yetkisini kullanan Millî Güvenlik Konseyi, toplumsal, siyasal ve kamusal hayatın bütün kesimlerini yeniden yapılandıran yasaları bizzat yaptı; bu konuda, 1960-61'deki durumdan farklı olarak, üyelerini kendi "veto süzgeci"nden geçireceği ilerki TBMM'ne bile güvenmedi. Bu yasalar, yasa değişiklikleri ve kanun hükmünde kararnamelerin sayısı, rutin ve geçici yasalar hariç 626'dır. Bunların önemli bir bölümü temel hak ve özgürlükler, yargı kuruluşları, genel ve yerel seçimler, meslek kuruluşları, "özerk kuruluşlar", sosyal haklar, özel hukuk kuruluşları, mülkî amirlerin yetkileri, yargı denetimi, tutuklama-gözaltı, örgütlenme ve siyaset yasakları, olağandışı yönetim usulleri, cezalar, çalışma hayatı gibi doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak insan haklarıyla ilgili konulara ilişkindir. Düzenlemeler, yer yer 1982 Anayasasını bile aşacak derecede anti-liberal ve anti-demokratiktir (9).

Ayrıca bu tablo, "duruma göre yasa" çıkarıverme kolaylığına ve "gücü elinde bulunduranın kendi isteğini dayatması"na da bir örnek-

(8) bkz. B. TANÖR, "12 Mart rejimi anayasa değişiklikleri", Kanunu Esasi'nin 100 Yıl Armağanı, AÜSBF yay., 1978, s. 419-438.

(9) N. İNAN/C. OZANSOY, "Yasama faaliyetleri açısından 12 Eylül", *Yapıt*, sayı 14, 1986, s. 3-42; F. SAĞLAM, "12 Eylül Yasaları", *Cumhuriyet*, 9-13 Kasım 1987.

tir. Bu açıdan, İttihat ve Terakki dönemi için söylenmiş olan "Yok kanun yap kanun" özdeyişi, 1980 askerî rejimi için daha da çok geçerlidir. Ülke hukukunun ve bunu uygulayanların, askerî rejimin pratik hedeflerine ulaşmasına engel ve güçlük çıkardığı her durumda yeni bir "yasa" yapılarak yola devam edilmiştir. Örneğin, ceza ve tutukevlerinden hükümlü ve tutuklu çıkartıp ifade almak ya da sorgulamak için Emniyet'e göndermede hukukî zorluk ve direnmelerle karşılaşılınca Sıkıyönetim Kanununa 2354 sayılı yasayla Ek Madde 7 konmuştur (10). Partilerin feshedilmesi, TDK ve TTK'nın varlıklarına son verilmesi de bu arada anılmalıdır. Yine bu dönemde sadece Sıkıyönetim Kanunun 15 defa değiştirilmiştir.

Bu arada, MGK'nın bütün yasalarının oybirliğiyle kabul edilmiş olması da hatırlatılmaya değer bir noktadır. Gerçi, pratik ve gerçekçi bir açıdan bakıldığında, askerî bir rejimin karar merkezini dilediği önlemleri almaktan alıkoyacak bir gücün bulunmadığı kabul edilebilir. Ama işin asıl önemli yönü, bu kararların birer "yasa" ya da "yasa değişikliği" biçimine bürünmüş ve kalıcı nitelik kazanmış olmalarıdır. Böylece, günümüzde yürürlükte olan yasaların büyük bölümü, bir askerî rejimin almış olduğu "kararlar"dan başka bir şey değildir. MGK'nın, başkanları genellikle general ve üst subaylardan oluşan "ihtisas komisyonları"nın da desteğiyle yürüttüğü "yasama çalışmaları"yla ilgili tutanakların tam olarak yayımlanması, bu "yasalar"ın nasıl oluştuğunun kavranması açısından da çok yararlı ve öğretici olacaktır.

1983'de yeniden oluşarak faaliyete geçen TBMM ise, o tarihten beri, örneğin seçim yasalarında 11 değişiklik yaptığı halde, insan hakları mevzuatında liberal yönde pek az düzeltmede bulunmuştur. Yapılan düzeltmeler de daha çok, iç hukuku doğrudan etkileme şansı verilmeyen uluslararası normlarla (sözleşmeler) ya da çoğunluk partisinin güdümünde çalışmaya mahkûm görünen birtakım organizmaların *(İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu)* yaratılmasıyla ilgilidir. Muhalefetten gelen "iyileştirici" yasa değişikliği önerileri ise sonuç doğurmamaktadır. Tutuklama koşulları ve süreleri ile ilgili (CMUK 104) düzeltme önerisi bunun çok açık bir örneğidir (11). MGK yasalarını değiştirmeye istekli görünmeyen parlamento çoğunluğu, yeni anti-demokratik yasalar çıkarmada ise oldukça gayretli davranmış, bunların bazıları da Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.

"Yasa ve yasakoyucu güvencesi"ni boşa çıkaran bir başka nokta, yasama yetkisinin yürütmeye devredilmesi boyutuna ulaşan KHK

(10) Ankara Sıkıyönetim Mahkemesi Savcısı Hâkim Albay N. Soyer'in anlatımı (akt. U. MUMCU, *12 Eylül Adaleti*, 2. basım, Tekin yay., İstanbul 1987, s.38).

(11) İzmir milletvekili Birgen Keleş'in, Avukat Emil Ünen'in çalışma ve yayınlarından da esinlenerek yaptığı değişiklik önerisi *(Balıkesir Barosu Dergisi*, Şubat 1990, s. 30).

enflasyonudur. Hatta, Anayasanın bu konudaki hükümlerine karşın (md. 13 ve 91/1), insan haklarıyla ilgili bazı kısıtlayıcı düzenlemeler bile kanun hükmünde kararnamelerin konusu olabilmiştir. KHK'lerin bu şekilde kötüye kullanılması Anayasa Mahkemesi'nce de Anayasaya aykırı bulunmuştur: "Kanun hükmünde kararnamelerin, ivedi ve zorunlu olmayan durumlarda kullanılması, bu doğrultudaki uygulamaya süreklilik ve yaygınlık kazandırılması, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve Anayasa'ya aykırı düşer" (12).

Bütün bunların esas kaynağı yasama organındaki çoğunluk grubunun ve bugün ülke çapındaki azınlık partisinin demokratik kök ve geleneklere sahip olmaması, milletvekilliklerini büyük çapta Liderlerine borçlu olup onun sultası altında çalışan üyelerinin meclis içi ya da parti içi demokratik atılımlara yatkınlık göstermeyişleridir. "Tek adam yönetimi" de buradan destek almaktadır. Tablo, insan hakları açısından da vahimdir. Can ve mal güvenliği başta olmak üzere bütün insan haklarını tehdit eden Körfez krizi ve savaşında "sorumsuz" cumhurbaşkanının oynadığı tehlikeli rol bunu göstermiştir.

3) İHLALLERİN KAYNAĞI OLARAK YASA

Türk yasalarının kaynağı ya da yasakoyucusu ile ilgili bu kısa tarama, birtakım yargıların ortaya konmasını mümkün kılar. Bunlar başlıca iki öbekte toplanabilir.

Bugün ülkemizde yürürlükte olan ve insan haklarıyla ilgili yasaların çok büyük bir bölümü otoriter rejim ve dönemlerin (tek parti, askerî yönetim) ürünüdür. Bu durum, "demokratik olmayan yasama" modellerinin bugünkü siyasal-toplumsal hayat üzerinde devam eden etkisini göstermesi ve bu etkinin kapsamı açısından hazin bir tablo oluşturmaktadır. Kuşkusuz burada asıl önemli olan *askerî rejimler*in dayattıkları "yasalar"dır. Bu konuda yapılan karşılaştırmalı bir araştırma önemli ipuçları vermektedir.

27 Mayıs askerî rejimi toplam 292, 12 Eylül askerî rejimi de rutin yasalar dışında toplam 626 yasanın yapıcısı olmuşlardır. Bunlardan birincisinin aylık yasa çıkarma ortalaması 17.18, ikincisininki de 16,05'dir. Buna karşılık örneğin 1965-1969 sivil yasama döneminin aylık ortalaması sadece 5.35'dir. Askerî rejimlerin aktifine yazılan bu büyük fark yasama sürecinin kolaylaşmasından ve keyfi rejim gibi görünmemek için kararların "yasa" biçimine büründürülmesinden olduğu kadar, devletin ve toplumun yeniden yapılandırılması niyetinden de kaynaklanmaktadır. İktidara gelindiğinde yürürlükte olan yasaların kaldırılması, eskiyle olan bağların koparılması ve kökten değiş-

(12) E. 1988/64, K. 1990/2, Kt. 1.2.1990 (RG. 21.4.1990-20499, s. 20).

şikliklere gidilmesi konusunda 12 Eylül rejiminin 27 Mayıs rejiminden daha büyük bir operasyona girişmiş olduğu da yine sayısal verilerden anlaşılmaktadır. Sadece ceza yasaları düzeyinde 12 Eylül döneminde 27 Mayıs'takinin iki katı, 1965-69 döneminin de üç katı sayıda yasa çıkartılmıştır. 1402 sayılı yasa sırf bu dönemde 15 kez değiştirilmiştir. Bu dönemde değiştirilen ya da yeniden yapılan yasa sayısı bir önceki örnektekinden kat kat fazladır, ayrıca bunlar temel düzenlerle ve insan haklarıyla çok yakından ilgilidir (13).

Serbest seçimlerle oluşmuş, demokratik ve meşrû yasama organı olarak TBMM'nin herhangi bir dış baskı ve tehdit altında kalmadan çalışabildiği dönemlerde ise, 1950-60 arasında ve 1983'den bu yana görüldüğü gibi, yukarda anlatılan koşullar yüzünden anti-demokratik yasalardan kurtulmak yine mümkün olamamaktadır. O kadar ki, 1960 öncesi dönemde çıkarılan anti-demokratik yasalar iktidarın meşrûluğunu dahi tartışma konusu haline getirmişti. Gerçi, Anayasa Mahkemesi'nin kurulması hiç değilse bu plandaki meşrûluk tartışmalarının önünü kesmiş ve Yüksek Mehkeme 1961 Anayasası döneminde tartışma götürür bazı kararları dışında yasaların Anayasaya uygunluğunun sağlanması konusunda etkili bir rol oynamıştı. Ne var ki, ilerde değinileceği gibi bugünkü Anayasa koşullarında bu denetim işlevi de önemli kısıntılara uğramış bulunmaktadır.

Bu nedenlerle Türkiye'de Yasa, özgürlüğün ve hukuk devleti ilkesinin güvencesi olmaktan çok, bunları kısan ve tehdit eden bir unsur olarak görünmektedir. Bu durum, özellikle, "anti-demokratik yasama güçleri" olgusundan kaynaklanmakta, şimdi görüleceği gibi, yasaların içerdiği hükümler de bu olumsuz ve "kötümser" yargıyı doğrulamaktadır.

Türkiye'de yasaların insan hakları ihlâllerine kaynak oluşunun en hafif ve masum biçimi, bunlardaki belirsizlik ve boşluklardır. Örneğin, devletin kolluk güçlerine belli durumlarda silah kullanma yetkisi tanıyan hükümlerin fazlasıyla esnek ve hatta "cömert" karakteri, Birinci Bölüm'de "yargısız infazlar" başlığı altında gösterilen ihlâllerin nedenleri arasındadır. Suç zanlısının gözaltına alındığı anda avukatıyla görüştürülmemesi yolunda gelişen ve işkence fiillerine ya da iddialarına da büyük çapta kaynaklık eden uygulama, kısmen CMUK'un bu konuda yeterince açıklık getirmeyişinden ya da bu şekilde yorumlanışından kaynaklanmaktadır. Avukatla görüşme olanağını sağlamak amacıyla çıkartıldığı ileri sürülen Başbakanlık ve bakanlık genelgeleri ise, görüşme olanağını sanığın istemde bulunmasına, bu istemin kolluk görevlilerince iletilmesine ve talebin savcılarca kabulüne bağlı tuttuğundan uygulamada bir rahatlık ge-

(13) N. İNAN/C. OZANSOY, "Yasama faaliyeti açısından 12 Eylül", s. 7 vd.

tirmemişlerdir. Aynı şekilde, tutukluluk sürelerini sınırlayan bir yasa hükmünün bulunmayışı, tutukluluğun peşin çekilen bir cezaya dönüşmesinin başlıca nedenlerindendir. Mali gücü yeterli olmayan sanığa adlî yardım yapılması yolunda bir "devlet borcu"nun bulunmayışı da, savunma ve âdil yargılanma haklarını zedelemektedir. "Düşünce suçları" koyan yasaların insan haklarına aykırılığı sorunu bir an için bir yana bırakılsa bile, bu suçların yorumlanışında bilirkişi, savcı ve yargıçların ve hatta yüksek mahkemelerin görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkilerin, kısmen bu maddelerin düzenleniş biçimlerindeki belirsizliklerden beslendiği söylenebilr.

Öteyandan, özellikle 1980 sonrası yasaları, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında uyulması gereken *"ölçülülük"* ve *"orantılılık"* kriterlerini de bozmuştur. Yasaların getirdiği sınırlamaların orantılılık ilkesine uygun düşmesi "demokratik teori"nin bir gereğidir. Bu ilke, demokratik hukuk devleti ve özgürlükçü demokrasi düzeninde sadece idareyi değil, yasamayı da bağlayan, yalnız idare hukukunu değil, anayasa hukukunu da ilgilendiren bir anahtar-kavramdır (14). 1980 sonrası Türk yasaları ise, terör olaylarından dolayı bütün toplumu cezalandıran, bütün demokratik hak ve özgürlükleri kısan yanlarıyla, ölçülülük ve orantılılık duvarlarını yıkmışlardır. "Tepki", yalnız terör olaylarına ve faillerine değil, insan haklarının tümüne yönelmiş, herbir hak ve özgürlükle ilgili olarak da Birinci Bölüm'de sergilenen ölçüsüzlüklere ulaşmıştır.

Asıl çarpıcı olan nokta ise, ihlâllerin önemli bölümünün *doğrudan doğruya* ve *açıkça* yasalardan kaynaklanmasıdır. Yaşama hakkına son veren idam uygulamaları ve kısmen "yargısız infazlar"; zorunlu din derslerinin din ve vicdan özgürlüğünü ortadan kaldırması; düşüncelerin ve barışçı örgütlenmelerin cezalandırılması; basın davaları; basılmış eserlerin dağıtımının durdurulması, sinema, video, kaset ve basılı eserlerle ilgili toplatma, yasaklama ve imha kararları; sıkıyönetim konutanınca, bir daha kamu hizmetine alınmama kaydıyla göreve son verme; yurttaşlık hakkının kaybettirilmesi; kollektif özgürlüklerle ilgili yasaklamalar, idarî ve polisiye müdahaleler, denetimler ve cezalar; doğal yargıç ilkesi ve savunma hakkı başta olmak üzere yargısal güvencelerin yokolduğu durumlar, vb. kaynakları yasalarda bulunabilecek ihlâllerdir. Bunlara, Birinci Bölüm'de yer verilmişti.

(14) Örneğin Fransız Anayasa Konseyi, suçun önlenmesi ve suçlunun aranması için taşıt araçlarında arama yapılabilmesine ilişkin bir hükmü anayasaya aykırı bulduğu kararında, söz konusu yetkilendirmenin "çok genel" ve "belirsiz kapsamlı" oluşuna işaret etmekle bu "orantısızlık" durumunu vurgulamıştır (12.1.1977 tarihli karar, Resmi Gazete 13.1.1977; akt. J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 176).

Sayıları kolayca çoğaltılabilecek olan bu örnekler, özellikle 1980 sonrası Türk hukukunun paradokslarından birini açığa çıkarmaktadır: Türkiye'deki insan hakları ihlâllerinin büyük bir bölümü *"yasal"*dır! Yasalar genelde insan haklarının koruyucusu değil, ihlâllerin ana kaynağıdır.

Tablo, *"yasal yönetim"* (kanunî idare) ilkesine, tıpkı Yasa kavramına olduğu gibi soyut ve metafizik bir değer yüklenmesi durumunda ortaya çıkabilecek şaşırtıcı ve çelişik sonuçlar açısından da öğreticidir. Hukuk devleti kavramının temel direklerinden olan "yasal yönetim" ilkesi, "kamu yönetimini oluşturan kuruluşların... görev ve yetkilerinin yasal dayanağının bulunması"nı gerekli kılar. Böylece, "kamu kuruluşlarının, özellikle temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren, kişileri yükümlülük altına sokan davranışlarda bulunabilmeleri ancak yasaların açıkça öngördüğü durumlarda olabilir; bunlar, açıkça yasal yetki isteyen konulardır. (15)" Bu tanım esas alınır ve bununla yetinilirse, Türkiye'de yasal yönetim"in varolduğu sonucuna ulaşılır; çünkü yönetimin (idarenin) insan haklarını ihlâl eden işlem ve eylemlerinin pek çoğunun açık ya da kapalı yasal dayanağı vardır. Ancak buradaki "yasallık" hak ve özgürlüğün güvencesi değil, ihlâlleri "meşrûlaştıran" bir kılıftır. Böylece, Türk sistemi insan haklarını programlı bir şekilde güdükleştiren bir "yasal yönetim" paradoksuna oturmuştur.

Bu paradokstan kurtulmak için, Yasa kavramını sorgulamak, Yasa denen hukuk normunun bizde son yıllarda uğradığı anlam ve işlev bozukluğunu saptamaktan başka çare yoktur.

4) YASANIN İŞLEVİ

Bir yasanın uygulama içinde kazandığı işlev ve anlam, onun gerçek yüzünü gösterir. Uygulanış ve yorumlanış biçimi, Yasa'nın kendisi yani metni kadar önemli bir unsurdur. Çünkü Yasa ne sadece basit bir buyruk, ne de genel iradenin bir ifadesidir. Bunlar kadar, hatta bunlardan çok çeşitli düzeylerde oluşan karşılıklı ilişkiler ve etkileşimler dizisidir, yumağıdır. Yasa, uygulanma süreci içinde bir yandan metinsel kimliğini sürdürürken, öbür yandan "çevre" ile çok yönlü iletişimler kurar ve değişimler geçirir. Uygulandığı ortam, uygulayıcıların (idare, yargıç) niteliği, Yasa'nın işlevlerinde de farklılaşmaya yolaçar (16).

İnsan haklarıyla ilgili Türk yasaları uygulamada ne gibi değişimlere uğramaktadır? Başlıbaşına ve ayrı bir inceleme konusu olan bu soru-

(15) A. Ş. GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuku*, s. 20-22.

(16) Ch.-A. MORAND, "Essai de théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre", *Le Droit en Action*, Ed, Georgi, St Saphorin, 1982, pp. 311-312.

ya sadece bu kitabın ana teması olan "ihlâller" sorunsalı çerçevesinde kısaca girmek gerekirse, birkaç kalın çizgiye işaret edilebilir.

Türkiye'de insan hakları mevzuatının uygulanış biçiminde, yasaların çizdiği karanlık tabloyu daha da karartan özellikler pekçoktur. Uygulama zaman zaman Yasa'ya daha da olumsuz bir işlev kazandırmaktadır. Bu yüzden de Yasa'nın bu yeni kimliğiyle tanımlanması zorunlu hale gelmektedir. Onu belirleyen, metninin okunuşundan çıkan mantıksal anlamdan da öteye bir şeydir; Yasa artık uygulamada ne ise gerçekte de odur. Örneğin, dernek kurma hakkı yasada bile izne bağlı değilken, birtakım derneklerin kuruluş aşamasında Valiliklerce çıkartılan sistemli güçlükler ve engellemeler, "fiilî bir izin"sistemine yolaçmıştır. Basın sansüre bağlı değilken, "dağıtımın durdurulması" ya da süreli toplatma şeklindeki uygulamalar "fiilî bir sansür rejimi"ne doğru gidişin habercisidir. "Düşünce suçları" konusunda mahkeme içtihatlarının izlediği otoriter seyir, bunlarla ilgili maddeleri bile aşan sonuçlar vermiştir. İtalya'da hâlâ yürürlükten kaldırılmış olmayan ama 1946'dan beri uygulanmayan (İCK 270, 272) maddelere Türkiye'de (TCK. 141-142) "düşünce suçu" işlevi kazandıran, sadece bunlarda "cebir" ya da "şiddet" unsurunun açıkça yeralmaması değildir; bazı yargıçların dargörüşlülüğünün ve özellikle Yargıtay'ın da bunda payı vardır. Dolayısıyla sözkonusu hükümler uygulamada daha da farklı bir içerik ve işlev kazanmışlardır. Bunlar artık, örneğin 19. yüzyılda yazılmış sosyalizm klasiklerinin çevrilmesini bile suç sayan kimlikleriyle tanımlanmak durumundadır.

"Uygulamadaki bükülmeler"in Yasa'ya nasıl son damgasını vuran etken olduğunu göstermek için iki örneğe daha işaret edilebilir. Bunlardan birincisi "din dersleri"yle ilgilidir. Bu konudaki yasa hükmü (17) ve bunun dayandığı Anayasa kuralı (md. 24) "din dersleri"nden değil, daha "objektif" bir formülle "din kültürü ve ahlâk öğretimi"nden sözetmekteyseler de, gerçek ve fiilî durum bambaşkadır. 1983'den beri bu zorunlu derslerde yapılan iş, dinler hakkında objektif bilgilerin verilmesi değil, belli bir dinin hatta mezhebin inanç sisteminin aşılanması ve ibadetlerinin öğretilmesidir (18). Böylece bu konudaki "Yasa gerçeği", artık, uygulamada ortaya çıkan tablodan başka yerde değildir. Türk idaresinin ve özellikle Millî Eğitim Bakanlığı'nın 1980'lerde kazandığı anti-laik kimlik Yasa'nın söylemini de aşan bir "bükülme"ye yolaçmıştır. Zorunlu dersleri getiren MGK üyelerinin içsel ve saklı niyetlerinin muhtemelen "din telkini" yönünde olması ayrı bir konudur; bu husus *yasa metni* ile *uygulama, itibarî yasa*

(17) Millî Eğitim Temel Kanununun 16.6.1983 tarih ve 2842 sayılı kanunla değiştirilen 12. maddesi.

(18) bkz. yukarda *Birinci Bölüm*, III.

ile *gerçek yasa* ya da *yasal söylem* ile *yasal gerçeklik* arasında oluşan farkın gözden kaçırılmasına neden olmamalıdır.

İkinci örnek, 1984 sonrasında "ahlâkçı" amaçlarla yapılan yasa değişikliklerinin uygulama biçimiyle ilgili olacaktır. Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun ve TCK'nun bazı maddelerinin değiştirilmesine dair kanun (19) ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair kanun (20) hükûmet ve iktidar çevreleri tarafından meclise ve kamuoyuna sunulurken, düşünce, bilim ve sanat özgürlükleri ile kişi özgürlüğünün bunlardan zarar görmeyeceği güvencesi verilmişti. Bu yasaların uygulanışında ise, edebî ve bilimsel eserlerin uğradıkları baskı ve yaptırımlardan, bazı kolluk görevlilerinin "ahlâkı korumak" için yaptıkları onurkırıcı muamelelere uzanan ihlâllere yukarda yeteri kadar örnek verilmiştir (21). İşte bu yeni yasalar, artık kendi dilleriyle ya da savunulup sunuldukları biçimle değil, uygulayıcılarının zihniyeti ve onlara yükledikleri yeni işlevlerle vardırlar.

Bunlardan sonra, Türk hukukunda Yasa kavramının uğradığı işlev bozukluğunu asıl başka bir alanda aramak ve bulmak mümkündür.

Türk hukukunda ya da herhangi bir hukuk sisteminde Yasa, ister biçimsel-organik ister maddî anlamda tanımlansın, birtakım temel ilkelere ters düşmemelidir. Örneğin, idarî ve yargısal nitelikli işlemler Yasa kılığına bürünmemeli, kişilere bu yoldan özel yükümlülük ve yaptırımlar getirilmemeli, kazanılmış haklar ve somut hukukî durumlar Yasa eliyle geri alınmamalıdır. Bütün bunlar, hukuk devleti, hukukî güven, eşitlik gibi kavramların zorunlu kıldığı ölçülerdir.

Çok partili siyasal hayatımızda buna ters düşen örnekler olmuştur. Özellikle DP iktidarı döneminde çıkarılan bazı yasalar bu nitelikteydi: "CHP'nin haksız iktisaplarının iadesi", iktidar partisine oy vermeyen İl'in (Kırşehir), ilçe İlçe'nin (Abana) bucak yapılması, "CHP'nin yıkıcı, gayrimeşrû ve kanundışı faaliyetleri"ni soruşturmak üzere DP çoğunluğu tarafından oluşturulan Tahkikat Encümeni'ne yargı yetkilerinin verilmesi gibi. Bu yasalardan bazısı, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararlarıyla ortadan kaldırılmıştır.

1980-83 askerî rejimi tarfından alınan ve Yasa biçimine sokulan bazı kararlar ise, yukarda belirtilen ilkeleri daha da ağır bir şekilde zeledikleri gibi, bugün de hâlâ sonuç doğurmaya ya da sonuçlarıyla yaşamaya devam etmektedirler. Siyasal partilerin (22) ya da başka tü-

(19) Kanun No: 3266; Kt. 6.3.1986 (RG. 12.3.1986-19045).

(20) 16.6.1985 tarihli ve 3233 sayılı kanun.

(21) bkz. *Birinci Bölüm*, I ve VI.

(22) *Siyasî Partilerin Feshine Dair Kanun* (No: 2533, Kt. 16.10.1981; RG. 16.10.1981-17486).

zel kişilerin (23) hukukî yaşamlarına son veren, bunların malvarlıklarına el koyan ya da özel denetimler altına iten (24) yasalar, *"Yasa"* kavramının da örselenmesine yolaçmışlardır. Böylece, birtakım keyfi ve despotça buyruklar, "Yasa" adı altında topluma zorla dayatılmıştır. Bu nedenle, 12 Eylül döneminin *"haksızlıkların yasallaştırıldığı dönem"* (25) olarak nitelenmesi, Hukuk ile Yasa, Hukuk Devleti ile Yasal Yönetim kavramlarının aynı şeyler olmadığını bir kez daha hatırlatan bir vurgulamadır.

MGK yasalarının keyfiliği, bunlardan bazılarının konmasını gerektiren ya da açıklayan hiçbir tarihsel-toplumsal "ratio"nun bulunmayışından da anlaşılır. Örneğin, TTK ve TDK'nın varlıklarına son verilmesi konusunda Türkiye'de ciddî bir akım belirmiş değildi. Din derslerinin zorunlu kılınması yönünde de bir toplumsal eğilim yoktu; bu yöndeki bir talep Millî Nizam Partisi'nin Anayasa Mahkemesi'nce kapatılmasında dayanılan gerekçelerden biri olmuştu. Yine 1980 öncesine kadar, pekçok yönden eleştiri almış olmalarına rağmen Üniversitelerin ve Fakültelerin kendi yöneticilerini kendilerinin seçmelerine karşı herhangi bir itiraz yükselmiş değildi; 1946'dan beri Türkiye'nin gündeminde böyle bir sorun bulunmuyordu. Aynı şekilde, "Türkçeden başka dilerde" düşünce açıklamalarının yasaklanması, en şoven çevrelerin bile gündemine girmiş değildi. 1980 öncesinde kamu görevlilerinin örgütlenmesine engel olmayan çalışan en tutucu iktidarlar, devlet memurlarının toplu olarak söz ve yazı ile şikâyet ya da başvuruda bulunmalarını yasaklama fikrini tasarlayabilmiş değillerdi... Bugün bütün bunlar, MGK yasalarında yeralmaktadır.

Yasanın uğradığı işlev farklılaşması ve kimlik kaybı, Yasa-Özgürlük ilişkisi düzleminde de kendini göstermektedir. Demokratik liberal teori ve pratik bu ilişkiyi 18. yüzyılın sonlarından bu yana kabaca şöyle tanımlayagelmiştir: yasalarla yasaklanmayan serbesttir. "Kural özgürlüktür, sınırlama ise istisnadır" formülü de bunu ifade eder. Türkiye'de ise durum ötedenberi bunun tersi olmuş, bir yönüyle yasakçı olan Yasa, öbür yandan "özgürlük izni verme" gibi bir işlev yüklenmiştir. Batı'da birleşme özgürlükleri (dernek, toplantı, sendika, grev, vb.) yasayla tanınmadan da kullanılabilmişken, Türkiye'de bunlardan yararlanabilmek için Yasa'nın bunları "bağışlaması"

(23) *Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanunu* (No: 2876; Kt. 11.8.1983; RG. 17.8.1983-18138). Bu yasa, Anayasanın 134. maddesinin doğrultusunda Türk Dil Kurumu ile Türk Tarih Kurumu'nun varlıklarına son vermiştir.

(24) *Faaliyetleri Durdurulan Sendika, Federasyon ve Konfederasyonlara Kayyım Tayini Hakkında Kanun* (No: 2316; Kt. 10.10.1980; RG. 11.10.1980-17132). Burada da esas hedef DİSK olmuştur.

(25) H. V. VELİDEDEOĞLU, *12 Eylül, Karşı-devrim*, Evrim yay., İstanbul 1989, s. 440-445.

nı beklemek gerekmiştir. Bunun somut örneği, kamuda çalışanların sendikal özgürlükleriyle ilgili tartışmada yaşanmıştır. Aslında bu özgürlüğün kullanılmasını yasaklayan hiçbir anayasa ve yasa hükmü olmadığı halde, kamuda çalışanların sendikalaşabilmesinin, Yasa'nın buna izin vermesine bağlı olduğu yolunda yaygın bir inanç oluşmuştu. Üstelik bu görüş yalnız resmî ve yönetici katlarda değil, 1990'a kadar, çalışanlar arasında da etkili olabilmiştir.

Kısacası, özellikle 1980 sonrası Türkiye'sinde Yasa temelden bir işlev bozukluğuna uğramıştır. Bu kayma, hem onu yaratan organ, hem de Yasa'nın içeriği ve uygulamada aldığı tonlar açısından kendini açıkça belli etmektedir. Organik açıdan bu yasaların en önemli bölümü bir askerî komitenin dayattığı buyruklardır; dolayısıyla biçimsel anlamda "Yasa" sayılamazlar. İçerik açısından da bunlar insan hakları ihlâllerini meşrûlaştırma, yukarda geçen formülle "haksızlığı yasallaştırma" işlevini yüklenmişlerdir. Bu yüzden de, hakkın ve özgürlüğün koruyucusu ya da Otoriter/Özgürlük dengeleşmesinin göstergesi olmaktan çok, birer "baskı aracı" durumundadırlar. Ceza Kanunu'nun faşizan hükümleriyle de eklemleşen bu yeni yasalar ülkemizde her alanda "suç ve suçlu" yaratan kaynak durumundadırlar.

Yasaların, muhalefetten ve yönetilenlerden çok iktidar çevreleri için bir sığınak rolü görmesi de bununla ilgili olmalıdır (26).

5) DENETİM ZORLUKLARI VE YASAKLARI

1982 Anayasası da yasaların ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesini kabul etmiştir. Ama bu denetleme, 1961 Anayasası sistemindekine oranla çok gerilemiş, bazı canalıcı noktalarda ise anayasa yargısını yokeden büyük gediklerle delinmiştir. Anayasa yargısındaki bu daraltma, denetletme/denetleme yetkilerinin alanının küçülmesi (denetim zorlukları), bazan da bütün bütüne ortadan kalkması (denetleme yasakları) şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Denetim zorluklarının başında, anayasa yargısını harekete geçirebilme olanaklarının iyice daralması gelmektedir. Bu konuya Birinci Bölüm'de "Hak Arama Özgürlüğü" çerçevesinde, daha çok bireyin doğrudan doğruya (itiraz yolu) ya da kurumlar ve kuruluşlar (yüksek

(26) TBMM Başkanı N. Karaduman Türkiye'de komünist parti kurulması konusunda Avrupalı parlamenterlere *"yasal çerçeve"*yi hatırlatmış (*Milliyet*, 19.11.1987), Başbakan Özal, Dernekler Kanunundaki değişiklik tasarısını protesto eden öğrencileri *"kanunları zorlamama"*ya çağırmış (*Milliyet*, 17.4.1987), Dışişleri eski bakanı Halefoğlu DİSK ve Barış Derneği üyeleri hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının *yasaların bir gereği* olduğunu Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nde söylemiştir (*Cumhuriyet*, 7.5.1987).

mahkemeler, üniversiteler, partiler, vb.) aracılığıyla (iptal davası yolu) sahip olduğu ya da yitirdiği başvuru olanakları açısından değinilmişti. Burada, genel başvuru olanaklarının daralmasını "iptal davası" açısından derinleştirmek yararlı olacaktır.

1982 Anayasası, iptal davası yoluyla anayasa yargısını harekete geçirebilecek kapıları daraltmıştır. Bazı kurum ve kuruluşların (yüksek mahkemeler, üniversiteler, vb.) kendi görev ve varlık alanlarını ilgilendiren konularda iptal davası açabilme hakkı kaldırıldığı gibi, siyasal muhalefetin de başvuru olanakları aşırı ölçüde daraltılmıştır. Eskiden yasama meclislerinde temsilci (1961-1971) ya da grubu bulunan (1971-1980) ya da meclislere girebilmiş olmasa bile son genel seçimlerde % 10 oy alan partilerin buna hakları vardı ve ilk iki kategoriye girenler bundan geniş çapta yararlanarak anayasaya aykırı bazı yasa hükümlerinin ayıklanabilmesine fırsat sağlamışlardı. Yeni sistemde bu hak sadece iktidar partisi ile ana muhalefet partisi meclis grupları ile TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyeye tanınmıştır. İktidar partisinin kendi gücüne dayanarak çıkardığı yasalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurması zaten pek beklenemez. Ana muhalefet partisinin ise, iktidar adayı olduğu bir sistemde, iktidara geldiğinde kendisine serbest hareket olanağı sağlayacak ve (özellikle yürütmeyi yetkinleştiren) yasa hükümlerinin iptali konusunda fazla bir çaba göstermemesi mümkündür (27). Eskiden TBMM üyelerinin başvurması için öngörülmüş 1/6'lık oranın yeni sistemde 1/5'e çevrilerek sayısının daha da yükseltilmesi, örneğin 1987 genel seçimlerinde geçerli oyların % 19.14'ünü alarak TBMM'ye 59 temsilci sokan ve üçüncü parti durumundaki DYP'yi bile bu olanaktan yoksun tutan bir barajdır. Bugünkü aritmetik tablo, gerekli imza sayısının 90 olmasını gerektirmektedir. Görülüyor ki, meclis çoğunluğunun aşırılıklarına karşı, muhalefetin ve özellikle de küçük muhalefet partilerinin elinde etkili bir silah olan iptal davası açma hakkı, 1982 sistemiyle Cumhurbaşkanı/iktidar partisi/ana muhalefet partisi üçgenine sıkıştırılmıştır. Bu yüzden de iptal davası yolu, insan haklarının koruyucusu ve siyasal muhalefetin bir silahı olma özelliğini büyük çapta yitirmiştir.

Anayasa Mahkemesine başvuru olanaklarını kısan başka hükümler de vardır. Eski sistemde 90 gün olan dava açma süresi yenisinde, biçim yönünden iptal davaları için 10 güne, esas yönünden iptal davaları için de 60 güne indirilmiştir (md. 148, 151). Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının yayımlanmasından sonra 10 yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla yeniden başvuruda bulunulamaz (md. 152/son). İtiraz yo-

(27) L. DURAN, "Türkiye'de anayasa yargısının işlevi ve konumu", s. 71, 85.

luyla biçim yönünden anayasaya aykırılık iddiası da ileri sürülemez (md. 148/2).

Denetim zorluklarının ikinci bölümü, Anayasa Mahkemesinin denetleme işlevine getirilen sınırlardadır. Şöyle ki, denetlenebilecek olan ve yüksek mahkemeye gönderilebilmiş olan yasalar, bazan tam bir denetlemeye de tâbi olamamaktadır. Örneğin, yasaların biçim yönünden anayasaya uygunluğu ancak "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" noktasından denetlenebilir (md. 148/2). Böylece, bundan önceki aşamalardaki usul bozuklukları önceden aklanmış, parlamentodaki çoğunluğa "sürpriz kanunlar" (28) çıkarma olanağı verilmiş olmaktadır.

Öteyandan Anayasayı değiştiren yasalar, esas yönünden denetlenemez. Bunların biçim yönünden denetimi de, teklif ve oylama çoğunlukları ile ivedi görüşme yasasına uyulup uyulmadığıyla sınırlıdır (md. 148/2). Bilindiği gibi 1961 Anayasası döneminde anayasada değişiklik yapan bazı yasalar Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti ve bunlar arasında insan haklarıyla ilgili olanlar da vardı.

Anayasa Mahkemesinin denetleme işlevini fiilen daraltan bir başka önemli özellik ise, Anayasanın kendisinin insan haklarını kısmış ve/ya da bunların sınırlanması konusunda yasamayı cömertçe yetkilendirmiş olmasıdır. Bu gibi doğrudan sınırlamaların ya da açık bonoların anayasa yargısını olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Bu konu ilerde "Anayasa" başlığı altında ele alınacaktır.

Aynı fiilî daralma, kanun hükmünde kararnameler için de geçerlidir. Gerek olağan gerekse olağanüstü dönemlerde çıkartılacak kanun hükmündeki kararnameler konusunda yürütme organına eskiye oranla daha geniş bir serbestlik ve takdir yetkisi tanındığından, bunların Yetki Kanununa göre denetlenebilmeleri daha da zorlaşmıştır. 1982 Anayasası KHK'lerle ilgili düzenlemelerinde, eski anayasada varolan, KHK çıkarma yetkisinin *belli konularda verilebilmesi*, KHK'de yetkinin *hangi yasadan* alındığının belirtilmesi ve asıl önemlisi "yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin yetki yasasında *açıkça gösterilmesi*" zorunluluğunu öngören kurallara yer vermemiştir. Bu durumun yargısal denetim açısından büyük sorunlar yaratacağı meydandadır (29). Her ne kadar Anayasa temel hak ve özgürlüklerle ilgili bazı bölümlerin KHK'lerle düzenlenemeyeceğini bildirmişse de, grev, sendika hakkı, çalışma ve sözleşme özgürlüğü gibi dilimleri de içeren "Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" bölümü bu yasağın dışındadır. Ayrıca, bu-

(28) E. TEZİÇ, "Kanunların anayasaya uygunluğunun esas açısından denetimi", *Anayasa Yargısı* 2, Ankara 1986, s. 25.

(29) F. SAĞLAM, "Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırları; Uygulamanın yaygınlaşmasından doğabilecek sorunlar", *Anayasa Yargısı*, Ankara 1984, s. 264.

güne kadarki uygulamada temel hak ve özgürlüklerinde doğrudan ya da dolaylı bir şekilde KHK'lerle düzenlendiğine tanık olunmuştur. Yine bu konuda denetim boşluğu yaratan bir başka özellik de, TBMM tarafından değiştirilerek yasalaştırılan KHK'lerin Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlükten kalkmış ve dolayısıyla denetim dışına düşmüş sayılmalarıdır (30).

Anayasa Mahkemesinin denetim işlevini daraltan bir başka yeni düzenleme de, mahkemenin bir hükmü iptal ederken "kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yolaçacak biçimde hüküm" veremeyeceği kuralıdır (md. 153/2). Yüksek Mahkemenin 1980 öncesi dönemde vermiş olduğu bazı iptal kararlarına (kamulaştırma, seçim sistemi, partilere hazine yardımı, TBMM üyelerinin ödenek ve yollukları, af, ölüm cezalarının yerine getirilmesi, DGM'ler, sıkıyönetim mahkemelerinin sıkıyönetimin kalkmasından sonra göreve devam etmesi, vb.) karşı birtakım çevrelerin duyduğu tepkiyi dile getiren ve ilk bakışta anlamsız görünen bu düzenlemenin sadece bir "uyarı" kuralı olduğu ve denetimi engelleyici bir işlevi olamayacağı ileri sürülmüşse de (31), bunun gerçekten böyle olup olmadığını zaman gösterecektir.

Denetleme yasaklarına ya da *"denetlenemez normlar"*a gelince, bu konu insan hakları açısından Türk anayasa yargısının en zayıf noktasıdır.

Denetlenemeyen normların en önemli paketi MGK yasalarıdır. Yukarda belirtildiği gibi, 12 Eylül 1980 ile 7 Aralık 1983 tarihleri arasında çıkartılan 626 yasa bugün bile hâlâ anayasa yargısı denetimine bağlı değildir. Bunların büyük bir bölümü insan haklarıyla ilgilidir. Başka bir deyişle, bugünkü Türk insan hakları hukukunu düzenleyen mevzuat esas olarak MGK kökenlidir ve denetim dışıdır. Bu durum Anayasanın Geçici 15. maddesinin son fıkrasından doğmuştur: "Bu dönem içinde çıkarılan kanunla, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez".

Gerçi "bu dönem" deyiminin 12 Eylül 1980 ile TBMM Başkanlık Divanının oluştuğu tarih (7.12.1983) arasındaki zaman kesimi anlamına geldiği, sürekli bir denetimsizliği ifade etmediği, Geçici 15. maddenin bu hükmünün artık Anayasanın bütün kurallarıyla yürürlüğe girmesinden sonra "işlerliğini yitirdiği", bu nedenlerle de MGK yasalarına karşı anayasa yargısı yolunun açıldığı görüşü inandırıcı gerek-

(30) L. DURAN, "Türkiye'de anayasa yargısının işlevi ve konumu", s. 61.

(31) Y. G. ÖZDEN, "Anayasa Mahkemesi kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yolaçacak biçimde hüküm tesis edemez kuralına nasıl gelindi? Bu kural nedir, ne değildir?", *Anayasa Yargısı* 2, s. 56-64, 87-89.

çelerle ortaya konmuştur (32). Ne var ki bugüne kadar gerek Anayasa Mahkemesi (33) gerekse dava mahkemeleri sözkonusu hükmü mutlak ve sürekli bir denetleme yasağı olarak anlamış ve uygulamışlardır. Örneğin, sıkıyönetim mahkemelerince verilecek cezaların belli oranlarda arttırılacağını bildiren SYK md. 17/1 hükmü dava mahkemelerinde yapılan itirazlar sonunda Anayasaya aykırı bulunmuş, ama yukarda gösterilen gerekçeyle Anayasa Mahkemesine gönderilememiştir. Yine, sıkıyönetimin kalkmasından sonra sıkıyönetim askerî mahkemelerinin göreve devamını öngören SYK. md. 23 hükmü 1982 Anayasasına kesin olarak aykırıyken, bu konudaki itirazlar da aynı gerekçeyle geri çevrilmiştir. Adliye mahkemelerinin tutumu da bu yöndedir. Hukuk doktrininde de Geçici 15. madde çoğunlukla bu şekilde anlaşılmaktadır (34).

MGK yasalarının gözden geçirilmesi ve anti-demokratik hükümlerden arındırılması konusunda ciddi bir çaba göstermeyen TBMM (çoğunluğu), bu yasalara karşı hiç değilse anayasa yargısına başvuru yolunun açılması için Geçici md. 15'de değişiklik yapmaya da yanaşmamıştır (35).

Böylece MGK yasaları anayasanın yanıbaşında adeta *"ikinci anayasa"* durumundadır. Anayasaya aykırılığı denetlenemeyen bu kanunlar, bir bakıma Anayasa kurallarından da daha güçlüdür. Çünkü, Anayasayı değiştiren yasaların hiç değilse biçim yönünden anayasaya aykırılığı ileri sürülebilirken, MGK yasalarının ne biçim, ne de esas yönünden yargısal denetimden geçirilmelerine olanak vardır (36). Dolayısıyla, Türk insan hakları hukukunun belkemiğini oluşturan yasaların bu dokunulmazlığı devam ettikçe, anayasa yargısı denetiminin en azından bu alanda "göstermelik" olduğunu kabul etmek gerekir.

"Denetlenemez normlar"ın insan hakları açısından ikinci önemli paketi, "olağanüstü halerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz" (md.148/1) hükmüdür. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu

(32) "Prof. Orhan Aldıkaçtı'dan bilirkişi raporu", *Yeni Gündem*, sayı 30, 16.9.1985, Ek 9.

(33) E. 1985/19, K. 1985/21, Kt. 28.11.1985 (RG. 22.12.1985-18966); E. 1984/1 (Parti kapatma), K. 1984/1, Kt. 28.9.1984 (AYMKD, sayı 20, s. 450-455, RG. 14.2.1985-18666).

(34) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 359; E. TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 264; K. DAL, *Türk Esas Teşkilât Hukuku*, Ankara 1984, s. 290.

(35) Son genel seçimlerden önce ANAP Genel Başkan Yardımcısı B. Akarcalı bu maddenin kaldırılacağı sözünü vermişti (*Nokta*, 15.11.1987, s. 12-13).

(36) H. HATEMİ, "Anayasaya aykırı olamayan kanunlar", *Yeni Gündem*, sayı 37, 27.12.1985, s. 12.

bu dönemler ve rejimler altında durumun "gerekli kıldığı konularda" her türlü önlemi alıp insan haklarına ilişkin yasaklama ve sınırlamalar getirebilmekte (md. 121, 122), ama bu işlemler yargı denetimine tâbi olmamaktadır. Bunun anlamı, sözkonusu dönemlerde anayasal yönetimin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin askıya alınmasıdır. Oysa olağanüstü rejimler de anayasal yönetimlerdir ve bu dönemde de hukukun üstünlüğü ilkesi geçerlidir. Şu farkla ki, bu dönemde başta yürütme organı olmak üzere devlet yetkilerinde belli bir genişleme görülür; ki bu da doğaldır. Ama bu rejimlerin "keyfilik" rejimi olduğunu kabul etmedikçe, sözkonusu işlemler üzerindeki anayasa yargısı denetiminin kalkmasını sindirebilmeye olanak yoktur. Asıl, devletin ve idarenin güçlendiği bu dönemlerdedir ki, yargı denetimine, başta anayasa yargısı olmak üzere daha çok ihtiyaç vardır; bunlara geniş yetkiler tanınmış olmasının insan hakları bakımından doğurabileceği sakıncalar ancak bu yolla dengelenebilir. Üstelik, haklı olarak işaret edildiği gibi bu istisna Anayasanın kendi içinde de çelişkili bir durum yaratmaktadır. Anayasa olumlu bir yenilik olarak bu gibi durumlarda bile dokunulamayacak bir alan çizmiş ve alınacak önlemlerin "durumun gerektirdiği ölçüde" olmasını buyurmuştur (md. 15). Ama bu alana girilip girilmediğini, alınan önlemlerin "ölçülülük" ilkesine uyup uymadığını Anayasa Mahkemesine denetletebilme olanağı yoktur. Bu durum, olağanüstü hal rejimlerinin de birer "hukuk rejimi" olduğu yolundaki ilkeye aykırı düşmektedir (37). Dahası, ANAP hükümetleri olağanüstü hal kararnamelerine, olağanüstü hal bölgesiyle ilgisi bulunmayan hükümler yerleştirme yoluna gitmişlerdir (KHK, No: 424, 425 ve 430). Anayasa Mahkemesi ise, bunların ilk ikisiyle ilgili bir iptal davasında sözkonusu KHK'leri olağanüstü halle ilgili görmeyerek, denetleme yasağını çok haklı olarak aşmış, esastan incelemeyi kabul etmiş ve 425 sayılı KHK'nin bazı hükümlerini iptal etmiştir (38).

Sonuç olarak, 1982 modeli anayasa yargısı, hem biçimsel, hem de içeriksel açıdan, insan haklarının güvencesi olma işlevini gereğince yerine getirebilecek durumda değildir. Bu açıdan, "1982 Anayasası da, anayasal yargının esasta (1961 anayasası ile/BT) aynı biçimde ve aşağı yukarı aynı etkinlikte devamını benimsemiştir (39)" şeklindeki görüşte isabet yoktur.

Anayasa yargısının zayıflığına yolaçan bir başka faktör de, 1982 Anayasasının şimdi ele alınacak olan özellikleridir.

(37) E. ÖZBUDUN (Yorum), *Anayasa Yargısı 1984*, s. 145-146.

(38) *Güneş*, 11.1.1991.

(39) Y. ALİEFENDİOĞLU, "Türk Anayasa yargısında iptal davası ve itiraz yolu", *Anayasa Yargısı 1*, Ankara 1984, s. 136.

1982 Anayasasının insan hakları konusundaki tutumu nedir, özellikle "ihlâller" karşısındaki yeri neresidir? Soru; Anayasanın *oluşumu, siyasal felsefesi*, insan haklarının *genel* ve *özel sınırları* ile bu sınırlamaların *çerçevelenişi* gibi konuların irdelenmesini gerektiriyor. Bunlardan sonra, Anayasanın *işlevi* konusunda bir değerlendirme yapılabilir.

1) ANAYASANİN OLUŞUMU

Bu başlık altında, 1982 Anayasasını besleyen ve ortaya çıkaran sosyal ve siyasal *dinamikler*, anayasanın *hazırlanışıyla* ilgili özellikler ve metinsel *kaynakları* üzerinde durulacaktır. Amaç, Anayasanın insan hakları konusundaki tutumunu daha iyi kavramayı sağlayacak hazırlık malzemelerini ve bilgileri derlemekten ibarettir, yoksa Anayasanın yapılışını ayrıntılarıyla ele almak değildir.

Anayasanın Dinamikleri

1982 Anayasası, liberal anayasaları doğuran sosyal ve siyasal dinamiklerden farklı bir itici güce oturmuş görünmektedir. Liberal anayasacılığın özellikleri, egemenlik hakkının ve kullanılışının demokratikleştirilmesi, siyasal iktidarın sınırlanması, bireyin ve toplumun hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması gibi noktalarda yoğunlaşır. Yükselen burjuvaziler ve siyasal liberalizm, monarşilerin eşitsiz ve dizginsiz yönetimlerine kaşı mücadelelerini anayasacılık bayrağı altında da sürdürmüşlerdi. 18. yüzyıldan bu yana anayasalar bu alandaki kazanımları belgelediler.

Bizde de, Meşrutiyet ve ulusal devlet dönemi anayasacılığının kökleri, monarşinin sınırlanması (1876, 1909), egemenlik hakkının ve bunun kullanımının demokratikleştirilmesi (1921, 1924, 1961), özgürlük ve demokrasinin kurumsallaştırılması (1909, 1921, 1924, 1961) çabalarında yatar.

Anayasacılık tarihimizde, 1876 Kanun-ı Esasisinin tartışmalı durumu bir yana bırakılırsa, ilk defa ve açık olarak bir anayasa, 1982 metni, otoritenin güçlendirilmesi temelinde ortaya çıkmaktadır. Resmî açıklamalar ve belgeler bunu yeterince ortaya koymuştur.

Org. Kenan Evren, 12 Eylül 1980 müdahalesini açıklayan ilk konuşmasında "hukuk devleti kavramı"nın yalnız "kişilerin müdafaası"na, "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin de "kuvvetler çatışması"na dönüştüğünden yakınarak "tam bir otorite boşluğu"ndan sözediyor, siyasal partileri, sendikaları ve anayasal kuruluşları suçluyordu. Evren, gerek bu konuşmasında, gerekse daha sonraki basın toplantısında 12 Eylül hareketinin amaçlarını sayarken ilk dört sırayı Devlet gücünün pekiştirilmesi önceliğine veriyor, "hür, demokratik parlamenter rejimin şimdi olduğu gibi dejenere edilmesine ve tıkanmasına mani olucu (...) bir anayasanın" yapılmasından sözediyor, "millî dayanışmayı ön plana alan (...) bir yönetime" ihtiyaç olduğunu vurguluyordu (1). Kurucu Meclis Hakkında Kanunda da yeni anayasanın sahip olması gereken felsefe açıklanırken, devletin ve milletin bütünlüğü, millî dayanışma, toplumun huzuru gibi kavramlara ilk başlarda yer verilmiştir (2). Millî Güvenlik Konseyi'nin Başkanına ve temsil ettiği güçlere göre, "Fertlerin hürriyeti, devletin hâkimiyet ve iradesinin mahfuziyetine vabeste" (korunmasına bağlı) idi (3). K. Evren, halka hitaben yaptığı ve özellikle "anayasa tasarısını tanıtma"yı amaçlayan konuşmalarında da, yeni bir anayasanın hazırlanmasını gerekli kılan nedenler arasında birinci yeri "otorite ihtiyacı"na ve 1961 Anayasasının eleştirisine ayıracaktı (4).

Böylece 1980 askerî müdahalesinde ve anayasa programında otorite ve disiplinli toplum ülküsü, çoğulcu demokrasi ve özgürlük temalarının önünde yeralıyordu.

Şu var ki, 1980 anayasacılığının dinamikleri, "kuvveti elinde bulunduranın kendi yasasını da tek yanlı bir şekilde dayatması" şeklinde basite indirgenemez. Burada halkın nisbeten bilinçsiz ve örgütsüz kesimlerinin ("sessiz çoğunluk"), terörün "özgürlük fazlalığı"ndan ve 1961 Anayasasından doğduğu yolundaki sistemli propagandanın etkisine kapılmış bulunmasının da payı olmalıdır. Hatta biraz daha ileri gidilerek, özgürlüğün epeydir geniş yığınları kendine çeken bir kavram olmaktan çıktığı (5), "otorite ihtiyacı"nın popülerleştiği ya da popülerleştirildiği de söylenebilir.

(1) 13 ve 17.9.1980 tarihli basın.

(2) Kanun No: 2485; Kt. 29.6.1981.

(3) Danışma Meclisi'ni Açış Konuşması (23.10.1981).

(4) "O Anayasa dediğimiz elbise bize bol geldi. İçinde oynamaya başladık" (Diyarbakır, 14.10.1980). "O Anayasa sayesinde (yüzünden/BT) bu şekle geldik" (Erdek, 12.7.1982).

(5) F. SAĞLAM, "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sorunlar", *Yeni Gündem*, sayı 30, 16.9.1985, "Demokrasilerde" Eki, sayı 9.

Anayasanın oluşturulma biçimi de otoriterdir, demokratik ve özgürlükçü seçeneği dışlayıcı niteliktedir. Hazırlanma, tartışma ve kabul edilme (halkoylaması) aşamalarının özellikleri bunu açıkça ortaya koyar.

İktidarın MGK tarafından ele alınmasından sonra, parlamento ve meşrû hükümetin varlığına son verilmiş, siyasal faaliyetler önce durdurulmuş, sonra da bütün partiler, Yüksek Askerî Şûra'da beliren görüş birliği doğrultusunda MGK'nın çıkardığı 2533 sayılı ve 16.10.1981 tarihli yasayla feshedilmiştir. Anayasa taslağını hazırlayacak olan Kurucu Meclisin Danışma Meclisi kanadı partisiz ve MGK tarafından seçilip atanan üyelerden oluşmaktadır. Bu meclis sadece danışsal (istişarî) bir kuruldur; Anayasa tasarısına son biçimini vermeye yetkili olan güç MGK'dır. Dolayısıyla, seçilmiş ve demokratik bir kurucu iktidar yoktur; "kuruculuk hakkı"nı kendinde bulan ve bunu kimseyle paylaşmayan *fiili bir güç*, MGK vardır.

Gerçek durum buyken, 1982 Anayasasının Başlangıcının DM ile MGK'ni *"Türk Milletinin meşrû temsilcileri"* olarak göstermesi, "demokratik meşrûluk" ilkesinin de inkârından başka bir şey değildir.

Demokratik ve temsilî bir karakteri bulunmayan Danışma Meclisi, sosyo-politik yönden de (sınıfsal, siyasal, ideolojik, düşünsel, vb.) toplumu yansıtmamaktadır. Meclis; partisiz, örgütsüz, toplumsal tabanları gevşek, yaş ortalaması yüksek, birbirinden kopuk, atomize ve tutucu üye kompozisyonu ile bir "memurlar kulübü" niteliğindedir. Bu yüzden de, ülkenin siyaset ve fikir ortalamasının dışında, altında ve sağındadır. Siyasal faaliyetlerin durdurulmuş, partilerin feshedilmiş, kamuoyunun sıkıyönetim rejimi altında tutulmuş olması, bu tutucu ve yaşlı gövdenin beslenebileceği kaynakları da kurutmuştur.

"Anayasa tartışmaları" da bu dar çerçeveye hapsedilmiştir. Toplumun düşünsel ve siyasal canlılık merkezlerinin (partiler, dernekler, meslek kuruluşları, basın, üniversiteler, vb.) faaliyetlerinin kısıldığı bir ortamda, tartışmalar sıkıyönetim denetimindeki basın organlarının olanaklarıyla sınırlı kalmıştır. "Anayasa tartışmaları"nın çerçevesini çizen MGK kararları da bu alanın ne kadar dar tutulduğunu gösterir. MGK'nin, 52 ve 65 sayılı kararlarını kaldıran ve bir ölçüde serbestlik yaratan 70 sayılı kararı, bir başka yönüyle aslında tartışma alanını daha da küçültmekteydi. Şöyle ki; "Anayasa üzerine görüş ve önerilerin yukardaki çerçeve içinde açıklanmasında *münhasıran Anayasa taslağının geliştirilmesi maksadı içinde kalınacak*, Anayasanın halkoylamasında, halkın vereceği reyin nasıl olması gerekeceği hususunda etki yapacak herhangi bir telkinde bulunulmayacak"tı (6).

(6) RG. 5.8.1982-17772.

Dahası, MGK'nın Anayasa tasarısında son değişiklikleri yapmasından sonra çıkarttığı 71 sayılı kararla, "Anayasanın geçici maddeleri ile Devlet Başkanının radyo-televizyonda ve yurt gezilerinde yapacakları anayasayı tanıtma konuşmaları hiçbir surette eleştirilemez ve bunlara karşı yazılı ve sözlü herhangi bir beyanda bulunulamaz" (7) şeklindeki yasaklarla zaten dar olan tartışma ortamı, iyice budanmıştır. Eleştirilmesi yasaklanan tasarı hükümlerinin en önemlisi, MGK ile Danışma Meclisinin ve yürütme organı görevlilerinin her türlü karar ve uygulamalarını yargı denetimi dışında tutan, özellikle kanun ve kanun hükmündeki kararnameler için de anayasa yargısına başvuru olanağını ortadan kaldıran hükümdür. Sözde "Geçici maddeler" başlığı altında yeralan bu hüküm (md. 15), bugün adeta "kalıcı" bir karakter kazanmış olup, hâlâ etkisini sürdürmektedir. İnsan hakları ihlâllerinin başlıca kaynaklarından olan MGK yasalarının yargısal denetimini yasaklayan bu düzenlemenin Anayasa tartışmaları dışında tutulmuş olması bu açıdan son derece önemlidir.

Anayasanın halkoylamasına sunuluş biçimi de dürüstlük ölçülerine sığmamaktadır. Bir kere seçimlerin tarihi ve tasarının reddi durumunda ne olacağı belli değildir. Bu yüzden, tasarıya "Hayır" oyu vermek, belirsizliğin (daha doğrusu askerî rejimin) devamını istemek gibi bir sonucu beraberinde sürüklemektedir. Dolayısıyla, verilen mesaj, "Demokrasiye dönmek isteniyorsa anayasaya olumlu oy vermek gerekir" mesajıdır. Nitekim Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı bunu açıkça söylemekte sakınca görmemiştir (8). İkinci nokta, anayasanın kabulü durumunda MGK Başkanının da "Cumhurbaşkanı sıfatı"nı kazanıyor olmasıdır. Böylece Başkan'ın popülaritesi anayasaya, bir an önce ne pahasına olursa olsun normal düzene geçiş isteği de Evren'e oy akışını kotarmıştır. Nihayet, yukarkilere ek olarak, bir tartışma ve eleştiri ortamının bulunmayışı, yapılan işi "Evet/Hayır" basitliğine dayalı bir plebisite indirgemiştir (9). Bu açıdan, 1982 Anayasasının halkın "serbest" ve "hür iradesiyle" kabul edildiği görüşünün (10) ciddî bir temeli yoktur.

(7) RG. 21.10.1982-17845.

(8) "Bana göre bizim Anayasamız kabul edilecektir. Kesin... Çünkü Anayasının kabul edilmesi demek, Siyasî Partiler Kanununun yapılması ve seçime gidilmesi demektir... Seçmen bunu değerlendirecek ve bir an evvel normal düzene geçilmesi için Anayasaya oy verecektir" (O. Aldıkaçtı'nın Basın Toplantısı, *Cumhuriyet*, 26.1.1982).

(9) T. PARLA, "İki tür halkoylaması: referandum ve plebisit", *Cumhuriyet*, 18.2.1986.

(10) B. DAVER, "İnsan Hakları ve Türkiye", *F. H. Sur'a Armağan*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi yay., s. 529.

"Anayasanın biçimsel kaynakları" deyiminden, bir anayasanın hazırlanışında temel alınan ya da en çok kullanılan, bu anlamda bir "mehaz" rolü oynayan metinler anlaşılır. Bunlar normalde, anayasanın düşünsel, felsefi, siyasal ve ideolojik eğilimleri konusunda da bir fikir verir. 1982 Anayasasının insan hakları konusundaki düzenlemeleri, ilk bakışta, 1961 Anayasası (1971 ve 1973'de değiştirilmiş şekliyle), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve MGK yasalarından kaynaklanmış görünmektedir. Danışma Meclisi ile MGK'nın Anayasa Komisyonlarının sundukları genel raporlarda da buna işaret edilmiştir (11).

Şu var ki, gerek 1961 Anayasasının, gerekse AİHS'nin biçimsel olarak ve özleri değiştirilerek kullanıldıkları görülmektedir. Bu iki metnin "hak ve özgürlük" tanıyan formülasyonları (genellikle maddelerin ilk paragrafları) aktarılmış, ama bunlara eklenen sonraki paragraflarda bir önce "verilenler" fazlasıyla geri alınmıştır. Hak ve özgürlüklerin tümünün, aralarındaki özellikleri yutarcasına genel hükümlerle (Başlangıç, md. 13 ve 14) toptan sınırlanmasına gidilmesi de, 1961 metni ile AİHS'nde bulunmayan bir "sistem"e yolaçmıştır. Yine AİHS, özgürlüklerin yokedilmesini engelleyen hükmüyle (md. 17) yalnız bireyleri ve toplulukları değil, devletleri de bir borç altına sokmuşken, Türk Anayasakoyucusu yalnız birey ve topluluklardan gelebilecek tehlikeleri hesaba katmış, hatta normal demokratik kullanımları en aşırı ölçülerde kısmış, buna karşılık 17. maddenin Türkiye'yi de anlaşmaya taraf devlet olarak borç altına sokan yönüyle kendini bağlı saymamıştır. Nihayet 17. madde "hak ve hürriyetlerin yokedilmesini istihdaf eden (hedef alan) *faaliyet* ve *hareketler*"den, yani *eylemler*den sözetmişken, 1982 Anayasası düşünce, sanat ve bilim ürünlerini bile içerikleri bakımından sınırlama yolunu tutmuştur (Başlangıç; md. 13,14, 26, 27, 28 vb.).

1982 Anayasasının asıl biçimsel kaynağı ise MGK çıkışlı her türlü mevzuat (yasalar, kararlar, vb.), bildiri ve hatta "demeçler"dir. MGK Anayasa Komisyonunun 17.10.1982 tarihli raporunda bu hususu açıkça belirtilmiştir. Ama bu durum şaşırtıcı değildir; Danışma Meclisinin bazı üyelerini de yönlendirme olanaklarına sahip olmuş görünen MGK (12), zaten tek ve mutlak "kurucu güç"tür.

(11) bkz. A. ÖZER, *Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası*, Bilim yay., Ankara 1984, s. 1-9.

(12) Danışma Meclisinin asker kökenli üyelerinin ellerinde bir başka "anayasa taslağı"nın bulunduğu, zaman zaman buna bakıp değişiklik önergesi verdikleri gözlemlenmiştir (bkz. Y. DOĞAN, *Dar Sokakta Siyaset*, Tekin yay., İstanbul 1985, s. 180-181).

MGK ürünlerinin yeni Anayasaya kaynak oluşturmasının birinci ana kanalı, Anayasanın yapılmasından önce çıkartılan MGK yasalarının birer Anayasa kuralına dönüştürülmesi sürecidir. Devlet Denetleme Kurulu (Kanun No: 2443), Yüksek Öğrenim (No: 2547), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (No: 2461), Hâkimler ve Savcılar (No: 2556 ve 2661), Bölge İdare Mahkemeleri (No: 2576), İdarî Yargılama Usulü (No: 2577) kanunları ile Devlet Başkanının denetim ve atama yetkilerinin genişleten, sıkıyönetim yasasını değiştiren yasaların temel hükümleri sonradan Anayasanın gövdesine katılmıştır.

İkinci ana etki kaynağı, Anayasadan sonra yapıldıkları için Anayasayı etkilemeleri sözkonusu olmayan, ama bugünkü *anayasal düzen*in temel çatısını kuran MGK yasalarıdır. Anayasanın halkoylamasında kabul edilmesinden sonra da, yine bu Anayasadan aldığı yetkiyle yasama yetkisini kullanmaya devam eden MGK (Geçici md. 2), yeni yasaların yapılması işini kendi süzgecinden geçecek (veto sistemi) üyelerden oluşacak TBMM'ne bırakmayı bile göze alamamış, bu meclisin Başkanlık Divanının oluştuğu tarihe kadar yasa imalâtına devam etmiştir. Yargıtay Kanunu (No: 2797), Hâkimler ve Savcılar Kanunu (No: 2802), Siyasî Partiler Kanunu (No: 2820), Sendikalar Kanunu (No: 2821), Milletvekili Seçimi Kanunu (No: 2839), Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (No: 2845), Dernekler Kanunu (No: 2898), Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu (No: 2911), Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu (No: 2941), Kamulaştırma Kanunu (No: 2942), Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (No: 2949), TRT Kanunu (No: 2954) gibi yeni yasalar bunlara örnektir. Bu arada Türk Ceza Kanunu, Sıkıyönetim Kanunu gibi temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendiren yasalarda yapılan önemli değişiklikler de hatırlanmalıdır.

Bütün bu yasalar, anayasal, siyasal ve yargısal yaşamın en önemli konularını düzenlemişlerdir. Ama bunların Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülebilmesi de yine Anayasa eliyle yasaklanmıştır (Geçici md. 15). Böylece bunlar Anayasanın yanıbaşında adeta bir *"ikinci Anayasa"* oluşturmaktadır. Bu *"anayasal kurallar bloku"*, anayasaya aykırılıkları ileri sürülemediği için öbür yasalardan farklı ve ayrıcalıklı, ama bunlar gibi değiştirilebildikleri için de Anayasanın altında yeralan, adeta bir "sessiz ve yumuşak anayasa" durumundadırlar. Bu yönleriyle de bugünkü *anayasal düzenin metinsel kaynakları* arasında yeralırlar.

Yeni anayasal düzenin oluşumuyla ilgili bu kısa döküm (13), Türkiye'de gerçek, rakipsiz ve tek kurucu iktidarın, hatta daha geniş bir

(13) Daha genişi için bkz. B. TANÖR, *İki Anayasa*, Beta yay., İstanbul 1986, s. 97-114.

deyimle *"kurumsallaştırıcı güç"*ün (pouvoir instituant) beş kişilik bir "askerî komite"den başkası olmadığını yeterince ortaya koymuş olmalıdır. Göstermelik ve biçimsel bir halkoylaması dışında hiçbir demokratik usul ve yönteme uyulmadan olduruverilen Anayasa, demokratik anayasaların vazgeçilmez niteliği olan "uzlaşma" ve "siyasal sözleşme" kavramlarına tamamen yabancıdır; basit ve tek taraflı bir "dayatma"nın ürünüdür. Bu yüzden de "demokratik anayasalar" grubuna girmez. Bir karşılaştırma yapmak gerekirse; tarihte hükümdarlar ile halkın temsilcileri arasındaki uzlaşmalardan doğan misak anayasalar ve bu arada 1909 Osmanlı Anayasası (ya da anayasa değişikliği), yapılış özellikleri bakımından 1982 Anayasasından daha demokratiktir, hiç değilse iki taraflı bir sözleşme niteliğine sahiptir.

1982 Anayasasının doğuş biçimindeki bu anti-demokratikliğin, Anayasanın kendisini ve özellikle siyasal felsefesini etkilememesi beklenemezdi.

2) ANAYASANIN SİYASAL FELSEFESİ

1961 Anayasası genel amacını *"insan hak ve hürriyetleri"* ve *"demokratik hukuk devleti"* gibi evrensel değer ve kategorilerle ifade etmişti: *"İnsan hak ve hürriyetlerini,* milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak *demokratik hukuk devleti*ni bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak" (Başlangıç). Böylece bu Anayasa, demokratik ve özgürlükçü bir içeriğe sahip olduğu halde, demokrasi ve insan hakları kavramlarını kendisiyle özdeşleştirmeyip daha geniş ve evrensel bir perspektif çiziyor, hedefler gösteriyordu.

1982 Anayasasına göre ise demokrasi ve insan hakları bu Anayasada gösterilenlerden ibarettir: "...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 (...) maddî ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahiptir" (Başl., pr. 5 ve 8). Böyece insan hakları ve demokrasi kavramları evrensel boyutlarından kopartılarak *"millileştirilmiş"* olmaktadır.

Burada, "doğuştan sahip olunan haklar"ın klasik ve felsefî anlamıyla *doğal* (tabiî) *haklar* olmayıp, belli bir anayasada gösterilenlerden ibaret sayılması, mantığı yoran ve doğal haklar teorisini de zorlayan bir yaklaşımdır. Haklara hem "doğuştan sahip olmak" hem de bunların insanlığın belli bir tarihsel anda ulaştığı bütün kazanımları içermeyip sadece "bu anayasadaki temel hak ve hürriyetler"den ibaret sayılması, kuşkusuz çelişik bir yaklaşım ve ifade biçimidir. Bu melezlik, hakları bir yandan belli bir metne hapsedip daraltırken, öbür yandan

60 yıl önceki 1924 Anayasasının bile dayandığı "doğal haklar" terminolojisinden, bunu çarpıtarak da olsa bütün bütüne vazgeçilemeyişinden doğmaktadır. "Doğuştan sahip olunan haklar" ile bu hakların güdüklüğü arasındaki kavram çelişkisi o kadar açıktır ki, sözkonusu cümle bu haklardan "millî kültür ...düzeni içinde" yararlanılacağını bildirmektedir.

Devletin ya da Cumhuriyetin nitelikleri açısından da "insan hakları" bir statü kaybına uğramış görünmektedir. 1961 Anayasası *"insan haklarına... dayanan"* devletten sözetmekteydi (md. 2). 1982 Anayasasının bu konudaki formülasyonu ise *"insan haklarına saygılı devlet"*tir (md. 2). Bu iki düzenleme biçimi arasında temel bir anlam ve yaklaşım ayrılığının bulunmadığı, bir "anlatım farkı"nın olduğu belirtilmişse de (14), bunun böyle olmadığını düşündürten sebepler de vardır.

1961 Anayasasına göre insan hakları, devletin dayandığı temel ilke ve niteliklerden biriydi, devletin varoluş nedeni bir "insan hakları ülküsü"nden de kaynaklanıyordu. Yeni düzenlemeye göre ise, insan hakları artık devletin temel dayanaklarından, *içsel* (endogène) ve *özsel* (zatî, intrinsèque) unsurlarından ve varoluş nedenlerinden biri değildir. Gerçi devlet bunlara "saygılı" davranma borcu altındadır ama, her saygı objesi gibi buradaki de (insan hakları), saygıyı göstermesi gerekenin dışında ve ondan ayrı bir nesnedir. Bu açıdan iki düzenleme biçimi arasında basit bir üslup değişikliği çerçevesini aşan, temel bir yaklaşım farkı olduğu söylenebilir (15).

Bu durum; devlete karşı korunan "defansif insan hakları anlayışı" ile (conception défensive des droits de l'homme), hukuk ve devlet düzeninin kurucu unsurlarından birini oluşturan "yapıcı insan hakları" anlayışı (conception constitutive des droits de l'homme) arasındaki farkla da (16) kısmen açıklanabilir. Şu var ki, 1982 Anayasasının yaklaşımı, örneklerle görüldüğü ve görüleceği gibi, "insan haklarına saygılı" sıfatına ve "devlete karşı korunan insan hakları" anlayışına da uymamaktadır.

Öteyandan, 1961 Anayasasında Türkiye Cumhuriyetinin "insan haklarına dayalı" oluşu, herhangi bir kayıt ve şarta bağlı tutulmamışken, yeni Anayasada Türkiye Cumhuriyeti'nin "insan haklarına saygılı" oluşu bile *"toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde"* kalmak ve bu sınırları aşmamak zorundadır: "Türkiye Cumhuriyeti, *toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde*, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, laik ve sosyal bir hukuk devletidir"

(14) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 80.
(15) M. SOYSAL, *Anayasanın Anlamı*, 6. baskı, s. 188-190.
(16) J. P. MÜLLER, *Eléments*, p. 8-11.

(md. 2). Devlet, "insan haklarına saygılı" olmaktan da önce "toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı" için vardır ve bu çerçeve içinde "insan haklarına saygılı"dır (17). Bir kez daha devlet ve otorite birinci planda, hak ve özgürlük ise ikinci planda ve bunlara tâbi olarak vardır (18).

Gerçi bu yorumun tersi de ileri sürülmüştür. Maddenin yazılışının tereddüt uyandırabileceğini kabul edilmekle birlikte, "içinde" sözcüğünden sonra bir virgül geldiği için, "toplumun huzurunu, millî dayanışma ve adalet" kavramlarının devletin "insan haklarına saygılı" olma borcunu sınırlamayan, bundan bağımsız bir blok oluşturduğunu ileri sürmenin daha yerinde olacağı belirtilmiştir (19). Anayasanın genel felsefesi ve ilerde ele alınacak olan sistematiği açısından bu yoruma katılabilmek zordur.

Bir kere Anayasa, haklı olarak işaret edildiği gibi, "otorite-hürriyet dengesinde otoritenin ağırlığı"nı arttırmıştır (20). Ayrıca, bir an için "toplum huzuru, millî dayanışma" gibi kavramların insan haklarını çerçevelemediği kabul edilse bile, bunlar devletin niteliklerini gösteren aynı hüküm içinde ve ön sırada yeralmakta, bu nedenle de kaçınılmaz bir şekilde insan hakları üzerinde bir denge ve denetim rolü oynamaktadırlar. Maddenin yazılışından doğan tereddütü bir başka yerde giderme olanağı da vardır. Aynı formül, milletvekillerinin "andiçmesi"yle ilgili maddede (md. 81) de geçmektedir: "...toplumun huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerden yararlanması ülküsünden (...) ayrılmayacağıma..". Burada iki kavram bloku birbirinden virgülle de ayrılmamıştır. 1982 Anayasasının karakterine uygun düşen de budur; insan hakları bu gibi kavramlarla sınırlı bir çerçevede değer taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı da bu yöndedir: "1982 Anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yervermek suretiyle, 1961 Anayasasına nazaran devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanımıştır." (21)

Anayasanın insan haklarına yaklaşımını açıklayan bir başka unsur yine 2. maddede geçen *"Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan"* devlet formülüdür. Aynı ifade 1961 Anayasasında da vardı. Ama bu Anayasanın metni gibi başlangıcı da temelde özgürlükçü bir yapı ve içeriğe sahipti. Bu nedenle sözkonusu gönderme bir sakınca yaratmak

(17) M. SOYSAL, *Anayasanın Anlamı*, 6. baskı s. 190.
(18) L. DURAN, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, s. 290
(19) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 80.
(20) *aynı kaynak*, s. 48, 81-85.
(21) E. 1984/14 K. 1985/7 Kt. 13.6.1985 (AYMKD, sayı 21, s. 173).

bir yana, ek güvence getiriyordu. Bugünkü Anayasanın Başlangıç bölümü ise bu karakterde değildir. Anayasanın siyasal felsefesini ortaya koyan bu bölüm "hürriyetçi demokrasi"yi ve insan haklarını *"bu Anayasada gösterilen"*e indirgediği gibi, daha da ileri giderek bireyin ve toplumun düşünsel, ideolojik, kültürel, siyasal ve hatta psikolojik bütün faaliyetlerini de kodlamaktadır. Bu repertuvardan bazı ideolojik, kültürel, siyasal, psikolojik emperatifler (emirler) çıkartılabilir: *"Hiçbir düşünce ve mülâhaza Türk millî menfaatlerini, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göre"*mez (paragraf 7). *"Topluca Türk vatandaşları, millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak"*tırlar (par. 9). *"Türk vatandaşının (...) onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme"* ve Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden yararlanabilme hak ve yetkisi de, *"millî kültür"* çerçevesi içinde kalması koşuluyla mümkündür (par. 8), vb. Görüldüğü gibi anayasal buyruklar milliyetçi-toplumcu ve şoven karakterdedir. Nitekim, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkan Vekili Kemal Dal'ın şu sözleri bunun açık ve içten itirafıdır: "1961 Anayasası hümanisttir, Türk'ü ihmal etmiştir. 1982 Anayasası Türk'ü ele almış, hümanizmi bir kenara itmiştir"(22).

1961 Anayasasında olduğu gibi, bugün de Anayasa metnine dahil olan Başlangıç'ta, demokrasi, insan hakları ve özgürlük gibi kavramların farklı ve daha geniş biçimde anlaşılmalarını önlemek için de birtakım setler oluşturulmuştur. Hiçbir kişi ya da kuruluş *"bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkama"*yacak (par. 5), Anayasa, *"sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygula"*nacaktır (par. 10). Çünkü üstünlük evrensel ilkelerde ya da Hukuk'ta değil, *"ancak* (bu) *Anayasa* (ve) *kanunlarda"*dır (par. 6).

Anayasa Mahkemesi de bu "Anayasa yorumu"na genelde bağlı kalmıştır. Yüksek Mahkeme, özellikle düşünce ve davranış özgürlüklerine sınır koyan ve koyu bir milliyetçilikle kaleme alınmış olan Başlangıcın 7. paragrafına *"kesin bir buyruk"* değeri vermiştir (23). Yüksek Mahkeme bir başka kararında da yine aynı pargrafa dayanarak, "Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde millî menfatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği"nin yine Anayasa tarafından benimsenmiş olduğunu ifade etmiştir (24).

(22) *Nokta*, 27.4.1986, s. 17.

(23) E. 1983/2 (Parti kapatma), K. 1983/2, Kt. 25.10.1983 (AYMKD, sayı 20, s. 363).

(24) E. 1984/14, Kt. 1985/7, Kt. 13.6.1985 (AYMKD, sayı 21, s. 173).

Görülüyor ki, 1982 Anayasası, "hürriyetçi demokrasi"yi kendisiyle özdeşleştirip bunun dışında kalan her türlü yorumu yasaklarken, kendi "hürriyetçi demokrasi" anlayışını da düşünülebilecek en dar kalıplar içinde sunmaktadır. Anayasa; devlet/birey, devlet/toplum ve toplum/birey arasındaki hak ve özgürlük ilişkilerinde devleti diğer ikisinin, toplumu ya da kollektiviteyi de bireyin önünde tutmaktadır. Anayasanın daha ilk cümlesinde söze *"Kutsal Türk Devleti"* diye girmesi bunun açık kanıtıdır. Liberal anayasacılığın ancak bireye ya da onun haklarına lâyık görüp kullandığı "kutsal"sıfatı, 1982 Anayasasını hazırlayanlarca devleti taçlandırmak için kullanılmıştır. 1982 Anayasasının, kelimenin siyasal anlamında "devletçi" olduğunu başka hiçbir gösterge bundan daha iyi ortaya koyamaz. Devleti kutsal saymak, tarihte "Kutsal Roma Germen İmparatorluğu" örneğinde olduğu gibi mutlakiyetçi dönemlere, 20. yüzyılda da faşist rejimlere ve ideolojiye özgü bir tutumdur. 1982 Anayasası bu örneklerden sonra, devleti kutsamakla işe başlayan ilk ve tek "batı demokrasisi" anayasası olmaktadır.

Kısaca bu nedenlerle, Anayasanın 2. maddesinde Başlangıç bölümüne yapılan göndermenin de insan hakları açısından bir güvence değil, ciddî bir sakınca ve tehdit oluşturduğu apaçık ortadadır. Anayasanın siyasal felsefesine egemen olan otoritarizm, bu kertede de doğrulanmış olmaktadır.

"Devletin temel amaç ve görevleri" (md. 5) ve *"Temel hak ve hürriyetlerin niteliği"* (md. 12) konusundaki hükümler de buraya kadarki bulguları desteklemektedir.

"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi ("bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi"yi/BT) *korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak"*tır. Maddenini bundan sonraki bölümü şu anki konumuzla ilgili değildir, az ilerde "sosyalliğin terki" biçiminde ele alınacaktır. Görülen odur ki, maddenin bu ilk bölümünde devletin temel görevi, kendini ve bütünlüğü korumaktır; insan haklarının korunması ise devletin temel amaç ve görevleri arasında yeralmamaktadır. 2. maddede insan haklarının silikleşen yeri burada tamamen kaybolmuştur. Kişilerle ilgili görev ise "huzur ve mutluluk" sağlamak gibi hiçbir hukuki içeriği olmayan platonik ve alaycı mesajlardan ibarettir.

"Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" ile ilgili 12. madde de, ilk fıkrasında herkesin "kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip" olduğunu bildirdikten hemen sonra, şu karşı dengeyi getirmektedir: *"Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder"*. "Ödev ve sorumluluk" zincirlemesi zaten Başlangıç'tan (par. 9)

itibaren bireyin peşini kovalamaktadır. Üstelik, buna benzer bir hükme yer veren 1948 İnsan Hakları Bildirgesi'nin bu "ödevler"in bireyin *"kişiliğinin tam ve özgürce geliştiği"* bir topluma karşı olduğunu belirten vurgulaması da Anayasaya alınmamıştır (25).

Temel hak ve özgürlüklerden sözederken bile kişilerin ödev ve sorumluluklarını hemen bunlara eklemeyi gerekli gören Anayasa, *devletin sosyal ödev ve sorumluluklarında* ise eskiye oranla yine anlamlı bir eksiltmeye gitmiş bulunmaktadır. *"Sosyalliğin terki"* ya da daha ölçülü bir deyişle *"sosyallikten uzaklaşma"* anlamına gelen bu tablo, devletin temel amaçlarıyla olduğu kadar, insan haklarının bir parçasını oluşturan sosyal haklarla ve bu alanda devlete düşen ödevlerle ilgilidir.

1961 Anayasası, sosyal demokrasi ve sosyal devlet konusunda ileri hükümler getirmişti. Anayasanın 10. maddesinin ikinci fıkrası da şu genel doğrultuyu kurallaştırıyordu: "Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar". Buradaki anlayışa göre özgürlük soyut olarak savunulması gereken bir durum, zaten varolan ve korunmasıyla yetinilebilecek bir nesne değil, sürekli olarak gerçekleştirilmesi gereken bir oluş sürecidir. İnsan için, ekonomik ve sosyal koşulların iyileştirilmesiyle adım adım sağlanacak bir "özgürleştirme" sözkonusudur (26). Anayasa Mahkemesi de bu dönemde vermiş olduğu bazı kararlarda, md. 10/2 ile getirilen hükümlerin iktidarlara görev ve buyruk verdiğini, bunların anayasa yapısı içinde bir "kaynak" niteliğinde olduklarını kabul etti. Sosyal devlet ve sosyal adalet, ilkeleriyle birlikte ele alındığında bu hüküm, toplumun değişik sınıf ve tabakaları arasında *"dengeci"* bir politikanın güdülmesini bir anayasa buyruğu durumuna getirmiş oluyordu. Bu açıdan 1961 sisteminin dayandığı demokrasi anlayışı aynı zamanda "sosyal" bir içerik de taşıyordu (27), insan hakları felsefesi bu temele oturmuş bulunuyordu.

1961 Anayasasının devletin *"özgürleştirme"* ödevlerine işaret eden hükmünde geçen, "bütün engelleri kaldırır", "gerekli şartları hazırlar" biçimindeki kesin ifadeler bugünkü anayasada artık yoktur; bunların yerini "engelleri kaldırmaya..., gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" (md. 5) gibilerden ürkek ve utangaç ifadeler almıştır. Devletin sosyal

(25) *Madde 29/1:* bireyin, kişiliğinin özgürce ve tam gelişimi ancak bir topluluk içinde mümkündür ve onun bu topluluğa karşı ödevleri vardır.

(26) M. SOYSAL, *Anayasanın Anlamı*, 5. baskı, Gerçek yay., İstanbul 1979, s. 120-121.

(27) M. AKAD, *Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi*, Doçentlik tezi, İÜHF yay., İstanbul 1984 (özellikle "Sonuç" bölümü).

ödevlerini "ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek" (md. 65) yerine getireceğini, asgarî ücretin belirlenmesinde "ülkenin ekonomik ve sosyal durumu"nun da gözönüne alınacağını (md. 55/son) bildiren sınırlayıcı ifadeler de, devletin sosyal ödevlerinin yumuşadığını gösteren başka ipuçlarıdır. Anayasa zaten, bu kitabın Birinci Bölüm'ünde değinildiği gibi, kollektif mücadele yoluyla sosyal avantajlar elde edilebilmesini önemli ölçüde sınırlamıştı; şimdi burada devletin sosyal ödevlerinde görülen gevşeme ile, hak ve özgürlük felsefesinde "sosyallik"ten uzaklaşıldığı bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

3) İNSAN HAKLARININ GENEL SINIRLARI

Anayasa, siyasal felsefesinin haber vermiş olduğu gibi, insan haklarının sınırlanma rejimi konusunda da otoriter karakterini ortaya dökmektedir. Her şeyden önce Anayasanın kendisi bunları *doğrudan doğruya* kısmaktadır. Daha kapsamlı sınırlamalar konusunda da *yasamaya geniş yetkiler* tanınmıştır. *İdare* de, insan haklarına müdahale konusunda Anayasanın verdiği izinle yasama tarafından her an devrede tutulabilir.

Anayasının Doğrudan Sınırlaması

Burada, çağdaş özgürlük ve demokrasi anlayışının insan haklarına tanıdığı kapsam daraltılmakta, bunların içeriği ve kullanım alanları doğrudan doğruya Anayasa tarafından sıkıştırılmaktadır.

Bu tür daraltımların en yaygın biçimi *"yasaklar"*dır. Bunların bazıları soyut, bazıları ise somuttur. *Soyut* yasaklar ya da yasaklamalar, içerikleri tam olarak belirlenmemiş olanlardır. Yasama organı bunları somutlaştırmak ve Anayasa buyruğunu yerine getirmek zorundadır, yoksa görevini savsaklamış olur. Başlangıç (par. 5 ve 7) ile 14. madde ve bazı özel hükümlerdeki yasaklar bu niteliktedir. Bu sonunculara, bilim ve sanatı yayma hakkının Anayasanın 1, 2. ve 3. maddelerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaması (md. 27/2), "Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden" haber ve yazıları yazan ve basanların cezalandırılması (md. 28/5), dernek ve sendikaların 13. maddedeki genel sınırlamalara aykırı hareket edememesi, siyasal amaç güdememesi, siyasal faaliyette bulunamaması, siyasal partilerden destek göremmesi ve onlara destek olmaması, başka türden bazı kuruluşlarla bu amaçlarla ortak hareketlere girişememesi (md. 33/4 ve 52/1), grev hakkı ile lokavtın toplum zararına kullanılamaması (md. 54/2), siyasal partilerin 14. maddedeki sınırlamalar dışına çıkamaması (md. 69/1) örnek gösterilebilir. Soyut yasaklar yasama organınca somutlaştırılmadıkça

idare ve yargı tarafından doğrudan uygulanamazlar, bunların soyut karakteri ve "kanunla sınırlama" ilkesi buna engeldir. Şu var ki, "yorum kuralı" niteliği bulunan soyut yasakların (Başlangıç ve md. 14), mahkemelerce dikkate alınması doğaldır.

Somut yasaklamalar ise, *kendiliklerinden* ve *doğrudan* uygulanabilecek kadar net olanlardır. Örneğin; işçi olarak 10 yıldan az çalışmış olanların sendika yöneticisi olamaması (md. 51/7), sendika gelirlerinin devlet bankalarından başkasına yatırılamaması (md. 52/4), siyasal grev ve lokavt, genel grev ve lokavt, işi yavaşlatma yasakları (md. 54/7), bazı kişiler için oy kullanma ve partilere üye olma yasakları (md. 67/son ve 68/son), siyasal partiler için yurt dışında örgütlenme, kadın ve gençlik kolları kurma yasağı (md. 68/6), belirli yerlerden maddî ve nakdî yardım alma yasakları (md. 69/2 ve 8) gibi. Bunlar, ceza yargısı dışında kalan yargı mercilerince doğrudan uygulanabilirler. Ancak, Anayasadaki bu türden yasakların hemen hepsinin zaten yasalarda tekrarlanmış olması nedeniyle bunun fazla bir pratiği yoktur.

1982 Anayasası insan haklarını bu gibi yasaklamalar dışında başka bazı yollardan da daraltmıştır. Bu daraltımlar bazı ihlâllerin meşrulaştırılması, bazı özgürlüklerin devletin ve idarenin müdahalesine özel olarak açılması gibi varyantlar gösteriyor. Devletin kolluk güçlerinin silah kullanmak zorunda kalarak yolaçtıkları bazı öldürme fiillerinin hukuka uygun sayılması (md. 17/3) yaşama hakkına ve vücut dokunulmazlığına doğrudan doğruya Anayasa eliyle getirilen önemli istisnalardır. İlk ve ortaöğretimdeki zorunlu dersler arasına katılan "Din kültürü ve ahlâk dersleri" de vicdan özgürlüğünü (md. 24) sınırlamış ve zedelemiş olmaktadır. Bunlar gibi, "kuruluş amaç ve şartlarını kaybeden yahut kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyen dernekler, kendiliğinden dağılmış sayılır" (md. 33/5) hükmü de dernek özgürlüğünü belirsizliğe mahkûm eden bir sınırlama ve yaptırımdır.

Doğrudan doğruya Anayasanın getirdiği sınırlamalar daha çok temel hak ve özgürlüklerle ilgili özel maddelerde yeralmaktadır. Bunlara, ilerde "Özel Sınırlamalar" başlığı altında yeniden değinme olanağı doğacaktır.

Yasa Eliyle Sınırlama

Anayasa insan haklarını pekçok bakımdan bizzat sınırlamakla kalmamakta, bu yönde yasamaya da geniş yetkiler vermekte ve büyük bir takdir alanı tanımaktadır. Buradaki başlıca olumsuz yenilik, *katmerli* ve *bindirmeli* bir sınırlama mekanizmasının kurulmuş olmasıdır. Birbiri üstüne eklenen halkalar, hak ve özgürlüklerin sıkıca

çemberlenmesini, hem *genel* hem de ilgili maddelerdeki *özel sınırlama sebepleri*yle sınırlanabilmesini mümkün, ve belki de hatta bazan zorunlu kılmaktadır. Genel halkalar öncelikle 13. ve 14. maddeler, sonra da Başlangıç bölümündeki genel kurallardır. Genel sınırlama sebeplerinin kaypaklığı, sistemi daha da ürkütücü hale getirmektedir.

Halkalardan birincisi, yasama organına bütün hak ve özgürlükleri genel sebeplerle sınırlayabilme yetkisi veren hükümdür:

Madde 13—*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*

(...)

Bu maddede yeralan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.

Açıkça anlaşıldığı gibi, birinci fıkradaki "ve ayrıca" ibaresi ile 3. fıkranın bütünü, sınırlanma sebebi özel olarak gösterilmiş olsun olmasın, bütün hak ve özgürlüklerin buradaki genel nedenlere dayanılarak sınırlanabilmesi için konmuştur.

1961 Anayasasında da temel hak ve özgürlüklerin rejimiyle ilgili bir *"genel hüküm"* vardı (md. 11). Bu kural özellikle 1971 değişikliğinden sonra hukuk doktrininin çoğunluğu ve bazı kararlarıyla da Anayasa Mahkemesince bir *"genel sınırlama hükmü"* olarak yorumlanmış ve uygulanmıştı. Ama yine de bunun bir *"genel sınırlama hükmü"* olmayıp *"genel koruma kuralı"* olduğunu ileri sürebilme olanağı vardı. Dolayısıyla kendi maddelerinde özel sınırlama sebepleri gösterilmeyen hak ve özgürlüklerin (düşünce, bilim ve sanat özgürlükleri, dilekçe ve savunma hakları, vb.) içerikleri bakımından sınırlanamayacakları tezi hâlâ savunulabiliyordu (28). Hatta 1971 değişikliğinden sonra 11. maddenin "genel sınırlama hükmü"ne dönüştüğünü kabul edenler bile, bu hükmün istisnasız bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğurmadığını, genel rejimin hâlâ *farklılaşmış* ve *kademeli* bir sınırlama mekanizmasını gerekli kıldığını öne sürebiliyorlardı. Örneğin, bu görüşü savunan F. Sağlam'a göre bu "genel sınırlama normu"nun özel sınırlama hükümleriyle birlikte kümülatif olarak uygulanması kaçınılmaz değildi, özel norm genel normdan önce gelir ve uygulanırdı; bu nedenle de özel sınırlanma sebepleri gösterilen hak ve özgürlükler için bu genel sınırlanma kuralı bir etki yaratmazdı. Sınırlama sebepleri hiç gösterilmemiş olanlar içinse bu sonuç haydi

(28) Bu konuda bkz. B. TANÖR, *TCK 142. Madde, Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama*, Forum yay., İstanbul 1979, s. 35 vd.

haydi (evleviyetle) geçerli olmalıydı. Genel sınırlama hükmü ancak, sınırlanabileceği belirtilmiş ama sınırlanma sebepleri gösterilmemiş olanlara uygulanabilmeliydi (29).

1982 Anayasası koyucusu ise bu tartışmalara kesin olarak son vermek amacıyla, 13. maddenin temel hak ve özgürlüklerin *"tümü için geçerli"* bir *"genel sınırlama"* kuralı olduğunu (fıkra 3), sınırlamaların bu kurala göre *"ve ayrıca"* özel sebeplere de dayanılarak yapılabileceğini en açık bir biçimde belirtmiştir. Bundan da başlıca iki sonuç doğmaktadır.

Birincisi, "genel nitelikte"ki sınırlama nedenlerinin *"bütün* hak ve özgürlükler için geçerli" olduğunu söyleyen Anayasa Mahkemesinin (30) de kabul ettiği gibi, kendi maddesinde sınırlanabileceği belirtilmemiş olanlar da genel kurula göre sınırlanabilecektir. Gerçi, düşünce ve bilim ve sanat özgürlüklerinin bile kendi maddelerinde özel sınırlama rejimlerine bağlanmalarından sonra özel sınırlama sebebi gösterilmeyen hak ve özgürlük sayısı artık hayli azalmıştır ama, bunlar bütün bütüne de yokolmamıştır; hak arama özgürlüğü (md. 36) ve dilekçe hakkı (md. 74) bu türün kalıntılarıdır. İşte yeni mekanizma bunların da 13. maddeye dayanılarak sınırlanmasını mümkün kılmaktadır. Son fıkradaki "tümü için geçerlidir" ibaresi bunu sağlamaya yetecek açıklık ve kesinliktedir. Danışma Meclisi ile Millî Güvenlik Konseyi "Gerekçe"leri de bu konuda herhangi bir tereddüde yer bırakmamaktadır. Bu durumda olsa olsa, işkence yasağı (md. 15 ve 17), vatandaşın sınırdışı edilememesi ve yurda girmekten alıkonamaması (md. 23/son), basına sansür konamaması (md. 28/1), yayın faaliyetinde bulunmanın (md. 29/1), dernek (md. 33/1), sendika (md. 51/1) ve siyasal parti (md. 68/3) kurmanın, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmanın (md. 34/1) izne bağlanamaması gibi kesin ve somut güvencelerin 13. maddeden etkilenemeyeceği söylenebilir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisine sunulan bir raporda, bu genel sınırlama hükmünün işkene yasağının bile aşılmasına yol açabileceği kaygısı dile getirilmişse de (31), işkence yasağı ve vücut dokunulmazlığı olağanüstü yönetim usulleri döneminde bile devam eden güvencelerdir (md. 15/2). *Rapor*'da, genel sınırlama hükmüne

(29) F. SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF yay., Ankara 1982, s. 92-110 Bu kademeli sınırlama anlayışı ve önerisi, 1982 Anayasasının hazırlandığı günlerde bazı öğretim üyelerince yürütülen bir grup çalışmasından çıkan metne de yansımıştır (*Gerekçeli Anayasa Önerisi*, AÜSBF yay., Ankara 1982, s. 22-29).

(30) E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986 (AYMKD, sayı 22, s. 364).

(31) Ch. TOMUSHAT, "Constitution of the Republic of Turkey", Report, *Council of Europe*, Strasbourg, 21 December 1982, p. 9.

dayanılarak yaşama hakkı ile zorla çalıştırma yasağının da çiğnenebileceği ileri sürülmüştür. Oysa bu hak ve güvencelerin zaten yine ilgili maddelerinde geniş istisnaları vardır (md. 17/4 ve 18/2). Bu yüzden de, "özel olarak sınırlanmamış hak ve özgürlükler" sınıfına girmezler, burada ele alınan "birinci sonuç"la ilgileri yoktur.

İkinci sonuç şudur: kendi maddesinde özel sınırlanma sebebi gösterilmiş hak ve hürriyetler hem bunlara hem de genel sebeplere (md. 13) dayanılarak *bindirmeli* (kümülatif) bir şekilde sınırlanabilecektir. Yine, "ve ayrıca"ibaresi ile "tümü için geçerlidir" kuralı bu sonucun çıkarılmasını gerektirecek açıklıktadır. Gerçekçeler bu konuda da bir kuşkuya yer brakmamakta, Anayasakoyucunun amacının en olduğunu açıkça ortaya sermektedir. Oysa 1961 Anayasasının 1971'de uğradığı değişiklikte (md. 11) böyle bir belirginlik yoktu; maddenin yeni biçiminin "üstüste sınırlama" sistemi yaratmaya yetmediğini ileri sürebilme olnağı vardı. Örneğin, 1971 değişikliğiyle özel maddelerdeki "*ancak*... sebebiyle sınırlanabilir" şeklindeki kayıtlara dokunulmamıştı. Ayrca, genel sınırlama hükmü olduğu ileri sürülen yeni 11. maddeye eklenen bazı sınırlama sebepleri birtakım özel maddelerde de tekrarlanmıştı. Bu iki özellik başta olmak üzere birçok gerekçe, 11. maddenin bir "genel sınırlama kuralı" olmadığını ileri sürebilmeyi, bir hak ya da özgürlüğün hem ilgili maddesindeki hem de genel maddedeki sebeplere dayanılarak sınırlanamayacağı görüşünü savunabilmeyi mümkün kılıyordu (32). 1982 Anayasasında ise, özel maddelerde *"ancak"* vurgulamaları kural olarak kalkmıştır (33). Genel sınırlama hükmü olan 13. maddedeki kavramların özel maddelerde tekrarlanmasından da kaçınılmıştır (34).

Böylece, 1971 değişikliğiyle amaçlanan ama tam olarak ulaşılamayan hedefe 1982 anayasası ile varılmış, adeta "zor oyun bozar" sözü gerçekleşmiştir. Bu durumda, haklı olarak belirtildiği gibi, artık genel ve özel sınırlama sebeplerinin "birlikte (kümülatif) uygulanamayacağını iddiaya imkân kalmamıştır." (35)

(32) bkz. B. TANÖR. *TCK 142. Madde*, s. 35 vd.

(33) "Düzeltme ve cevap hakkı" ile ilgili 32. md.deki "ancak" kaydı, yasayla getirilecek sınırlamaların sınırıyla değil, hakkın doğumuyla ilgilidir. "Ancak"lı sınırlamaların kalkmasının istisnası mülkiyet ve miras haklarının *"ancak* kamu yararı amacıyla" sınırlanabilmesidir (md. 35/2). Bu da anlamlı bir kayırma sayılabilir.

(34) 13. maddede "kamu yararı" kavramı zaten varken, mülkiyet ve miras haklarının "ancak *kamu yararı* amacıyla" sınırlanabileceğini bildiren md. 32 hükmü buna bir istisna gibi görünmekteyse de (E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 84, dip notu 11), *"ancak"* vurgulamasıyla getirilen sınırlama, ortada gereksiz bir tekrar olmadığını ve yine "kayırma"yı gösterir.

(35) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 84.

Anayasa Mahkemesinin kararları da bu sonucu pekiştirmektedir. Anayasada yeralan bir hakkın, "bu maddede yeralan yasaklar ile 13. maddede öngörülen genel sınırlama nedenleri dışında kullanılması engellenmedikçe, Anayasaya aykırılıktan sözedilemez (36)" diyen Yüksek Mahkeme, örneğin düşünce özgürlüğü ile yerleşme özgürlüğünün (37) hem özel, hem de genel sebeplerle sınırlanabileceğini kabul etmiştir. 1982 Anayasası altında özgürlüklerle ilgili somut gerçeklik (realite) artık budur.

1982 Anayasasının getirdiği bu yeni mekanizmayla, 1961 Anayasasının özgürlüklerin sınırlanması konusunda benimsediği *"kademeli sistem"*den uzaklaşılmış (38), sınırlamada yasamaya çok geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Her bir hak ve özgürlüğün kendi özgül karakterinin haklı ya da haksız kılacağı ve özel sınırlama hükümlerine dayalı bir sistem artık yoktur (39). Hak ve özgürlükler arasındaki nitelik ve içerik farkları silinmiş, bunların hepsi aynı disipline, *katmerli* ve *bindirmeli* bir sınırlamaya tâbi kılınmıştır. Bu bağlamda, hak ve özgürlükler arasında, sınırlama rejimleri bakımından özgül farklar öngören, örneğin hiçbir istisnası bulunmayanlarla (beden dokunulmazlığı, hak arama, eşitlik, savunma, vb.), son derece istisnaî durumlarda sınırlanabilen ya da sınırlanabilmeleri konusunda daha esnek davranılan hak ve özgürlükleri tek bir rejime bağlamayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 1982 Anayasası arasındaki kutuplaşma çok açıktır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu *De Becker* davasında, Sözleşmenin özgürlüklerin sınırlanması konusundaki sistemini şöyle açıklamıştı: "Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından kabul edilen metod, her bir hak ve hürriyeti ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye sözkonusu hak ve hürriyetlere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilâve etmekten ibarettir" (40). Görülüyor ki, "genel sınırlama hükmü"ne dayalı bir sistemi AİHS'ne dayanılarak savunmak imkânsızdır. Niketim, Türk anayasakoyucusunun AİHS'ne dayanıldığı yolundaki iddialarına karşın, Avrupa Konseyi'ne *"Rapor"* sunan yabancı uzmanlar, 13. maddenin AİHS'ne aykırılığını saptamakta zorluk çekmemişlerdir (41).

1982 Anayasası'ndaki düzenleme biçiminin, otoriterliğinin yanısıra

(36) E. 1984/1, K. 1984/2, Kt, 1.3.1984 (AYMKD, sayı 20, s. 190).

(37) E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986 (AYMKD, sayı 22, s. 381, 386).

(38) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 84.

(39) C. TOMUSHAT, "Constitution of the Republic of turkey", p. 9.

(40) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine İlişkin İçtihat Derlemesi* (1955-1967), Ankara 1972, s. 117.

(41) C. DEJARDİN/J. DEBOEK, "Conformité de la Constitution turque avec la Convention européenne des droits de l'homme", *Rapport*, 16.12.1982, p. 2; C. TOMUSHAT, "Constitution of the Republic of Turkey", p. 9.

bir başka kusuru daha vardır. 13. madde ile ilgili DM ve MGK Anayasa Komisyonları gerekçelerinden anlaşıldığı gibi, sınırlama rejimindeki kademelerin silinmesi ve yasama organının genel/özel sebeplerden birine, birkaçına ya da hepsine dayanabileceğinin kabul edilmesiyle, ortada artık bir *sistem* ya da *rejim* de kalmamıştır; çünkü her şeyin her şeyle sınırlanabildiği bir durumda artık bir "sistem"den de sözedilemez. Bu yüzden, özgürlüklerin genel rejimi açısından 1982 Anayasası bilimsel incelemeye konu olabilecek bir metin de sayılamaz. Bu konuda bilimsel tahlil ve incelemelerin artık *buluşsal* (heuristique) bir değeri ve işlevi de yoktur.

Gerçi maddenin yıkıcı etkisini yumuşatmak için birtakım yorumlar da önerilmemiş değildir. Maddenin son fıkrasında yeralan, "temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" önermesindeki "geçerlilik" kavramını, ilk fıkradaki "Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlama" ilkesiyle birlikte ele alan M. Sosyal şöyle diyor: "Demek ki, geçerlilik, belirli bir hak ya da özgürlükle ilgili yasanın yapılışı sırasında, yasa yapıcıya, yani parlamentoya tanınmış olan bir geçerliliktir. O sırada, genel ve özel sınırlama nedenlerinden biri, birkaçı ya da hepsi temel olarak alınıp sınırlamaya gidilebilecektir. Ama, yasada bulunmayan, yasanın yapılışı sırasında temel olarak alınmış olmayan bir nedene dayanılarak yapılmış bir sınırlama geçerli değildir (...). 1982 Anayasasındaki düzenleme, bazı özgürlüklerin, hangi nedenle olursa olsun, hiç sınırlanamayacağını ileri sürmeye elverişli olan 1961 Anayasasının ilk metnine bir tepki niteliği taşımaktadır ama, bütün özgürlüklerin rastgele sınırlanmasına kapıları açacak kadar da özgürlük düşmanı değildir." (42)

Bu yorum, maddenin canalıcı noktasına değinmediği gibi güvence getirici de değildir. Çünkü maddenin özü, istisnasız bütün hak ve özgürlüklerin katmerli ve bindirmeli bir şekilde sınırlanması konusunda yasamayı yetkilendirmiş oluşudur. Bir kere bunu gördükten ve hele nitelikleri bakımından sınırsız olması gerekenlerin bile (düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlükleri, hak arama özgürlüğü, savunma ve dilekçe hakları, vb.) artık sınırlanabileceğini kabul ettikten sonra, "Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla sınırlama" ilkesinin de işlevi boşalmaktadır. Çünkü hak ve özgürlükleri hiçbir demokratik ve özgürlükçü ülkede görülmedik biçimde sınırlayan, bunların daha da sınırlanabilmesi konusunda yasamaya yetki veren, yine Anayasanın kendisidir. "Özgürlük düşmanı" olup olmamak ise bir anayasayı yargılarken hiç akla gelmemesi gereken, doğrudan doğruya "anayasa" kavramına yabancı bir ölçüdür. Yoksa, bu ölçüye vurulduklarında bütün anayasaları aklamak mümkün olabileceği gibi,

(42) M. SOYSAL, *Anayasanın Anlamı*, 6. baskı, s. 196-197.

"bir anayasa zaten bundan daha fazla özgürlük düşmanı olamaz" sonucuna da varılabilir.

Anayasanın 14. Maddesi Açısından Durum Nedir?

Temel hak ve özgürlüklerin üzerine, bunları bizzat sınırlamak, genel ve özel sebeplerle yasamaya sınırlatmak biçiminde üç kat "şal" geçiren Anayasakoyucu bir "emniyet kemeri" de getirmeyi ihmal etmemiştir. *"Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması"* kenar başlığını taşıyan 14. madde bunların hangi amaçla kullanılamayacağını göstermekte, buna aykırı davrananların cezalandırılacağını bildirmektedir (fıkra 1 ve 2). "Müeyyideler kanunla gösterilir" diye biten 2. fıkra, tıpkı 13. madde gibi, yasamaya yetki veren bir genel hüküm niteliğindedir. Maddenin son fıkrasında, gerekçede de belirtildiği gibi, bir "yorum kuralı"yeralmaktadır.

Bu hükmün çekirdeği 1971 değişiklikleriyle Anayasaya konmuştu (md. 11/3). Zamanın Başbakanı Nihat Erim bu hükmün kaynağı olarak AİHS md. 17'yi göstermekteydi (43). Bugünkü 14. maddede yeralan ifadeler de bu çağrışımı uyandırmaktadır. Şu var ki bu yanıltıcı bir izlenimdir, 14. maddenin AİHS md. 17'den esinlenerek konduğu iddiası temelsizdir. Bir kere AİHS md. 17, temel hak ve özgürlüklerin genel hükümlerle kademesiz ve istisnasız bir şekilde bir kalemde sınırlanabilmelerine izin veren bir kural koymuş değildir. Ayrıca burada insan hakları yalnız birey ve topluluklardan gelebilecek saldırılara karşı değil, devletlerin aşırılıklarına karşı da korunmuştur; maddenin girişindeki "bir devlete" sözcükleri bunu açıkça ortaya koyar. Öteyandan md. 17 "faaliyet" ya da hareket"leri, yani *eylemleri* kastederken, md. 14'e düşüncelerin açıklanmasını da sınırlamak ve cezalandırmak gibi bir işlev yüklenmek istenmiştir. Bu nedenlerledir ki, bu noktada da AİHS birkez daha tersine çevrilerek kullanılmıştır. Avrupa Konseyi'ne sunulan bir raporda, TC Anayasasının 13 ve 14. maddelerinin AİHS'de *"karşılıkları bulunmayan"* hükümler arasında gösterilmesi (44) de bu sonucu doğrulamaktadır.

14. maddenin düşünce özgürlükleri açısından durumu özel bir önem taşımaktadır. Burada, özellikle TCK'daki "düşünce suçları"na anayasal sığınak sağlama isteği açıkça ortadadır. "Sanat yoluyla işlenen suçların cezalandırılması"nı Anayasaya uygun bulan Anayasa Mahkemesi de zaten görüşünü bu maddeye dayandırmıştır (45). Şu

(43) *"Başbakan Prof. Dr. Nihat Erim'in TRT'de Yaptığı Anayasa Konuşmaları"*, 27 Mayıs, 8, 9 (10), 12, 13 Haziran ve 20 Temmuz 1971 (basımcısı, basım yeri ve tarihi belirsiz), s. 12 vd.

(44) C. DEJARDIN/J. DEBOEK, "Conformité de la Constitution turque", p. 1

(45) E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986 (AYMKD, sayı 22, s.382).

halde, tıpkı 13. madde gibi, 14. madde de bir genel sınırlama kuralıdır ve en başta da düşünce açıklamalarını hedef almaktadır. Bu durumda artık, 1961 Anayasasının değiştirilen 11. maddesinden hareketle savunulan, "yasaklanan eylem kastı ve kışkırtmadır, düşünce değildir" yolundaki görüşü (46) bugünkü 14. madde için de tekrarlayabilmeye olanak yoktur. 14. maddedeki yasakları bilinçli bir şekilde aşmayı amaçlamayan "rastgele edilmiş ya da yazılmış" sözlerin cezalandırılamayacağını belirtmek de (47) maddenin vahametini hafifletmeye yetmez. Çünkü düşünce özgürlüğü, toplumu ve dünyayı değiştirmeyi amaçlayan *bilinçli* ifadelerin korunması için vardır; "gelişigüzel" deyişler, "suç kastı" taşımadığı için, "düşünce suçları"nı kabul eden Türk hukuk uygulamasında bile cezalandırılmış değildir. 1982 Anayasası ise "düşünce suçları"nın *maddî unsurları*nı kendi içine çekerek bunları anayasallaştırmış bulunmaktadır.

İnsan haklarının genel sınırları açısından *Başlangıç* bölümünün rolüne gelince, yukarda, "Anayasanın Doğrudan Sınırlaması" başlığı altında, Başlangıç'taki yasakların insan hakları alanını kendiliğinden ve doğrudan doğruya daraltan rolüne değinilmişti. Bağlayıcı-buyurucu yönleri ve anti-liberal içeriğiyle Başlangıç'ın, "yasa eliyle sınırlama" konusunda da TBMM tarafından kullanılabilecek bir destek olduğu buna eklenmelidir. Böylece, temel hak ve özgürlüklerin doğrudan doğruya Anayasa tarafından budanan kesimlerinden artakalanları üzerine, genel sınırlama sebepleri, özel sınırlama sebepleri ve kötüye kullanma yasağına (md. 14) ek bir "şal" olarak Başlangıç örtüsü geçirilmiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de "Başlangıç'ta belirtilen temel ilke-ler(in) Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiş" olduğunu (48) belirtmekte, Başlangıç'ın en otoriter-milliyetçi hükümlerine (olayda: paragraf 7) "kesin bir buyruk" değeri tanımaktadır (49).

Yürütmenin Yetkilendirilebilmesi

Türkiye'de yürütme organı ve idare (özellikle kolluk), insan hakları alanına sürekli biçimde ve derinliğine karışabilmekte, bu uygulama da kaynağını büyük ölçüde Anayasadan almaktadır.

İdare'ye ve kolluk güçlerine; "yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi" sırasında ve zorunlu durumlarda silah kullanma

(46) F. SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması*, s. 135 ve oradaki kaynaklar.
(47) M. SOYSAL, *Anayasanın Anlamı*, 6. baskı, s. 218.
(48) E. 1984/14, K. 1985/7, Kt. 13.6.1985 (AYMKD, sayı 21, s. 173).
(49) E. 1983/2 (Parti kapatma), K. 1983/2, Kt. 25.10.1983 (AYMKD, sayı 20, s. 363).

ve adam öldürme (md. 17), kişileri yakalama, gözaltına alma ve gözaltında tutma (md. 19), radyo-TV, sinema ve benzeri yollarla yapılan yayımlar için izin (sansür) sistemi uygulama (md. 26/1), yurt dışında basılan eserlerin Türkiye'ye sokulmasını yasaklama (md. 27/son), halkın kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından haber ve bilgi alabilmesini kayıtlayabilme (md. 31/2), toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yerlerini belirleme, bunları erteleme ya da yasaklama (md. 34), grevleri erteleme (md. 54), YHK eliyle serbest ve toplu pazarlık sistemine müdahale edebilme (md. 54), Devlet Denetleme Kurulu eliyle silahlı kuvvetler ve yargı dışındaki bütün resmî ve özel kurum ve kuruluşları denetleme (md. 108), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını idarî ve malî yönden denetleme (md. 135/5) yetkilerinin tanınmasını mümkün ve bazan da zorunlu kılan düzenlemeler Anayasada yeralmıştır.

İdare'nin ve kolluk güçlerinin, *"gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda"* hemen hemen bütün temel hak ve özgürlüklere daha da geniş müdahalelerde bulunabilmeleri konusunda da Anayasa yasama organına yetki vermektedir: kişilerin üstünü, özel kâğıtlarını ve eşyalarını arama (md. 20), konuta girebilme ve burada arama yapıp eşyalara elkoyabilme (md. 21), haberleşmeleri engelleme ve izleme (md. 22), düşünce ürünlerini toplama ya da bunların dağıtımını önleme (md. 26/3 ve 28/5, 7), dernek ve vakıfları faaliyetten alıkoyma (md. 33), kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarını geçici olarak görevden uzaklaştırma (md. 135/7), vb.

Yürütmenin, olağanüstü yönetim biçimlerine (olağanüstü hal, sıkıyönetim) geçebilme ve durumun gerektirdiği bütün önlemleri yetki yasası bile gerekmeden alabilme ve çok sınırlı birtakım istisnalar dışında bütün hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durdurabilme (md. 15, 119-122) yetkileri de yine Anayasadan kaynaklanmaktadır.

Üstelik, olağan ve olağanüstü durumlarda İdare'nin eylem ve işlemlerinden önemli bir bölümü de yargı denetimi dışında tutulmuştur; bu da Anayasadan doğan bir durumdur (md. 105/2, 125/2, 159/4, 160/1, 129/3, 148).

Görüldüğü gibi Anayasa açısından idare ve kolluk, çok geniş bir alanda *önleyici* yetkiler (yasaklama, erteleme, engelleme, durdurma, izin vb.) kullanabilir, sivil toplum kuruluşlarını ve kişileri *denetleme* yoluna gidebilir, özel hayatın dokunulmazlığına *karışabilir*. "Olağan" denen dönemlerde bile bu denetim ve müdahaleler sürekli karakterdedir. Bu, doğrudan doğruya Anayasanın öngördüğü bir *"polis rejimi"*dir.

Görülüyor ki, bir yandan temel hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanabileceğini bildiren (md. 13/1), ama öbür yandan temel hak ve özgürlüklerin günlük yaşamını hemen hemen bütün yönleriyle

İdare'nin ellerine teslim edebilen Anayasa, "insan hakları" konusunun yasa ve yasama alanı dışına çıkartılmasına, *delegalize* edilmesine de ruhsat vermiş olmaktadır.

4) İNSAN HAKLARININ ÖZEL SINIRLARI

Bunlar, Anayasanın tek tek temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerinde yeralan kayıtlamalardır. Bunların "yasaklama" biçimine bürünenlerine, yukarda soyut ve özellikle somut yasaklardan sözedilirken kısmen değinilmişti. İdarenin ve kolluk güçlerinin özgürlüklerle ilgili müdahale (erteleme, yasaklama, durdurma, vb.) yetkileri de burada bir kez daha hatırlatılmalıdır.

Özel sınırlama sebeplerinin hak ve özgürlükler açısından tek tek dökümünü yapmanın fazla bir yararı yoktur. Anayasa metninin okunuşu bu konuda bir fikir vermeye zaten yeterlidir. Bu başlık altında ele alınmaya çalışılacak olan, özel sınırlamalardan çıkan sentetik sonuçlardır. Birkaç ana çizgi hemen yakalanabilecek niteliktedir.

Birinci saptama: inanç (zorunlu din dersleri), düşünce, bilim ve sanat özgürlükleri gibi, doğası gereği sınırlanmaması gereken bazı özgürlüklerin içeriğinin özel maddelerinde de sınırlanmış oluşudur.

İkinci nokta, herbir hak ve özgürlük için konan özel sınırlamaların bolluğudur. Siyasal partilerle ilgili hükümler bunun en çarpıcı örneğidir.

Üçüncüsü, 1961 Anayasası döneminde anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesince saptanmış ya da anayasaya uygun bulundukları halde tartışma konusu olmaya devam etmiş yasa hükümlerinin, özel sınırlama sebepleri olarak anayasaya alınmış olmasıdır (50). Anayasa Mahkemesinin, düşünce özgürlüğünü sınırlı ama bilim özgürlüğünü sınırsız sayan kararına tepki olarak bilim özgürlüğünün de sınırlanması (AY. 27/2) bu konudaki en çarpıcı örnekdir.

Dördüncü özellik, *katmerli* ve *bindirmeli* sınırlama sisteminin sonucu olarak ortaya çıkan kümülatif tablodur.

Böylece, özel sınırlama hükümleriyle; hak ve özgürlüklerin yararlanıcıları azaltılmış (derneksel, sendikal ve siyasal yasaklar, vb.), hak ve özgürlüklerin *kullanım alanları* daraltılmış ya da daraltılmaları konusunda *yasamaya yetki* tanınmış, *idare* ve *kolluk* güçlerine verilen *müdahale* yetkileri sonucu yargı güvencesi ikinci plana itilmiştir.

Bu genel saptamaların somutlaşması için iki tipik örnek verilebilir.

(50) TCK 141-142 ve AY 21 ("suçluların cezalandırılması"); film sansürü ve AY 26; Basın Kanun md. 31 ve AY 27/son; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaması (AY 159/4).

Birinci örnek siyasal partilerle ilgilidir. Siyasal partiler yurt dışında örgütlenemez; kadın ve gençlik kolları oluşturamaz; vakıf kuramaz; dernek, sendika, meslek kuruluşu ve kooperatiflerle ilişki ve işbirliği içinde olamaz, bunlardan yardım alamaz; yabancı ülkelerdeki dernek ve gruplardan ya da kuruluşlardan yardım göremezler. Ayrıca, memurlar ve öğrenciler siyasal partilere üye olamazlar vb. (md. 68-69). Yasaklamaların bolluğu şu soruyu akla getirmektedir: Anayasa siyasal partiler açısından hiçbir hüküm getirmeseydi, bunların durumu daha mı güvencesiz olurdu? Partilerin anayasalarca ele alınmadığı demokratik ülkelerdeki liberal ortam bunun hiç de böyle olmayabileceğini ortaya koymaktadır. Kaldı ki, partilerle ilgili hüküm getirmeyen 1924 Anayasası döneminde bile Türk siyasal partileri birçok alanda bugünkünden daha serbest faaliyette bulunabiliyorlardı. Dolayısıyla bugünkü Anayasanın partilerle ilgili hükümlerinin, *yasalarla konamayacak kısıtlamaları dayatma* amaç ve işlevine yöneldikleri söylenebilir.

Anayasadaki özel yasakların ve sınırlamaların bolluğu ve kümülatif etkisi ile ilgili olarak da, düşünce ve bilim özgürlüklerinin durumuna değinilebilir. Doğası gereği sınırsız olması gereken düşünce özgürlüğü, 1982 Anayasası sisteminde, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile" (md. 13/1) ve bunlara ek olarak "suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırları olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir" (md. 26/2). 1961 Anayasası döneminde "düşünce suçları"nı Anayasaya uygun sayan Anayasa Mahkemesinin bile "sınırsız" saydığı bilim ve sanat özgürlüğü de yukarda verilen 13. madde hükümleriyle sınırlanabileceği gibi, "Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, millî marşı ve başkenti" (md. 3) ile ilgili hükümlerin "değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz" (md. 27/2).

5) SINIRLAMALARIN ÇERÇEVESİ

Anayasa, bu otoriter ve düzensiz yapısına karşın, yasamanın temel hak ve özgürlüklere getirebileceği sınırlamaların birtakım kurallar çerçevesinde kalması gerektiğini de bildiriyor. Sınırlamalar: (a) Anayasada gösterilen *"amaç ve sebepler"*e dayanmalı, (b) *"kanunla"* yapılmalı, (c) Anayasanın *"sözüne ve ruhuna uygun"* olmalı, (d) *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"*ne aykırı düşmemeli, (e) *"öngörüldükleri amaç dışında"* kullanılmamalıdır. Bu güvencelerin etkisi ne olabilir?

Anayasanın, insan haklarını kendi eliyle daraltmış ve daha da daraltılabilmesi yönünde yasamaya geniş yetkiler vermiş olması yüzünden, ilk üç güvencenin ve bunları pekiştirecek yargı denetiminin etkisi de zayıflamaktadır.

Bir kere, "genel sınırlama sebepleri"nin nitelikleri, *"belli amaç ve sebeplere dayanma"* güvencesini boşta döndürmektedir. Bunların özelliği, mistik, şoven, devletçi, otoriter ve her yöne çekilebilir esneklikte olmalarıdır: Türk millî menfaatleri, Türk varlığı, Türklüğün tarihi ve manevî değerleri, Atatürk milliyetçiliği ve ilkeleri ile medeniyetçilği, millî kültür, millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olmak (Başlangıç); devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin nitelikleri, millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk, genel sağlık (md. 13); Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak, dil ayrımı yaratmak (md. 14), vb. Anayasanın uygulanmasında, yorumunda ve insan haklarının sınırlanmasında bunlara uyulacak ve dayanılabilecektir. Bu kavram yığını ürkütücüdür. Bugünkü bilanço, "özgürlüğün sınırı başkalarının özgürlüğüdür" ilkesini tek sınırlama ölçüsü sayan 1924 Anayasasından bu yana geçen zaman sonunda nereye ulaşıldığını da gösterir. Sınırlama kavramlarının çokluğu ve içlerinin belirsizliği, yasamanın takdir alanını da alabildiğine genişletmekte, bu yüzden de, "belli sebeplere dayanma" formülü bir güvence getirmemektedir.

Bu arada, *"Temel hak ve hürriyetler Anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir"* güvencesinin de bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü Anayasanın sözü ve ruhu belirsizleştikçe, hatta otoriterleştikçe, kanunla müdahale alanı da esnemektedir. Kaldı ki Anayasanın kendisi, yukarda görüldüğü gibi, *"kanunla sınırlama"* ilkesine önemli istisnalar getirmiştir. 1961 Anayasasındaki *"ancak* kanunla sınırlanabilir" (md. 11/1) formülündeki "ancak" vurgulamasının yeni Anayasada yeralmayışı da bununla ilgilidir.

Bu durumda, yukarki ilk üç çerçeve-kuralın, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında etkili bir güvence rolü oynayabilmeleri olasılığı hayli zayıftır. Burada, sözü ve ruhuyla otoriter bir anayasaya uygunluk denetimi yapmak durumunda kalan Anayasa Mahkemesinin karşılaşacağı güçlükler apaçık ortadadır.

Sınırlamaların *"demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaması"* kuralı açısından durum nedir? Bu hüküm, 1961 Anayasasındaki "öze dokunma yasağı"nın yerini almıştır. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun gerekçesinde bu yeni ölçünün, 1961'dekinden "daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstas" olduğu öne sürülmüştür. Oysa, gerekçedeki deyimiyle "demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olma", sınırlamanın nasıl yapılması gerektiğini gösteren

nisbî bir ölçüdür; öze dokunma yasağı ise mutlak bir dokunulmazlık alanını güvence altına alır. "Öz", her hak ve özgürlük açısından kişiye, dokunulmaz bir *"asgarî alan"* güvencesi sağlar. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı ise her hak ve özgürlük için ayrıca somutlaşması zor olan, hakkın ve özgürlüğün dışında kalan, daha çok siyasal rejim ve demokrasi konusuna giren bir ölçüdür. Bu, "öz" güvencesinin yerini alabilecek bir şey değildir, olsa olsa onun tamamlayıcısı olabilir (51).

Ayrıca, 1982 Anayasasının demokrasi kavramını *"millileştirmesi"* ve *"bu Anayasada gösterilen* hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni içine hapsetmesi, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" güvencesini daha da aşındırmaktadır. Gerçi 13. maddeyle ilgili Komisyon gerekçesine bakılırsa, buradaki ölçü *"genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı"*dır; yani millî değil, evrensel niteliklidir. Bu gerekçeye dayanılarak, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" deyiminin "1982 Anayasası ile benimsenmiş demokratik toplum düzeni anlayışı"nı değil, "çağdaş hürriyetçi demokrasilerin genel ve evrensel nitelikleri"ni ifade ve kastettiği ileri sürülmüştür (52). Ama Danışma Meclisi Genel Kurulunda madde görüşülürken, *"bu Anayasada öngörülen* demokratik toplum düzeni" formülünün önerilmesi üzerine sözalan Anayasa Komisyonu Başkan Vekili Feyyaz Gölcüklü'nün yapmış olduğu konuşma da dikkat çekicidir. Sözcü şöyle demektedir: "Bu Anayasada öngörülen'e gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tâbi demokrasidir (...). Onun için 'demokratik toplum' dedik. Zaten bundan anlaşılan da Anayasamızın demokratik toplumudur." (53) Zaten, sonradan MGK tarafından kaleme alınan Başlangıç'ın "bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkama"ma buyruğu da, demokrasinin evrensel ölçülerinin sözkonusu olmadığını, açıkça "millileştirildiği"ni ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi de en azından ilk başlarda bunu böyle anlamıştır "Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle, hiç kuşkusuz, *Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeni*nin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur." (54)

"Demokratik toplum düzeni" kavramı başka resmi makamlarca da bu biçimiyle algılanmakta ve kullanılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti-

(51) F. SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması*, s. III-IV (Önsöz); M. SOYSAL, *Anayasanın Anlamı*, 6. baskı, s. 198, "Öze dokunma yasağı"nın sağladığı güvence için ayrıca bkz. İ. AKIN, Kamu Hukuku, 4. bası, Üçdal neşr., İst. s. 401-402.

(52) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 89.

(53) *Danışma Meclisi Tutanak Dergisi*, c. 8, s. 149.

(54) E. 1985/21, K. 1986/23, Kt. 6.10.1986 (AYMKD sayı 22, s. 224).

nin Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna "bireysel başvuru hakkı"nı tanıdığını bildiren açıklamasında, AİHS'de yeralan "demokratik bir toplum" kavramının Türk Anayasasındaki ilkeler çerçevesinde anlaşılması gerektiği kaydedilmiştir (55).

Bu veriler, "demokratik toplum" düzeninin gereklerine aykırı düşmeme" kuralının ciddi bir güvence sayılamayacağını göstermektedir. En azından, "bu kavram, temel hakların Anayasadan kaynaklanan sınırları karşısında pek bir anlam ifade etmeyecektir." (56)

Bununla birlikte bu verilerin böyle kalacağı ve değişmeyeceği de söylenemez. Ülkenin siyasal ikliminin yumuşaması ve demokratikleşmesiyle birlikte, yargısal yorumların da değişmesi mümkündür. Bu noktada özellikle anayasa yargısının ve yargıcının oynayabileceği ve pekçok ülkede de oynadığı yaratıcı rol son derece önemlidir (57). Türk Anayasa Mahkemesinin de bu yönde bir eğilim içine girmeye başladığını gösteren bulgular yok değildir. Yüksek Mahkemenin, "demokratik toplum düzeni" kavramını 1982 Anayasasıyla çizilen çerçeveye hapseden kararını (58) vermesinden 40 gün sonra, Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun bazı maddelerini değiştiren yasayla ilgili olarak vermiş olduğu karar bu konuda bir dönüşümün habercisiydi. Yüksek Mahkeme bu kararında sözkonusu kavramı Türk Anayasası çerçevesinde değil, *"klasik demokrasiler"* genelinde ele almış *öze dokunma yasağını* bunun içinde görmüş ve sınırlamanın *"makul bir amaca yönelik"* olması koşulunu incelemiştir (59). Bir başka kararında Anayasa Mahkemesi "genel müsadere cezası"nın Anayasaya aykırılığını saptarken, *"modern ceza hukukundaki gelişme"*yle olan çelişkiye işaret etmek suretiyle "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramına çağdaş ve uluslararası ölçüler açısından da yaklaşmıştır. Şu var ki Mahkeme bir hak ve özgürlüğün özüne dokunulmasını, bunları *"tümüyle* kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar" olarak tanımladığından, 1961 Anayasası döneminde bu konuda vermiş olduğu ölçülerin çok gerisine de düşmüştür (60).

Yüksek Mahkeme son olarak, Sosyalist Partinin kapatılması için

(55) *Tebliğ* (RG. 21.4.1987-19438, s. 2). Bu ve benzeri çekincelerin geçersizliği için bkz. S. TOLUNER, "Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını tanıma beyanının milletlerarası hukuk açısından değerlendirilmesi", MHB, sayı 2, yıl 8, 1988, s. 247; Van DİJK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin bireysel şikâyet hakkını kabul etmesi*, (çev. Ö. Madra), Bilar A.Ş. yay., Ankara, s. 30-32.

(56) Oktay UYGUN, "1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin anayasal sınırları", *MHB*, sayı 2, yıl 1988, s. 369.

(57) bkz. B. ÇAĞLAR, *Anayasa Bilimi*, BFS yay., İstanbul 1989.

(58) bkz. yuk. dn. 54.

(59) E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986 (AYMKD sayı 22, s. 365, 387)

(60) E. 1987/28, K. 1988/16, Kt. 3.6.1988 (RG. 20.8.1988-19905, s. 58).

açılan davada verdiği kararda da, kapatma istemini reddederken, *"parlamenter demokratik çoğulcu sistem anlayışı"*; *"özgürlükçü demokratik sistem"*, hak bildirgeleri ile anayasaların getirdiği ilke ve kurallar gibi, evrensel ölçülere dayanmaktan geri kalmamıştır (61). O kadar ki, karara karşı oy kullanan iki üyeden biri, Anayasa Mahkemesinin "genellikle kabul gören batı ölçülerine uygun demokratik bir toplum düzenini değil, Anayasada öngörülen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzenini esas almak ve uygulamasını bu temel üzerine oturtmak durumunda" olduğunu ileri sürüp mahkemenin yukarda anılan 6.10.1986 tarihli kararına gönderme yapmakla, bu hissedilir içtihat değişikliğini de vurgulamış bulunmaktadır. Muhalif üye, "Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi herhangi bir konunun Anayasaya aykırılık iddiasını incelerken, *yalnız ve ancak kanunilik denetimi* yapmak zorundadır. Anayasaya aykırılığı belli olan bir kuralı, halin icabına uygunluğu yönünden ele alması takdirinde yetkisinin sınırlarını aşmış olur" cümleleriyle bir yandan yukarki gerekçesini güçlendirmeye çalışırken, öbür yandan çoğunluktaki üyelerin opportunité (yerindelik) denetimi yaptıkları yolunda bir dokundurmada bulunmaktan da geri kalmamıştır (62).

1982 Anayasasına konan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı ve ölçüsü, Anayasanın genelde ve özelde otoriter yapısı içinde yine de tutunulabilecek bir halka olarak görülmektedir. Çünkü, Türkiye'nin de onaylamış ve iç hukukuna katmış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin giriş bölümündeki ifade ile *"gerçekten* demokratik bir siyasî rejim", yalnız "demokratik devlet düzeni" anlamına gelmemekte, "toplum düzeni" vurgulamasıyla çok daha zengin bir içeriğe sahip bulunmaktadır. Bir başka deyişle burada sadece devletin ve ajanlarının uyacakları biçimsel sınırlar değil, toplumun bütününün sahip olduğu ya da sahip olması gereken demokratik değer ve anlayışlar da işin içine girmektedir (63).

"Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar (...) *öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz"* (md. 13/2) kuralına gelince, bu ifade biçimi *"ölçülülük"* ya da *"orantılılık"* kriterini çağrıştırmaktadır. Aslında Türk Anayasa Hukuku uygulaması bu kavramlara bütün bütüne yabancı değildir. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahke-

(61) E. 1988/2 (Siyasi parti kapatma), K. 1988/1, Kt. 8.2.1988 (RG. 16.5.1989-20167, s. 53,57,59).

(62) *Resmî Gazete*, 16.5.1989, s. 72 (Üye Mustafa Şahin). Bu dokundurma ile, mahkeme kararının verilmesinden bir süre önce Cumhurbaşkanı Evren'in komünist partilerin kurulabilmesi dileğinde bulunmasının yarattığı "yeni hava" kastedilmiş olabilir.

(63) M. G. TENEKIDES, *Rapport*, Colloque *"Démocratie et droits de l'homme"*, Thessalonique Septembre 1987, Conseil de l'Europe, p. 13, 27.

mesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesinden farklı olarak "öz"den önce gelen alanda yapılan "ölçülülük" denetimini fazla geliştirmiş değildi ama, yine de adını koymadan bu kritere dayalı kararlar vermişti (64). Bu zaten "hukuk devleti" ilkesinin de bir gereğiydi.

1982 Anayasası "ölçülülük" kriterini açıkça koymuş olmasa bile, yukarki formülüyle buna yakın bir düzenleme getirmiş sayılmalıdır. Ayrıca, haklı olarak belirtildiği gibi, bu görüşü doğrulayan iki yan destek daha vardır. Bir kere, olağanüstü durumlarda bile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının tamamen ya da kısmen durdurulmasına ancak "durumun gerektirdiği ölçüde" izin verildiğine göre (md. 15/1), bunun normal zamanlarda haydi haydi geçerli olması gerekir. İkincisi, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun konuyla ilgili gerekçesinde bunun açıkça belli edilmiş olmasıdır: "Maddenin ikinci fıkrası (...), hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğu, binnetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngörüldüğünü vurgulamaktadır. Şu halde, öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak, yahut meşrû amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır." Bu durumda, "sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve bu araçla amacın ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmaması"nı ifade eden "ölçülülük ilkesi"ni 1982 Anayasasından yorum yoluyla çıkarsamak olanağı vardır (65). Ayrıca bu ilke, zaten, "demokratik toplum düzeni" kavramının da bir uzantısıdır (66), "hukuk devleti"nin bir gereğidir.

Anayasa Mahkemesi yeni dönemde verdiği kararlarda; "Özgürlükler ancak, istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için *zorunlu olduğu ölçüde* sınırlandırılabilirler" derken, kısıtlamaların *"makul bir amaca yönelik"* olup olmadığını ölçerken (67) bu kriteri uygulamaktadır.

6) ANAYASANIN GERÇEK İŞLEVİ

Kişi-devlet ilişkileri açısından anayasaların asıl işlevi, hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. Ama, anayasaların hak ve özgür-

(64) bkz. F. SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması*, s. 187, 110-128.
(65) E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 86-87.
(66) M. G. TENEKIDES, *Rapport*, p. 28-29.
(67) E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986 (AYMKD sayı 22, s. 366, 387).

lükleri sınırlayıcı işlevleri de olmamış değildir. Hak ve özgürlüklerin anayasalarca tanınmasının insanlar için bir güvence oluşturduğu tezini mutlak ve düz bir doğru olarak kabul etmemek gerekir. Gerçekte, "anayasal tanıma", yönetilenlerin işi olmaktan çok yönetenlerin, iktidarın ve iktidarı elinde bulunduranların bir eseridir. Bir kere, anayasayı hazırlayanlar ya da değiştirenler otoriteyi fiilen ya da hukuken ellerinde bulunduranlardır; bunlar seçimle işbaşına gelmiş olsalar bile durum değişmez. Ayrıca, anayasa oylamasına gidildiği durumlarda da "halka danışma", işe bir resmiyet sağlamaktan pek ileri gitmez. Halkoylamasında reddedilen anayasa tasarısı sayısının azlığı bunun kanıtıdır; Fransa'da 1946 Mayıs'ında yapılan referandumda reddedilen birinci anayasa tasarısı ile Uruguay'da askerî rejim tarafından hazırlanan ve referandumda geçerli oyu alamayan Anayasa tasarısı gibi örnekler sayılıdır. Gerçekçi olmak gerekirse, anayasaların zaten yönetim katında olanlar ve olmaya da devam edecekler tarafından yapıldığı görülür. Bu ise, yöneten-yönetilen ilişkilerinin, yani "siyasal sözleşme"nin ve siyasal ilişkilerin alacağı biçimi *ab initio* (daha başından) bozan bir olgudur. Bu yüzdendir ki, ister anayasal, isterse yasal düzeyde olsun "hak ve özgürlük tanınması"nda birtakım hak ve güvenceler unutulur ama, hak ve özgürlüklerin sınırları konusunda pek az atlama ve unutkanlığa rastlanır. Dolayısıyla, "anayasal tanıma" ya da "insan haklarının anayasallaştırılması" gibi tumturaklı terimlerle dile getirilen bu olguları tartarken sakınımlı davranmak, işin içinde bir "göz boyama" payının bulunabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir (68).

1982 Anayasası ise, bu gibi genel çekinceleri kat kat aşan antidemokratik bir işlevle yükümlü görünmektedir. Bu herşeyden önce, onun "global bir toplum projesi"ni dayatmak istemesinden bellidir (69). Öyle ki, Türkiye toplumunda saptanan hukukî, siyasî, sosyal, ekonomik birçok temel ve hattâ ikincil sorunlar bu Anayasa eliyle çözülmek istenmiştir. Bu yüzden de, normalde "anayasa sorunu" sayılamayacak, toplumun kendi doğal dokusu içersinde çözülebilecek ya da çözülmeyebilecek birtakım konular bile anayasa kapsamına alınmışlardır.

Hukukî alanda Anayasa, Türk kamu hukukunun bazıları temel, bazıları ise anayasayla ilgili bulunmayan sorunlarını otorite lehine ve özgürlük aleyhine kesin çözümlere bağlamaktadır. Böylece tartışma ve mahkeme içtihatları yoluyla özgürlükçü açılımların kapısı da kapatılmaya çalışılmıştır. Yasayla getirilmiş olsalardı anayasaya aykırılıkları pek açık bir şekilde görülebilecek olan bazı hükümler anayasal-

(68) J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, p. 73-74.
(69) Daha geniş açıklamalar için bkz. B. TANÖR, *İki Anayasa*, s. 147 vd.

laştırılmış olduklarından, 1982 Anayasası da anayasa yargısından kurtarılmış bir ceza kanunu durumuna gelmiştir. Nitekim, Anayasanın hazırlanışında birinci derecede rol alanlar, bu bilançoyu onaylarken hemen hemen aynı teşhiste bulunmaktadırlar: "Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama sebepleri ürkütebilir ve hak ve özgürlükler alanının çok fazla sınırlanıp sınırlanmadığı sorusuna yol açabilir. Oysa buradakiler aslında ceza yasalarında tanımlanmış olan sınırlama sebeplerinden başka bir şey değildir. 1961 Anayasasının bir başka boşluğu da, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. madde ile doldurulmuştur (...). Şu halde, sözkonusu olan Devleti, Atatürk milliyetçiliğini ve toplumu diktatörlük girişimlerine karşı korumaktadır. Bu yasaklamalar zaten Ceza Kanununda da yer almaktaydı. Bunlar Anayasaya da geçirilmişlerse, bunun nedeni Anayasaya aykırılık dava ve itirazlarını önlemek içindir" (70).

Siyasal alanda da, özgürlük ve sivil toplumdan yeni hukuk politikaları üretebilme olanakları köreltilmiştir. Artık siyaset, devlet hukukunun bir uydusudur. Bu yüzden de, insan hakları sisteminde iyileştirme şansı bir kez daha düşüktür.

İdeolojik alanda bile, milletin ve bireylerin kültürünün, ideolojisinin, psikoloji ve ahlâkının nasıl olması gerektiği birer anayasa sorunu sayılıp, özellikle Başlangıç'ta bununla ilgili buyruklar konmuştur. Burada da, Anayasa "suskun ve mütevekkil bir yurttaş topluluğu"nu öngörmektedir (71).

Toplumsal alanda da Anayasa bireyin örgütlenmesine ve bu yoldan sosyalleşmesine setler koymakta, örgütsüz ve dağınık bir toplumu amaçlamakta, kurulabilen örgütlerin de birbirleriyle temasını kesmektedir. Nitekim, Anayasanın yapımında rol alanlar da bunu böyle algılamakta ve onaylamaktadır: "Anayasanın belirgin bir özelliği dernek, sendika, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu, vakıf, siyasî parti gibi sosyal birimlerden herbirinin kendi alanında kalması ve orada çalışması esasını getirmiş olmasıdır." (72)

Bu bağlamda Anayasanın gerçek *işlevi*, otoriteyi hak ve özgürlük aleyhine genişletmek ve *insan hakları ihlâllerini meşrûlaştırmaktır*. Normal ölçülerle kabul edilemeyecek aykırılıklar Anayasa tarafından düzenlenmiş olunca *"hukukilik"* ve *"meşrûluk"* kazanmış sayılmaktadır. Bu işlev sapması yüzündendir ki Anayasa, demokrasi ve insan hakları konusunda evrensel standartlara değil, "bu Anayasada gösterilen-

(70) O. ALDIKAÇTI, "La structure de l'Etat turc", *La Répartition territoriale du pouvoir en Europe*, Editions Universitaires Fribourg, p. 151.

(71) C. EROĞUL, "Anayas Sorunu", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Haziran 1986, sayı 82, s. 7.

(72) Ş. AKYOL, "1982 Anayasasına göre iş hukuku hükümleri", *1984 Yılı Konferansları*, İÜHF yay., İstanbul 1985, s. 121.

ler"e gönderme yapmaktadır. Gene aynı nedenlerledir ki, Anayasa, yönetilenler ve muhalefetten çok, yönetenlerin ve iktidarın sığındıkları bir metin durumundadır (73).

Yukarda, Türkiye'deki insan hakları ihlâllerinin büyük bölümünün "yasal"olduğuna, yasalardan destek aldığına işaret edilmişti. Şimdi bunun paralelini anayasa düzeyinde ortaya koymak gerekir: Türkiye'deki ihlâllerin büyük bölümü anayasaldır, şu ya da bu şekilde Anayasadan destek ve koruma görmektedir. İhlâl ve aykırılıkları bünyesine alarak"meşrûlaştıran" Anayasa, kendisine bile aykırı düşen hüküm ve ihlâlleri (MGK yasaları) dahi yargı denetimine karşı korumak suretiyle (Geçici md. 15) ayakta tutmaktadır.

Anayasa kavramının uğradığı bu işlev bozukluğu, bu kavramın anlamını yitirmesine de yolaçmaktadır. Sieyès'ten beri oluşmuş Avrupa ortak anayasa kültüründe bu kavram, zaten silah ve para tekeli gibi ayrıcalıkları başta olmak üzere adamakıllı güçlü olan devleti daha da güçlendirmek değil, bu *Leviathan* karşısında bireyi ve yurttaşı korumak için varolmuştur (74). Demokratik-liberal anayasa teorisini tersine çeviren 1982 metni ise bu açıdan bir *"anti-anayasa"* ya da "karşıt-anayasa" niteliğindedir (75).

Bu açıdan, demokratikleşme ve özgürleşme taleplerinin hukuk düzlemindeki en büyük engeli de, insan hakları ihlâllerinin istinat duvarı durumundaki Anayasa'nın kendisi olmaktadır. O kadar ki, 1982 Anayasası, haklar sistemi açısından güvencesiz ama pratikte geliştirilmeye açık olan 1924 Anayasasından bile bu konuda daha geridir; çünkü pek çok alanda yasa eliyle liberalleştirmelere kapalıdır (76).

Demokratikleşme ve liberalleşme yönünde güçlü dip dalgalarına sahne olan Türkiye'nin hemen hemen bütün toplumsal-siyasal kesimlerindeki *"yeni anayasa"* aranışı ve hazırlığı çabaları da, 8 yıldır yaşanan bir *"anayasa krizi"*nden kaynaklanmakta ve bunu aşmayı amaçlamaktadır.

(73) Başbakan Özal, çalışma ve millî eğitim bakanları ve ANAP yöneticileri, sendikal ve siyasal haklarda genişletme isteyenlere, Anayasa hükümlerine dayanarak karşı çıkmışlardır (bkz. *Yeni Gündem*, sayı 26, 16.7.1985, s. 4; *Cumhuriyet*, 15.5.1984; *Milliyet*, 25.10.1987; *Cumhuriyet*, 9.4.1988, s. 7; *2000'e Doğru*, 20-26.3.1988, s. 17).

(74) S. TANİLLİ, *Nasıl bir demokrasi istiyoruz?*, Amaç yay., İstanbul 1987, s. 78-79; T. Z. TUNAYA, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 4. bası, İstanbul 1980, s. 27-29.

(75) F. SAĞLAM (*Cumhuriyet*, 23.8.1982); L. DURAN, "Tâdil mi, tebdil mi?", *Yeni Gündem*, sayı 30, 16.9.1985, "Demokrasilerde" Eki, sayı 9.

(76) Y. SABUNCU, "!924 Anayasasından 1982'ye", *Bilim ve Sanat*, sayı 46, Ekim 1984, s. 31.

İnsan haklarının korunmasında yargının rolünün önemi üzerinde uzun uzadıya durmak gereksizdir. Bu organ Türkiye'de de bu açıdan olumlu roller oynayagelmiştir. Burada, kitabın İkinci Bölümünün "İhlâllerin Kaynakları" başlığına uygun olan Yargının ve yargıçların ihlâllerdeki (olumsuz) rollerine değinilecektir.

Yargıyla ilgili olumsuzlukların başında "doğal yargıç" ilkesine uyulmayışı gelmektedir. Bu konu *"doğal yargıç kavramı"* ve buna aykırı düşen başlıca uygulama olan *"Sıkıyönetim askerî mahkemeleri"* açısından ele alıncaktır. Yargıyla ilgili başka bazı aksaklıklar da *"yargı bağımsızlığı"* ve *"yargılama hukuk ve kültürü"* başlıkları altında toplanmıştır.

1) DOĞAL YARGIÇ KAVRAMI

Burada, ilkin yabancı hukuklarda ve uluslararası hukukta, sonra da Türk hukuk doktrininde "doğal yargıç" eksenli kavramların tanımı bulunmaya çalışılacaktır.

Yabancı Hukuklar ve Uluslararası Hukuk

Yabancı hukuk sistemlerinde ve uluslararası hukukta, "doğal yargıç" kavramına en yakın düşen formüller *fair trial* (âdil yargılanma), *Due Process of Law* (usulüne uygun yargılama) ya da *"bağımsız ve tarafsız mahkeme"* veya *"yasayla kurulmuş mahkeme"* deyimleriyle ifade edilmiştir. Bazı hukuk sistemleri doğrudan doğruya "doğal yargıç" (natural judge, juge naturel) terimini de kullanırlar.

Kullanım biçimleri ne olursa olsun, kavramın özü, *istisnaî* ve *olağanüstü* mahkemelerin önlenmesidir. Çağımızda bu tür mahkemelere daha çok askerî darbe ve rejimlere sahne olan Üçüncü Dünya ülkelerinde rastlanmaktadır. Pakistan (1), Bangladeş (2), Arjantin (3), Kolom-

(1) *Bulletin du CIMA*, Octobre 1980, p. 17; avril 1981, p. 16.

(2) *Revue*, CIJ, No 30, 1983, p. 8-9; *Bulletin du CIMA*, octobre 1984.

(3) "The Present State of Emergency in Argentina", *States of Emergency*, CIJ, Geneva 1983, p. 3-30.

biya (4), Peru (5), Uruguay (6) son 30 yılda askerî mahkemelerin sivilleri yargılamasına en fazla tanık olunan ülkelerdendir. Bu yargılamalar, yeni kurulan askeri mahkemeler ya da sıkıyönetim mahkemeleri eliyle yapılmıştır.

İleri batı demokrasilerinin geçmişinde de buna benzer uygulamalar görülmüştür. Bu konuda anayasalarda göster len duyarlılık boşuna değildir. Birkaç tanıtıcı örnek, kavramların tanımına da yardımcı olacaktır (7).

1787 ABD Anayasası, "Tüm cezai takiplerde sanık, suçun işlendiğ federe devletin ve bölgenin —ki bu, yasayla önceden belirlenmiş bir yargı çevresidir— tarafsız jürisince, gecikmeden ve aleni olarak yargılanma (...) hakkına sahiptir" der (EK VI).

*1948 İtalyan Anayasası*na göre, "Hiç kimse, kanunun belirlediği doğal yargıcından yoksun kılınamaz" (md. 25/1). "Askerî mahkemelerin savaş zamanında, yasayla saptanan yargılama yetkisi vardır. Barış zamanlarında ise yalnız silahlı kuvvetler mensuplarının işledikler askerî suçları yargılama yetkisine sahiptirler" (md. 103/3).

1949 Federal Almanya Temel Yasası'nın "İstisnaî mahkemelerin kurulması yasağı" başlıklı hükmü şöyledir: "1) İstisnaî mahkemeler kurulamaz. Hiç k mse, kanunen tâbi olduğu hâkimden başka bir hâkim önüne çıkarılamaz, 2) Özel konular için mahkemeler ancak bir kanunla kurulabilir." Temel Yasa'nın bir başka kuralı da, silahlı kuvetler için kurulabilecek disiplin mahkemelerinin *"ancak millî savunma halinde ve yalnız* yabancı ülkelere gönderilmiş ya da savaş gemilerine bindirilmiş *silahlı kuvvetler mensupları* hakkında cezaî hüküm verebi"leceklerini söyler (md. 96/2).

Doğal yargıç konusu *İsviçre* hukukunda hayli işlenmiştir. Halen yürürlükte olan 1874 tarihli *İsviçre Konfederasyonu Federal Anayasası* şöyle der: "Hiç kimse, doğal yargıcından yoksun bırakılamaz. Dolayısıyla, olağanüstü mahkemeler de kurulamaz" (md. 58/1). Anayasa değişikliği ön tasarısını hazırlayan bir "uzmanlar komisyonu" tarafından oluşturulan metinlerde (Anayasa Tasarısı ile Çalışma Belgeleri) bu hüküm hemen hemen aynen yeralmıştır (8). Bu komisyonun Raporunda, "doğal yargıç güvencesi"ni öngören Tasarı md. 20/3 hükmü için yazılmış şu satırlar, konumuza ışık tutması bakımından önemlidir:

(4) "States of Siege in Colombia", *States of Emergency*, p. 43-68.

(5) "The State of Emergency in Peru", *States of Emergency*, p. 247-276.

(6) "States of Emergency in Uruguay", *States of Emergency*, p. 337-369.

(7) Metinler: Y. GÜRBÜZ, *Anayasalar*, Filiz kitabevi, İstanbul 1981 (bazı önemsiz dil değişiklikleri tarafımdan yapılmıştır).

(8) Commission d"experts pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale, *"Porjet de Constitution"*, 1977, p. 4; *"Docum nts de Travail"*, I, 1974, p. 16.

"Böylece, sadece, mevzuatın bir uyuşmazlığı çözme konusunda *genel olarak yetkili kıldığı yargıcın* kararının geçerli sayılması ilkesi güvence altına alınmış bulunmaktadır. Bu güvence aynı zamanda, usulüne uygun bir şekilde oluşmuş yetkili bir otoritenin varlığını da zorunlu kılar. 3. fıkra istisnaî mahkemeleri, yani *belli durumlar için yaratılmış ve kurulmuş* mahkemeleri yasaklamaktadır. Belli bir alanın özellikleri nedeniyle kurulmuş olan uzmanlık mahkemeleri ise istisnai mahkeme saylmazlar, İş, ticaret ya da vergi mahkemeleri (...) buna örnektir. Komisyonda bir azınlık, askerî mahkemelerin istisnai mahkemeler oldukları, ve bu yüzden de askerî yargının kabul edilemez bir kurum sayılması gerektiği düşüncesini savunmuştur. Komisyonun çoğunluğu ise bu fikre katılmamış ve bu mahkemeleri yetkili uzmanlık mahkemeleri olarak görmeye devam etmiştir. Şöyle ki, çoğunluk, *sadece askerî* nitelikte suçlar olduğu ve bunların (...) ceza mahkemelerince (...) yargılanmalarının doğru olmayacağı görüşündedir. (...) Kaldı ki, Askerî Yargıtay kararları da, Tasarı md. 111 uyarınca, Federal Mahkeme önüne getirilebilecektir." (9)

İsviçre hukuk doktrininin bu konuda üzerinde birleştiği tanım önemlidir: "Belli bir durum ya da olay üzerine seçilmiş olmayan, Anayasaya uygun olarak önceden atanmış bir yargıç tarafından yargılanma güvencesi". (10) Tanımda, ağırlığın mahkeme kadar, hatta bundan çok "yargıç"a verilmiş olması dikkat çekicidir, asıl güvenceyi sağlayan da budur. Çünkü varolan bir mahkemenin belli bir olayın sanıklarını yargılamak için kompozisyon değişikliğine uğratılması da bu güvenceyi, yani doktrindeki ortak tanımı aktaran yazarın deyimiyle "temel haklarla ilgili yargısal korumanın temellerini" bozmaya yeter; böyle bir mahkeme doğal yargı yeri olmaktan çıkar. Başka bir anlatımla, doğal yargıçla başlayan duruşmaların, keyfî bir şekilde değiştirilen ve yeniden atanan yargıçlarla devamı da ilkeyi zedeler. Zaten ilke, yargıca verilen önemi vurgularcasına, "doğal mahkeme" yerine "doğal yargıç" terimiyle ifade edilmektedir. Bu noktanın önemi, ilerde Türkiye'deki tanımlardan ve özellikle sıkıyönetim mahkemelerinin durumundan sözedilirken daha iyi anlaşılacaktır.

Uluslararası hukuk'ta konuyla ilgili olarak kullanılan en kucaklayıcı deyim *"âdil yargılama"*dır (fair trial). Mahkemelerin bağımsızlığı, tarafsızlığı ve yasayla kurulması gibi koşullar bu ilkenin unsurlarını oluşturur. Burada ilkin *yasayla kurulma* konusu üzerinde durmak gerekir.

(9) *"Rapport"*, Berne 1977, p. 49 (abç).

(10) J. P. MÜLLER, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux* (trad, par M. Hottelier/L. Mader/M. Rossinelli). Ed. Staempfli — Cie SA, Berne 1983, p. 35.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi "bağımsız ve tarafsız mahkeme" ibaresini getirmişti (md. 10). Bu terimi tekrarlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 6) daha da ileri giderek *"yasayla kurulmuş mahkeme"* (established by law, établi par la loi) deyimine yer vermiştir (11). Yeni düzenlemenin katkısı nedir? Uzman hukukçu Robertson şöyle diyor: "Bu eklemenin belli bir önemi olmalıdır. Bazılarının, mahkemelerin 'bağımsız ve tarafsız' olmaları koşulunun yeterli bir güvence sağladığını düşünmelerine karşın, sözkonusu eklemenin kriz dönemlerinde yürütme organı tarafından kurulan *ad hoc* (sırf bu iş için/BT) ya da olağanüstü mahkemeleri hedef aldığı kuşku götürmez." (12)

Bu ön-açıklamadan sonra, konuyla ilgili asıl soruya geçilebilir: Askerî mahkemelerin sivilleri yargılaması ya da sıkıyönetim mahkemeleri konusunda uluslararası hukuktaki durum nedir?

İnsan haklarıyla ilgili uluslararası metinlerde, bunları onaylayan devletlere, olağanüstü durumlarda bazı yükümlülüklerinden "sapma" ya da "ayrılma" (dérogation) hakkı tanınmış, ancak, bu durumlarda bile hangi hak ve özgürlüklere dokunulamayacağı tek tek sayılarak gösterilmiştir. Fakat genelde bu gibi dokunulmaz alanlar arasında (işkence yasağı, ceza yasalarının geriye yürümezliği, vb.), "tarafsız, bağımsız ve yetkili mahkemeler önünde yargılanma hakkı"na yerverilmemiştir (13). Oysa, sözkonusu dönemlerde insan haklarını çiğneyen en vahim ihlâller, olağanüstü karakterli yargı mercilerinin kararlarından da doğmaktadır. Bunların başında da, bu mercilerce verilen idam cezaları yüzünden "yaşama hakkı"na yönelen ve giderilmesi mümkün olmayan zararlar gelir (14). Askeri mahkemeler, sıkıyönetim mahkemeleri ya da başka türden istisnai mahkemeler, yukarki örnek-

(11) AİHS'nin türkçe resmi çevirisinde (RG. 19 Mart 1954-8662) kullanılan *"kanunî"* mahkeme terimi, orijinal metinlerdeki kesinliği aktarabilmekten uzaktır. Resmî çevirideki terim daha sonraki bazı metin derlemelerinde de aynen kullanılmıştır (E. NOMER/Ö. ESKİYURT, *Avrupa Sözleşmeleri*, İÜHF yay., İstanbul 1975, s. 88; A. ÖZMEN, *İnsan Hakları İle İlgili Temel Metinler*, Başnur matb., Ankara 1967, s. 44). Daha yeni tarihli ve resmi olmayan çevirilerden bazılarında ise gerekli düzeltme yapılmış, *"yasayla kurulmuş"* ibaresine yer verilmiştir (M. SENCER. *İnsan Hakları. Ana Kuruluşlar ve Belgeler*, TODAİE yay., Ankara 1986, s. 180; M. KAPANİ, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi yay., Ankara 1987, s. 141).

(12) A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, 1977. p. 61.

(13) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, md. 15/2; *Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, md. 4/2.

(14) "Les états d'urgence; leur impact sur les droits de l'homme", *Bulletin du CIMA*, no 12, octobre 1983, p. 27

lerde görüldüğü gibi, insan hakları alanında onulmaz yaralar açmışlardır. Bu sakıncalara karşı Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin hazırlanışı sırasında Fransa, "adil yargılama hakkı"nın da "sapma kabul etmez" (non-dérogeable) ilkeler arasında yeralmasını önermişse de, bu haklı uyarı dikkate alınmamıştır. Böylece, "geriye yürümezlik" ilkesi dışındaki yargısal güvenceler boşlukta tutulmuştur. Olağanüstü önlemlerin "ancak durumun gerektirdiği ölçüde" tutulmaları ilkesi de bu boşluğu pratikte doldurmaya yetmeyecektir (15).

Bununla birlikte, uluslararası hukuk dünyası ve kurumları, olağanüstü durumlarda yargı yetkisi alanındaki bu vuzuhsuzluğu giderici çalışmalarda bulunmaktadırlar.

Birleşmiş Miletler İnsan Hakları Komisyonu, Şubat-Nisan 1973'de Cenevre'de yaptığı 29. Birleşiminde kabul ettiği "Adaletin Yürütülmesinde Eşitlik İlkeleri" başlıklı metinde konuya bir açıklık getirmiştir. "Bütün mahkemelerle ilgili ilkeler" başlığı altında şu tanım yeralır: "Yasal yargıcı tarafından yargılanma hakkı; *ad hoc* kurulmuş ya da özellikle bu olayı yargılamak için yaratılmış olmayan, zaten mevcut yasa tarafından ya da bu yasa çerçevesinde kurulmuş bulunan mahkemeler önünüde yargılanabilmek demektir." (16)

İstisnai mahkemelerden en çok zarar gören Latin Amerika ülkelerinin başında gelen Arjantinli hukukçuların Buenos Aires'teki "Avukatlar Derneği" de ("Associacion de Abogades"), 15.8.1980'de yayımladığı bir bildiride, 1974'den beri süregelen sıkıyönetim durumuna sonverilmesini talep ettikten sonra, "ceza yasalarının geriye yürütülmesini, suçun işlendiği tarihte yetkili olmayan özel komisyon ya da mahkemelerin yargılama yetkisini kullanmasını" hukuka aykırı ilân ediyordu (17). Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ile Mahkemesi "yetkili bir mahkeme önünde yargılanma hakkı"nın, istisnai durumlarda da uyulması gereken bir ilke olduğunu kaul etmişlerdir (18). Bölgesel bir toplantı olan "Yargıç ve Avukatların Bağımsızlığı Semineri" (San José, Kosta Rika, 20-25.4.1986), "askerî mahkemelerin yargı yetkisinin asker kişilerin askerî suçlarıyla sınırlı kalması" tavsiyesinde bulunmuştur (19). Dünyanın beş kıtasından gelen hukukçuların katıldığı "Yargı Bağımsızlığı Dünya Konferansı" da (Montréal, 5-10.6.1983), bu konuda açık tavırlar almıştır. Yayımlanan Bildirge'de

(15) *States of Emergency*, p. 426.

(16) *Principles of Equality in the Administration Justice*, İlke 16 (ii), Metin: *The Review*, International Commission of Jurists, No 10, June 1973, pp. 57 vd.

(17) *Bulletin du CIMA*, No6, Octobre 1980, p. 6.

(18) *States of Emergency*, p. 426; M.S. GEMALMAZ, "Olağanüstü Rejimin Meşruluk Koşulu: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Standartlarına Uygunluk", yayımlanmamış inceleme).

(19) Metin: *Bulletin du CIMA*, No 18, octobre 1986, p. 32 vd.

Birleşmiş Milletler'e yönelik tavsiye kararları arasında şu önerilere yer verilmiştir (20).

2.06: a) İstisnaî nitelikte hiçbir mahkeme kurulamaz.
b) Herkes, usulüne uygun olarak kurulmuş mahkemeler ya da yasa gereği çalışmakta olan *adliye mahkemeleri* tarafından (...) geciktirilmeksizin yargılanma hakkına sahiptir.
c) (...)
d) Kamusal tehlike dönemlerinde:
(i) Bir suç işlemiş olmakla suçlanan sivil kişiler, *adlî sivil mahkemeler tarafından* yargılanırlar; gerektiğinde bu mahkemeler, yine sivil ve yetkili yargıçlarla takviye olunabilir.
(...)
e) *Askerî mahkemelerin yargılama yetkisi silahlı kuvvetler mensuplarının işledikleri askerî suçlarla sınırlıdır. (...)*

Nihayet, Uluslararası Hukukçular Komisyonu da, yeni aranışların vargılarını toplayarak oluşturduğu "Tavsiyeler" arasında bu konuya yer verirken şunu vurgulamak ihtiyacını duymuştur: "Güvenlik aleyhine suç işlemiş oldukları iddiasıyla karşılaşan sivilleri yargılamaya yetkili olan sivil mahkemelerin bu yetkisi korunmalıdır." (21)

Görülüyor ki, uluslararası çevrelerde, askerî mahkemelerin olağanüstü dönemlerde sivilleri yargılamaları konusunda duyulan tedirginlik yaygındır, bunun önlenmesi konusunda çalışmalar yoğundur. Sözkonusu uygulama, "adil yargılama" ya da "bağımsız ve tarafsız mahkemelerce yargılanma" ya da "doğal yargıç" ilkelerine aykırı sayılmaktadır. Vargılar, uluslararası bazı şahsiyetlerin ve kurumların getirdiği delillerin de desteğinde şöyle özetlenebilir:

İster, "yasayla kurulmuş, bağımsız, tarafsız mahkemeler" ibaresi (22), ister "bağımsızlık ve tarafsızlık konusundaki temel güvenceler" deyimleri kullanılmış olsun, bütün bu kurallar askerî mahkemelerin sivilleri yargılama yetkisini dışlamakta, hatta buna engel oluşturmaktadır (23). Bir ülkede, normal ve sivil mahkemelerin olağanüstü dö-

(20) Metin: *Bulletin du CIMA*, No 12, octobre 1983, pp. 35 vd., özellikle, p. 40 (altını ben çizdim).

(21) *States of Emergency*, p. 459 (7. nokta).

(22) *Medenî ve Siyasî Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, md. 14.

(23) *1949 tarihli Cenevre Konvansiyonuna Ek Protokol II*, md. 6. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu eski başkanlarından Dr. Jimenaz de Arechaga, savaş hali için burada öngörülen güvencelerin, bundan daha az vahim durumlarda (sıkıyönetim) a fortiori (haydi haydi) geçerli olacağını belirtiyor (*States of Emergency*, p. 427.)

nemlerde de işlerliklerini koruduğu hesaba katılırsa, sıkıyönetim mahkemeleri tipindeki yargı mercilerinin faaliyetini, "durumun zorunlu kıldığı önlemler" gerekçesiyle meşrû gösterebilmeye de olanak yoktur. Ayrıca, bu mahkemelerin varlığı "yasaların geriye yürümezliği" ilkesine de ters düşer. Nitekim, BM Özel Raportörü bu konuda şöyle demektedir: "Geriye yürümezlik" ilkesi, sıkıyönetim ilânından sonra askeri yargı alanının sivil yargı alanı aleyhine ve sıkıyönetim ilânından önce işlenmiş suçları içerecek şekilde genişlemesine engeldir. Bu türlü bir genişleme "geçmişe etkili" (rétroactif) karakter taşır; olsa olsa, olağanüstü hal ilânından sonraki davalarla ilgili yargı yetkisi aktarımları geriye yürümezlik ilkesini bozmuyor sayılabilir (24).

Türkiye'de Doğal Yargıç Tartışması

"Tabiî yargı yolu", "tabiî hâkim" terimleri, Türk hukukuna 1961 anayasasıyla girmiştir. 1971 Anayasa değişikliğiyle benimsenen terminoloji ise, *"Kanunî Yargı Yolu"* ve kişinin *"kanunen tâbi olduğu mahkeme"*dir. Bu değişikliklerle amaçlanan husus, "tabiî hâkim" ilkesi açısından anayasallığı tartışma konusu edilen sıkıyönetim mahkemelerinin durumunun hukukileştirilmesi ya da bu tartışmalara son verilmesiydi. Terminoloji değişikliği bunu sağlamış mıdır? Bu açıdan, farklı terimlerin farklı anlamlara da gelip gelmediklerini araştırmak bir önsorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

1961 Anayasasının ilk biçiminde konu şöyle düzenlenmişti:

Tabiî Yargı Yolu

Madde 32—*Hiç kimse, tabiî hâkiminden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*

Bir kimseyi tabiî hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

Bu madde, 20.9.1971 tarihli ve 1488 sayılı yasayla şu biçimi aldı:

Kanuni Yargı Yolu

Madde 32—*Hiç kimse, kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka birmerci önüne çıkarılamaz.*

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.

(24) *States of Emergency*, p. 469; not 65.

32. maddenin eski ve yeni şekilleri arasında bir fark var mıdır? 1971'de değiştirilen şekliyle 32. madde, 1982'de de "kenar başlık" hariç (*Kanuni hâkim güvencesi*, md. 37) aynen tekrarlandığına göre, bu soru doğrudan doğruya günümüzün hukuk verileri açısından da geçerlidir.

Yabancı hukuklarda ve uluslararası hukukta, "tabiî yargı", "tabiî hâkim" terimleri ile "kanunî mahkeme", "kanunî (yasal) hâkim" ya da "kanunen tâbi olunan mahkeme" gibi terimler arasında bir anlam ve içerik farkı olmadığı, bunların pratikte aynı anlamda kullanıldığı, "tabiî hâkim" (juge naturel) deyimiyle kastedilenle "kanunla kurulmuş mahkeme" ibaresiyle anlatılmak istenenin içeriklerinin aynı olduğu yukarda görülmüştü. Türk hukuku açısından da durum bundan farklı değildir.

Bir kere, 1961 Anayasasının 32. maddesinin Komisyon'da hazırlanan gerekçesinde şu ifade dikkati çeker: "Kişilerin *kanunî (yani tabiî)* hâkiminden başka mercilerce muhakeme edilmesi..." Görüldüğü gibi burada, "tabiî hâkim" ve "kanunî hâkim" terimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

İkincisi, "kanunen tâbi olunan mahkeme" formülasyonu, 1971 Anayasa değişikliğinden ve 1982 Anayasasından çok daha önceleri de vardı. 1924 Anayasası, "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka mahkemeye..." diyordu (md. 83). 1876 Anayasasında da konu aynı yönde düzenlenmişti (md. 85 ve 89).

Üçüncüsü, "tâbiî hâkim" terimi 1961 Anayasasına, bu eski formülasyonlarla aynı anlama gelmek üzere konmuştur. Komisyon tasarısının 32. maddesinin ilk fıkrasında, "Hiç kimseye, Anayasanın gösterdiği haller dışında adlî kovuşturma bakımından özel işlem yapılamaz" hükmü yeralmıştı; ikinci fıkra ise Anayasa metnine aynen geçecek olan formülü koymuştu. Ancak, ilk fıkra Genel Kurul'da itirazla karşılaşmıştır. Beş üyenin, bu düzenleme biçiminin "temel prensip" koymadığı ve bu nedenle de sakıncalı olduğu yolundaki önergesinden sonra bunlar adına sözalan T. Feyzioğlu şöyle demiştir: "Bir kimsenin tabiî hâkiminden başka bir merciin önüne çıkarılamayacağı, buraya (birinci fıkraya/BT) konmalıdır. Bu itibarla, eski Anayasanın 83. maddesinin buraya konmasını teklif ediyorum (...). Ben biraz değiştirerek arzettim." Bunun üzerine, 1924 Anayasısının "kanunen tâbi olunan mahkeme" formülasyonu, Feyzioğlu tarafından "biraz değiştirilerek" kaleme alınan, ama eskisiyle aynı anlamda kullanılana "tabiî yargı yolu" ve "tabiî hâkim" terimleriyle karşılanmıştır (25).

Nihayet, Anayasa Mahkemesi ve hukuk doktrinimizin, 1961 Anayasasının 32. maddesinin ilk şekli ile 1971'de değiştirilen biçimi arasın-

(25) K. ÖZTÜRK, *TC Anayasası*, c. II, T. İş Bankası yay., Ankara 1966, s. 1664-1665.

da da bir anlam farkı görmediğini hatırlatmak yerinde olur. Yüksek Mahkeme, maddenin ilk şekline göre "tabiî yargı yolu" ya da "tabiî hâkim" ilkelerini tanımlarken kullandığı ölçüleri (1963), 1971 değişikliğinden sonra verdiği kararda da (1972) korumuş, sadece bunları biraz daha açıklığa kavuşturmuştur (26).

Bu nedenlerle, "tabiî", "olağan" ya da "kanunî" sıfatlarıyla anlatılanın içeriklerinin aynı olduğu söylenebilir (27). Dolayısıyla, Sıkıyönetim Mahkemelerinin Anayasa karşısındaki konumu açısından 1971 öncesiyle sonrası arasında bu noktada bir fark yoktur. Terim değişikliği, sözkonusu mahkemelerin anayasaya aykırılığı konusundaki tartışmayı gündemden silmiş değildir.

Kavramın *tanımı* konusunda neler söylenebilir?

1961 Anayasasının ilgili maddesinin gerekçesinde "tabiî hâkim" konusunda dolaylı bir tanım getirilmişti: "Herkesin, *kanunun genel olarak* koyduğu görev ve yetki esaslarıyla belli olan hâkim tarafından muhakeme edilmesi..." Anayasa Mahkemesi de başlarda bu yönde bir tanım vermiştir: *"Genel olarak ve herkes için kurulmuş*, görev ve yetkileri *kanunla* belli edilmiş olan mahkemeler tabiî mahkeme ve bunların hâkimleri de tabiî hâkimdir. Bunlardan gayrı merciler umumî değil özeldir ve madde prensiplerine aykırıdır." (28)

Bu tanım denemelerinde, "görev ve yetkilerin *kanunla* belli edilmiş olması" şartı ne kadar tartışma götürmez nitelikte idiyse, *"genel olarak"* ya da *"herkes için"* ibarelerinde dile gelen genel mahkeme/özel mahkeme zıtlığı da o derece tereddüt uyandırıcıydı. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bu kararda "olağanüstü mahkeme ile özel mahkemeyi birbirine karıştırdığını", Anayasa Mahkemesi ya da Yüce Divan gibi mahkemelerin özel ama olağan (tabiî) yargı mercileri olduklarını belirten N. Kunter, "olağan yargılama makamı ile olağanüstü yargılama makamını ayıran kıstas, genel veya özel olmak değil, *önceden kurulmuş olup olmamaktır"* demektedir (29).

Anayasa Mahkemesi sonradan genel/özel ayrımını terkedip, "yasayla önceden ve kesin olarak belli edilme" ölçüsünü benimsemiştir: *"Hangi suçlara bakacağı önceden, kanunla, kesin olarak* belirtilmemişse, bir mahkemenin suç işleyenin 'kanunen tâbi olduğu" mahkeme sayılmasına olanak yoktur." (30)

Hukuk doktrinimizde de bu ilkenin unsurlarına değinilmiş, tanım-

(26) Her iki karar için bkz. ilerde dipnotu 28 ve 30.

(27) Aynı yönde: N. KUNTER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. baskı. İÜHF yay., İstanbul 1978, s. 99 ve 243.

(28) E. 1963/4, K. 1963/71, Kt. 28.3.1963 (AYMKD, sayı 1, s. 137) (abç).

(29) N. KUNTER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 99-101, 119-122 (abç).

(30) E. 1971/31, K. 1972/5, Kt. 15-16.2.1972 (RG.14.10.1972-14336; AYMKD, sayı 10, s. 184) (abç).

lamalara gidilmiştir. F. Gölcüklü, "kanuni ya da tabiî hâkim" güvencesinin, "mahkemelerin ve yargıçların *yargı yetkisinin*, yargılama konusu suçun işlenmesinden önce belirlenmiş olmasını gerektirdiği"ni yazmıştır (31). F. Erem, *"önceden"* belirleme konusunda hassastır ve bunu vurgulamaktadır: "Davayı görecek *hâkimin kanunla gösterilmiş olması* ile, kanunun bunu suçun işlenmesinden evvel yapmış olması arasında fark vardır. Suçtan sonra -bilhassa o suçun sanıklarının belli olmasından sonra- hâkimin kanunla gösterilmiş olması olağanüstü mahkeme kurmak demektir. Anayasa bunu yasaklamıştır." (32) Daha ayrıntılı bir tanımlamaya Kunter'de rastlıyoruz: "Olağan yargılama makamları, olaylardan önce kurulmuş, müşahhas olayla kuruluş bakımından ilgili olmayan makamlardır." Tabiî hâkim ya da "olağan hâkim, kanunla önceden *kurulmuş* her bakımdan yetkili mahkemenin hâkimidir. Olağan veya tabiî hâkim esası, yürütme erkinin yargılama makamları üzerindeki muhtemel tesirini önlemek için kabul edilmiş bir teminat tedbiridir. Olağanüstü hâkim de, bir olaydan sonra *sırf o olay* için kurulmuş veya olaya göre *sonradan yetkili kılınmış* mahkemenin hâkimidir. İstisnaî mahkeme de denilen olağanüstü mahkemeler ya da yargılama makamları, belli olayları muhakeme etmek üzere *sonradan* kurulan mahkemelerdir. Olağanüstü hâkim de, bir olaydan sonra sırf o olay için kurulmuş veya olaya göre *sonradan yetkili kılınmış* mahkemenin hâkimidir." (33)

Anayasa Mahkemesi ile doktrinden yapılan alıntılardan, sözkonusu ilkenin *amacı* ya da *varlık nedeni* ortaya çıkmaktadır: (a) kişilerin hangi mahkeme önünde yargılanacaklarını "kesin olarak" bilmelerni mümkün kılmak, (b) bunların, bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde yargılanma haklarını güvence altına almak, (c) yargıya güveni sağlamak, (d) yürütmenin yargı üzerindeki etkisini önlemek.

İlkenin *unsurları* ya da *tanımı* konusunda iki noktada görüş birliği vardır: *"öncedenlik"* ve *"yasallık"*. Ancak, "yasayla önceden yapılacak iş"in ne olduğu konusunda tam bir netlik yoktur. En azından, kullanılan terminoloji bulanıklık yaratmaktadır. Kunter'in ve yukarda anılan ilk kararıyla Anayasa Mahkemesinin kullandıkları *"kurulmuş olma"* deyimi, mantıken *mahkemenin kurulmuş olması ya da olay anında varolan mahkeme* anlamına gelir, bu merciin fiziksel varlığını gerekli kılar. Diğer yazarlar ve anılan ikinci kararıyla Anayasa Mahkemesi ise, "yasayla önceden yapılması gereken iş" konusunda farklı bir terminoloji kullanmışlardır: "hangi suçlara bakacağı" (AYM), "yar-

(31) F. GÖLCÜKLÜ, "Criminal Law", *Introduction to Turkish Law*, 2 nd ed., Ed. by T. Ansay/Don Wallace, Society of Comparative Law, Ankara 1978, p. 212 (abç).

(32) F. EREM, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara 1970, s. 87 vd. (abç).

(33) N. KUNTER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 99 ve 243. (abç).

gı yetkisi" (Gölcüklü) ya da "hâkimin kanunla gösterilmiş olması" (Erem). Bu terminoloji ve içerdiği anlam, olay tarihinde mahkemenin fiilen varolmuş olmasını zorunlu kılmaz; yargıcın ya da yargı yetkisinin yasayla gösterilmiş olmasını yeterli sayar. Böylece, aslında belki farklı şeyler kastedilmiş olmasa bile, kullanılan terimler yüzünden iki ayrı blok doğmaktadır. Bu farkın önemi ilerde "Sıkıyönetim Askerî Mahkemeleri"nden sözedilerek görülecektir.

Bu çekinceler ışığında, yukardaki dolaylı/dolaysız tanım önerilerinin içerdiği *unsurlar* açısından doğal mahkeme ya da doğal yargıç:

(a) suçun işlenmesinden *önce,*

(b) *yasayla kurulmuş*

(c) *ve/ya da yasayla yetkili kılınmış* mahkeme ve onun yargıcıdır.

"Doğallık" unsurunun tanımlanmasında ağırlık mahkemeye değil de "yargıc"a verilirse, ayrıca *"öncedenlik"* unsuru daha iyi belirlenip, "yasayla kurulma" koşulu saklı kalmak kaydıyla suç tarihinde de mahkemenin fiilen varlığı ve yargıcın da belli olması koşulu ön plana alınırsa, tanım şu olabilir: *doğal yargıç, atfedilen suçun işlendiği tarihte varolan ve yetkileri yasayla açıkça belirlenmiş mahkemenin yargıcıdır.*

Bu unsurlarıyla doğal yargıç ilkesi, zaten belli bir olay için sonradan kurulmuş olağanüstü mahkemeleri ya da yargı yetkisiyle donatılmış mercileri dışlar. Nitekim, "Hiç kimse doğal yargıcından yoksun bırakılamaz. *Dolayısıyla,* olağanüstü mahkemeler de kurulamaz" diyen İsviçre Anayasası (md. 58/1) bu zorunlu bağa işaret etmiş olmaktadır. Yine de, "doğal yargıç" ilkesiyle yetinilmeyip, buna "istisnaî ya da olağanüstü mahkemeler kurma yasağı"nın eklenmesi, tarihsel olayların dayattığı bir kesinlik ihtiyacıyla ilgilidir. Bu sorun, günümüzde bazı Üçüncü Dünya ülkelerinde hâlâ canlıdır. Türkiye de, olağanüstü mahkeme uygulamalarına sahne olmuştur; bununla ilgili bazı örneklere birazdan değinilecektir.

Ancak, "doğal yargıç" ilkesi sadece istisnai ya da olağanüstü mahkemeleri dışlamaz, olağanüstü mahkeme yasağıyla özdeşleştirilemez, buna indirgenemez. Olağanüstü mahkeme kurulmadan da doğal yargı ilkesi çiğnenebilir. Bu ilkenin çiğnenmiş sayılabilmesi için mutlaka Yüksek Adalet Divanı (1960) gibi kurulların oluşturulması, olaylar ve sanıklar belli olduktan sonra yargılama kurulları yaratılması şart değildir. Normal hukuk düzeni içinde de, olağan yargı yerleri arasındaki görev ve yetki bölünümüne uymayan uygulamalar, bu ilkenin ihlâli anlamına gelir. Nitekim, ilerde görüleceği gibi, "Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri"ni doğal yargı ya da "kanunen tâbi olunan mahkeme" ilkelerine aykırı bulmayan Anayasa Mahkemesi bile, bu mahkemelerin bakacakları davaların "kesin olarak" belli edilmemiş ve bu konuda sıkıyönetim komutanlarının yetkili kılınmış olmasını, ilkeye ve anayasa aykırı bulmuştur. Dolayısıyla istisnai ya da olağa-

nüstü mahkeme, ilkenin ihlâlinin en kesin örneği olsa bile, bu sonucu yaratan tek model değildir.

2) OLAĞANÜSTÜ YARGILAMA VE SIKIYÖNETİM MAHKEMELERİ

Osmanlı Devleti ve Türkiye Cumhuriyeti doğal yargı anlayışına ters düşen uygulamalara sahne olmuştur. Abdülhamit tarafından kurulan ve Mithat Paşa'yı yargılayan *"Yıldız Mahkemesi"* bu nitelikteydi (34). Birinci Dünya Savaşı'nın ardından mütareke döneminin başlamasıyla kurulan *Divan-ı Harb Mahkemeleri* de, kuruluş biçimleri ve geçmişe etkili yargılama yetkileri bakımından "istisnaî" ve "hususî" mahkeme niteliğindeydiler, bu yüzden de doğal yargı kavramına ters düşüyorlardı (35). 1924 Anayasası açısından da, *İstiklâl Mahkemeleri* bu bağlamda görülebilir (36). 27 Mayıs 1960 hareketinden sonra, "Yassıada sanıkları"nı yargılamak üzere kurulan *Yüksek Adalet Divanı* da, olaydan sonra kurulmuş özel bir istisnaî mahkemenin tipik bir örneğiydi (37). Bu dönemde kurulan fakat faaliyet göstermeyen *İnkılap Mahkemeleri* (38) için de aynı şey söylenebilir.

"Mahkeme" niteliğinde olmayan kurulların yargı yetkisiyle donatılması da, doğal yargı ilkesinin tam bir inkârı olmuştur. Bunun tipik örneği, DP iktidarının son günlerinde çıkartılan ve TBMM Tahkikat Encümenlerine yargısal yetkiler tanıyan kanundur (39). 1961 AY. md. 32/2'deki, "Bir kimseyi tabiî hâkiminden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz" hükmü, gerekçesinden de anlaşıldığı gibi, bu "yakın tecrübelerin" de bir sonucudur.

Türkiye'de olağanüstü yargılama sorunu asıl sıkıyönetim dönemlerinde çıkmaktadır: Sıkıyönetim Askerî Mahkemeleri olağan (doğal) yargı yeri midir? Sorun budur. Önce, mahkemelerin *kuruluş ve yetkileri* bakımından konuyu incelemek gerekiyor. Bu veriler daha sonra *"sanığın hakları"* açısından denetlenecek, bunu bir özel sorun, *sıkıyönetim sonrasında sıkıyönetim mahkemeleri*nin durumu izleyecektir.

(34) İ. H. UZUNÇARŞILI, *Mithat Paşa ve Yıldız Mahkemesi*, TTK yay., Ankara 1967.

(35) C. BAYAR, *Ben de Yazdım*, c. V., İstanbul 1965, s. 1520.

(36) bkz. E. AYBARS, *İstiklâl Mahkemeleri*, Bilgi yay., Ankara 1975, s. 224 vd.; M. TUNÇAY, *Türkiye Cumhuriyetinde Tek Parti Yönetiminin Kurulması (1923-1931)*, Yurt yay., Ankara 1981, s. 142, 169.

(37) M. GARÇON, *Mémoire à consulter sur la légitimité des institutions judiciaires de la Révolution turque*, 1960.

(38) 18.8.1960 tarih ve 62 sayılı Kanun (RG. 22.8.1960-10584).

(39) 27.4.1960 tarih ve 7468 sayılı Kanun (RG. 28.4.1960-10491).

Hâkim doktrin ve yargı uygulamaları ötedenberi bu mahkemeleri olağan yargılama makamı sayagelmiştir. Gerekçeler çeşitli, bazan da çelişkilidir.

Kunter şöyle diyor: "Sıkıyönetim mahkemeleri de *kanunla* ve *olaydan önce kurulduğundan* tabiî hâkim esasına aykırı değildir (...). Bizce, *ilerisi için kurulan* mahkemelerin, bu arada sıkıyönetim mahkemelerinin bağımsızlığı meselesi ile tabiî hâkim meselesi ayrıdır. Bağımsızlık meselesi olağan mahkemede de karşımıza çıkar. Sıkıyönetim mahkemesinde tabiî hâkim esasından ayrılmadan değil, bağmsızlıktan ("bağımlılıktan" denmeliydi/BT) şikâyet edilmelidir." S. Donay'a göre de "Askerî mahkemeler bu dönemde sıkıyönetim mahkemesine dönüşmekte" olduklarından "olağanüstü nitelikte" mahkemeden sözedilemez (40).

Oysa, "sıkıyönetim askerî mahkemeleri":

(a) *"kanunla"* değil, Millî Savunma Bakanlığı'nca,

(b) *"olaydan önce"* değil, sıkıyönetim ilânından ve olaylarla sanıkların az çok belli olmasından sonra,

(c) ve sadece *"ilerisi için"* değil, kurulmalarından önce işlenen suçlara da bakmak için, hatta asıl bunun için *kurulur*. *"Olaydan önce"* ve *"ilerisi için"* kurulmuş olanlar ise, 353 sayılı yasanın öngördüğü *"askerî mahkemeler"*dir; bunlarsa "sıkıyönetim mahkemesi"ne dönüşmezler, sıkıyönetim mahkemeleri sıfır noktasından kurulur.

Dolayısıyla, sırf yukarki yazarların ölçüleri kullanıldığında, "sıkıyönetim askerî mahkemeleri"nin tabiî hâkim ilkesine aykırı düştükleri sonucundan başkasına ulaşılamaz.

Ancak, başka yazarlar ve yüksek mahkemeler daha özenli gerekçeler ileri sürmektedirler.

Örneğin, S. Erman'a göre; "Sıkıyönetim Mahkemelerinin *ne gibi davalara* bakacakları (...) kanunda ve bu davalara konu olan *suçlar işlenmezden önce* belirtildiği cihetle, bu mahkemelerin Anayasanın 32. maddesinin yasakladığı olağanüstü yargı organları olduğu ileri sürülemez."(41) Olaydan önce/sonra kurulma, önceki/sonraki suçlara bakma gibi nazik konuları kurcalamayan, sadece mahkemenin *yetki alanının önceden gösterilmiş olması* noktasını ölçü alan bu yaklaşım nisbeten daha ihtiyatlıdır. Ama bu açıklamanın ele almaya yanaşmadığı noktalar, tartışılan konunun da canalıcı noktasını oluşturmaktadır.

(40) N. KUNTER, *Ceza Mahkemesi Hukuku*, s. 100 ve dip notu 42 (abç); S. DONAY, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İÜHF yay., İstanbul 1982, s. 75, 78.

(41) S. ERMAN, *Askerî Ceza Hukuku*, 4. bası, İÜHF, İstanbul 1967, s. 279-280 (abç).

Çünkü kaçılamayacak kritik sorun şudur: "sıkıyönetim mahkemesi" adıyla *yeni* mahkemeler kurulması doğal yargı yeri ilkesine uygun mudur?

Konu, bazı yüksek mahkeme kararlarında da tartışılmış ve şimdilik çözüme bağlanmıştır.

"Sıkıyönetim Askerî Mahkemeleri"nin tartışmalı durumu, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi tarafından inceleme konusu olmuş ve çoğunluk bunda anayasaya aykırılık bulamamıştır. Esas olarak, askerî mahkemelerin savaş ve sıkıyönetim hallerindeki yetkilerinden sözeden Anayasa hükmüne (1961 AY. md. 138/3; 1982 AY. md. 145/3) dayanan Yüksek Mahkeme şöyle diyordu: "(Sıkıyönetim hallerinde) askerî mahkemelerin görevine giren suçlar ve dolayısıyla bakılacak *davalar kat kat artacağı gibi,* Sıkıyönetim ilânını zorunlu kılan bir ortamda ayrıca işlenen suçların da artış göstermesi olasılığı daima vardır. Sıkıyönetim ilânı sırasında çalışmakta bulunan askerî mahkemelerin kendi esas görevlerine ek olarak bütün *bu işleri gereği gibi yürütebilmeleri* düşünülemez. Öteyandan askerî mahkemeler tümen, kolordu, ordu ve Kuvvet komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığı nezdinde kurulur (353 sayılı kanun, md. 1). Sıkıyönetim Komutanlığı kanunla belirli görev ve yetkileri, hizmet bölgesi, karargâhı, kendi buyruğuna verilmiş askerî birlikleri bulunan başlıbaşına bir kuruluştur. Elbette ki komutanlık nezdinde de askerî mahkemeler kurulması gerekir (...). incelenen birinci fıkradaki düzenlemenin Anayasanın değişik 32. maddesine aykırlığı (da) düşünülemez (...). Anayasa, sıkıyönetim halinde kanunda belirtilecek suçlara ve kişilere ilişkin davalara askerî mahkemelerce bakılmasını kabul etmiş ve 1402 sayılı kanunun 11. maddesinin birinci fıkrası Sıkıyönetim bölgesinde yeterince askerî mahkemelerde yargılanacak suçları açıklamıştır. Şu duruma göre, Sıkıyönetim bölgelerinde kurulan askerî mahkemeleri kanunî yargı yolu dışında, yargı yetkisine sahip olağanüstü merci saymaya hukuk ve mantık yönünden olanak yoktur." (42)

Buna karşılık, çoğunluk görüşüne muhalefet şerhi yazan dört üye, sıkıyönetim mahkemelerinin "anayasaya aykırı" olduğu sonucuna varmışlardır: "... Anayasanın değişik 138. maddesinin 3. fıkrası kuralı, savaş ve sıkıyönetim durumlarında *özel* askerî mahkemeler kurulmasını değil, kurulu bulunan askerî mahkemelerin birtakım suçlar ve birtakım suçlular bakımından görevlendirilmesini öngörmektedir. Başka, deyimle, sıkıyönetim durumu için *özel askeri mahkemeler* kurulması bu kuralın kapsamı dışında kalmaktadır (...). Sıkıyönetimin şu veya bu nedene dayanması ya da iyi işleyebilmesi düşüncesi, *genel as-*

(42) E. 1971/31 K. 1972/5, Kt. 15-16.2.1972 (AYMKD, sayı 10, s. 178-179) (abç).

kerî mahkemeler dışında, sıkıyönetim süresiyle bağlı *özel* mahkemeler kurulmasını zorunlu kılmaz (...). (Ayrıca) sıkıyönetim komutanı herhangi bir askeri birliğe komuta etmekte olan yüksek rütbeli bir komutandır. Bundan dolayı sıkıyönetim dolayısıyla *özel askerî mahkemeler* kurulmasının zorunlu olduğu yolundaki çoğunluk gerekçesi doğru sayılmaz." (43)

Geçerken belirtelim ki, çoğunluk kararında, "davaların kat-kat artacağı", "bu işleri gereği gibi yürütebilmeleri" şeklindeki ifadelerden de anlaşıldığı gibi, anayasaya uygunluk (norm) denetimiyle ilgili olmayan pratik ve pragmatik endişeler belirleyici rol oynamış, "sıkıyönetimin iyi işlemesi" dileği, bir başka deyişle "yerindelik"(opportunité) kaygısı hukukilik denetimine ağır basmıştır.

Askeri Yargıtay da, "sıkıyönetim askeri mahkemeleri" adı altında yeni mahkemeler kurulmasını anayasaya ve "tabiî hâkim" ilkesine uygun saymıştır. Bu yöndeki kararlar, sözkonusu mahkemelerin varlık nedenlerini Anayasanın "askerî mahkemelerin savaş ve sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili olduğu kanunla gösterilir" (1961 AY. md. 138/3) hükmüne dayandırılmıştır. Tabii hâkim ilkesine uygunluğun gerekçesi ise, bu mahkemelerin bakacakları *suçların önceden* ve *yasa ile* belirtilmiş olmasıdır (44). 1961 Anayasasının 138. maddesi ile "tabiî hâkim" ya da "kanunen tâbi olunan mahkeme" (1971 değişikliği) ilkelerinin 1982 Anayasasında da aynen devam ettiği düşünülecek olursa, yukarda aktarılan içtihatların bugünkü Anayasa altında da geçerli olacağı kuşku götürmez.

Anayasa Mahkemesi kararında görülen pratik endişeler Askerî Yargıtaya da hâkim olmuştur: "...nezdinde askerî mahkeme kurulan kıta veya askerî kurumlar adlî ve mülki teşkilat gibi sâbit olmadığı, dolayısıyla her an yer değiştirmelerinin mümkün ve muhtemel olması hasebiyle, *herhangi bir askerî mahkemeye önceden yetki verilmesi keyfiyeti pratik bir değer taşımadığı gibi..."* (45)

"Sıkıyönetim Askerî Mahkemeleri"nin Anayasalarımız karşısındaki gerçek durumu nedir? 1402 sayılı Kanun, "Sıkıyönetim Mahkemesi" ya da "Sıkıyönetim Askerî Mahkemeleri" gibi kuruluşlardan sözediyor. Bunların anayasal dayanağı var mıdır?

(43) Başkan Muhittin Taylan, Üye Recai Seçkin'in bu "Karşı Oy Yazısı"na iki üye daha (Kani Vrana ve Şevket Müftügil) katılmışlardır (AYMKD, sayı 10, s. 196-197, 200, 233) (abç).

(44) *Ask. Yrg.* 1. D., 3.9.1970, E. 412, K. 408; 1. D., 16.11.1970, E. 461, K. 456; 2. D. 19.11.1970. E. 556, K. 555; 4. D., 15.12.1970, E. 556, K. 598 (T. LÜLECİ/H. ÖZBAKAN, *Askeri Yargı ile ilgili Kanunlar ve İçtihatlar*, Ankara, c. II. s. 1232-1234).

(45) *Ask. Yrg.*, 4. D., 15.12.1970, E. 556, K. 598 (T. LÜLECİ/H. ÖZBAKAN, *Askerî Yargı İle İlgili Kanunlar ve İçtihatlar*, c. II, s. 1234) (abç).

Konu, Anayasalarımızda "Askerî Yargı" başlığı altında ele alınmıştır. Gerek 1961 Anayasası (md. 138), gerekse 1982 Anayasası (md. 145) şöyle der: "Askeri yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür". Bu hükmün anlamı son derece açıktır. Bu demektir ki, *disiplin mahkemeleri ile askerî mahkemeler*, askerî yargı adına varolabilecek iki mahkeme türüdür; bir başka deyişle, askerî yargı yalnız bu iki tür kuruluş eliyle yürütülür. Konumuzu ilgilendirmeyen disiplin mahkemelerini bir yana bırakırsak, şunu söylemek gerekir: Türkiye'de Anayasaya göre sadece tek tip askerî mahkeme (mahkemeler) vardır. Bu(nlar), ilgili yasaya (46) göre kurulmuş olup faaliyette bulunan askerî mahkemelerdir. Bunların varlıkları ve faaliyetleri süreklidir. Değişen, yargı yetkilerinin alanıdır: "Askerî mahkemelerin savaş ve sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları (...) kanunla düzenlenir" (1982 AY. md. 145; 1961 AY. md. 138). Şu halde, olağan dönemlerde de varolup sürekli olarak görev yapan *genel* askerî mahkemelerin, sıkıyönetim ve savaş hallerinde yetkileri genişleyebilecektir. Sıkıyönetim ve savaş hallerinde görev yapacak askerî mahkemeler, zaten varolanlardan başkası değildir.

Gerçi, 1961 Anayasasının ilk şeklinde değilse bile ona eklenen Geçici 21. maddede ve 1982 Anayasasının 143. maddesinin son fıkrasında, sırasıyla "sıkıyönetim mahkemeleri" ve "sıkıyönetim askerî mahkemeleri" ibareleri geçmektedir. Ancak bu hükümler, Anayasaların yargı ile ilgili temel kuruluş esaslarını ilgilendirmezler. Her iki ibare, Anayasal esaslardan değil, bunca yıllık terim pratiğinin verdiği alışkanlıklardan kaynaklanmış durumdadır. Bunlardan birincisi, sıkıyönetimin kalkmasından sonra da sözügeçen mahkemelerin ellerindeki dosyalarla sınırlı olmak üzere göreve devam edebileceklerini bildiren usulî bir hükümdür. İkincisi ise, sıkıyönetim halinde DGM'lerin aynı işlevi yüklenebileceklerini, "Sıkıyönetim Askerî Mahkemesi'ne dönüştürülebileceklerini söyler. Oysa, buraya kadar sıralanagelen itirazlar, sıkıyönetim halinde görev yapacak mahkemelerin adına değil, bunların *yeni baştan* ve *olaydan sonra* kurulmuş olmalarınadır.

Talî ve arızî karakterdeki bu iki hüküm dışında, Türk Anayasalarının yargı organıyla ilgili temel kurallarında "Sıkıyönetim askerî mahkemesi" diye bir merci yeralmamıştır. Sıkıyönetim ilânından sonra bu ad altında *yeni* mahkemelerin oluşturulmasına izin vermek, yasama açısından anayasaya aykırı bir düzenlemede bulunmak, bu mahkemeler için de "kaynağını anayasadan almayan bir yetki" kullanmak anlamına gelir. Oysa, kanunlar anayasaya aykırı olamayacağı

(46) 25.10.1963 gün ve 353 sayılı Askerî Mahkemelerin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun.

gibi, "Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz" (1982 AY. md. 6/son; 1961 AY. md. 4/son).

İşte, gerek eski Örfi İdare Kanununun (47), gerekse bunun yerini alan 1402 sayılı kanunun yaptığı budur. 1402 sayılı kanunun ifadesiyle, *"Sıkıyönetim bölgelerinde*, 25.10.1963 gün ve 353 sayılı Kanuna göre Milli Savunma Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde yeteri kadar *askerî mahkeme kurulur*. Bunlar bulundukları yerin *sıkıyönetim askerî mahkemesi* olarak adlandırılır ve birden fazla olması halinde numaralandırılır" (md. 11/1). Böylece yasa, sıkıyönetim ilânının ardından *yeni ve Anayasada yeri olmayan* mahkemelerin kurulmasını öngörmektedir. Bunlar, zaten varolan askerî mahkemeler değil, bütün üyeleri yeni seçilip atanmış, yasadaki deyimle "Sıkıyönetim bölgelerinde kurulmuş", ve böylece yoktan varedilmiş mahkemelerdir. "Doğal yargıç" ilkesine aykırılık, 353 sayılı yasanın 1. maddesinin gerekçesindeki ölçütten bile anlaşılmaktadır (48). Bu durum, Anayasanın öngörmediği organlar yaratmak ve kaynağını anayasadan almayan yetkiler kullanmak demek olduğu gibi, yine anayasalarımızın yasaklandığı "olağanüstü" yargı mercii kurmak anlamına da gelir, "kanunî hâkim güvencesi"ne ve "Hiç kimse(nin) kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılama"ması ilkesine (AY. 37) aykırı düşer.

Doğal yargıç ilkesinin daha işin başında, yani yepyeni mahkemelerin kurulması yoluna gidilmesiyle zedelenmiş olması, bu ilkenin ilk ve son ilhâli değildir. Bununla bağlantılı olarak başka ihlâller de bunu izler. Örneğin, bir mahkemenin üyelerinin Bakanlık'ça o görevden alınarak yerlerine başkalarının atanması uygulamada çok sık rastlanan bir durumdur. Bu tür üye değişikliklerinin bazı davaların kritik dönemlerine denk düşmesi haklı tedirginliklere ve yargıya güvensizlik duyulmasına yolaçmaktadır. Hiç kuşku yok ki bir dava boyunca habire yargıç değiştirmek, bir sanık için, suçun işlenmesinden sonra kurulmuş bir mahkeme önüne çıkmak kadar sakıncalıdır ve "adil yargılanma" hakkına aykırıdır. Çünkü "güvenceli adalet"in ilkelerinden biri, "yargıçların değişmemesi kuralıdır. Bu kural, toplantıya görüşmenin başında katılan yargıçlarla, oylamaya katılanların sayı ve kişi olarak aynı olmaları", yargıçların hüküm verilene kadar değiştirilmemeleri demektir (49). İlke buyken, yargıçları davanın gidişine göre Bakanlık-

(47) 22.5.1940 tarih ve 3832 sayılı Örfî İdare Kanununu (RG. 25.5.1940-4518) değiştiren 11.8.1941 tarihli ve 4106 sayılı kanun md. 5 (RG. 15.8.1941-4887).

(48) "...gibi suçlara ait davaların önem ve özelliğine binaen *evvelden tespit edilmiş* askerî mahkemelerde görülmesi uygun mütalaa edilmiş ve bu mahkemelerin yetki çevrelerinin ve bulunduğu yerlerin *Resmî Gazete ile yayınlanması* suretiyle *tabiî hâkim prensibine riayet olunmuştur"* (bkz. E. COŞKUN, *Açıklamalı-Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu*, İstanbul 1972, s. 14. abç).

(49) S.SELÇUK, *Çürütmeler*, Tekin yay., Ankara 1990, s. 9.-11, 47.

ça sürekli değiştirebilen bir mahkemenin "doğallık" ya da "olağanlık"la ilgisi olamaz. Doğallık ya da olağanlık yalnız mahkemeyle değil, bundan çok yargıçlarla ilgilidir; koruyucu ilke de zaten "doğal yargıç" ya da "tabiî hâkim" diye terimlenmiştir.

Sıkıyönetim Askerî Mahkemelerinin kuruluşlarından sonra da, görev yaparken bile "doğal yargı yeri" kavramına ne kadar uzak bulunduklarının bir başka örneği, bunların istenirse yine Bakanlıkça lağvedilebilmeleri ve bakmakta oldukları dosyaların istenen askerî mahkemelere aktarılabilmesidir (50).

Yetkiler

1982 Anayasasına göre, "Askerî mahkemelerin savaş ve sıkıyönetim hallerinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları (...) kanunla düzenlenir" (md. 145/3). Aynı yönde, 1961 Anayasasında da hüküm vardı (md. 138/3). Bunlar, *sıkıyönetim ilânından önce işlenen* ve *sıkıyönetim ilânına yolaçan suçlara* bu mahkemelerde bakılabileceği anlamına gelir mi?

Anayasalarımızda, askerî mahkemelerin sıkıyönetim halindeki görev ve yetkileriyle ilgili hüküm bunlardan ibaret olduğuna göre, yukarki soruya "olumlu" cevap verenlerin dayanabilecekleri anayasa kuralı da başkası olamayacaktır. Bu yönde bir cevap, çok yaygın ve yerleşmiş bir inanca da oturur: normal yollardan savuşturulamayan tehlikeler ortaya çıkmış ve sıkıyönetim ilânı gerekli hale gelmişse, bu gelişmelere yolaçan eylemlerin sanıklarının da "sıkıyönetim mahkemeleri"nde yargılanmaları akla uygundur.

Bu düşünce ve inançlar birkaç yönden karşılanabilir.

Bir kere, "savaş ve sıkıyönetim *hallerinde*" ibaresi, savaş ve sıkıyönetim *dönemlerinde işlenen suçlar* anlamına gelir.

İkincisi; sıkıyönetim olağanüstü *yönetim* biçimlerinden biridir, *olağanüstü yargılama* ya da *sıkıyargılama* demek değildir. Çünkü, yargılamanın "olağanüstü"sü ya da "sıkı"sı olamaz. Olağanüstü yönetim biçimlerine yer veren demokratik ülkelerde, bu türden mahkemelere rastlanmayışı da bunun kanıtıdır. Durum buyken, Anayasa ve "adil yargılama" ilkeleri karşısındaki konumu zaten sallantılı olan bu mahkemeleri, kurulmalarından önce işlenmiş suçlara bakmakla da görevlendirmek bütün bütüne hukukdışı bir davranıştır.

(50) Örneğin, banka soymak, adam kaldırmak gibi bazı eylemleri TCK 146 kapsamında görmeyen İstanbul 1 No'lu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesi Bakanlıkça lağvedilip, baktığı ve bakacağı dosyalar bu tür suçları TCK 146 kapsamında gören 3 No'lu mahkemeye aktarılmıştır (*Milliyet*, 16.5.1972; F. M. AMAÇ, *Dava Askeri Yargıtay'da*, İstanbul 1972, s. 125; ayrıca bkz. ilerde dn. 117).

Üçüncüsü ve asıl önemlisi, sözkonsu fıkranın"hangi kişiler ve hangi suçlar bakımından yetkili oldukarı (...) *kanunla belirlenir"* hükmünün gereğini, "sıkıyönetim ilanından önce işlenmiş suçlar" bakımından yerine getirme olanağı yoktur; bu suçların neler olduğu önceden saptanamaz, sıkıyönetimden sıkıyönetime bunlar değişir.

Oysa, gerek 1940 tarihli Örfi İdare Kanunu (md. 8), gerekse 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu (md. 13 ve 15) ve bunun 2301 sayılı kanunla değişik şekilleri (51), "sıkıyönetim ilânına neden olan olaylara ilişkin suçları" da, bunların olağan dönemlerde işlenmiş olmalarına ve bu konudaki sınırlayıcı anayasa hükümlerine bakmaksızın, "sıkıyönetim mahkemeleri"nin yargılama alanına sokmuşlardır. Bu mahkemelerde görülen davaların büyük çoğunluğu da, bu türden "eski dönem suçları"yla ilgili olmuştur. Sanıklar hakkında daha önceden olağan mahkemeler ya da adliye mahkemeleri önünde dava açılmamış olduğu halde, sıkıyönetimin ilânından sonra, askerî yargının, üstelik *sonradan kurulmuş ve özel askerî mahkemeler* biçiminde yargılama mercii olarak ortaya çıkması bütün bütüne sakattır.

Öteyandan, "sıkıyönetim ilânına neden olan olaylara ilişkin suçlar" diye özel bir suç kategorisi olmadığı ve olamayacağı için, ortada tam bir belirsizlik de vardır. Askerî mahkemelerin ve Askerî Yargıtayın sözkonusu suçları ayıklamada gösterdikleri çelişkili tutumlar da bunun kanıtıdır.

Dahası; sıkıyönetimin gerekçesini ve bölgelerini çizen Bakanlar Kurulu ile mahkemeleri kuran Millî Savunma Bakanlığı, sözkonusu yargı yeri değişikliğini de yapan merciler durumundadır; böylece siyasal organlar yargılama makamını belirlemiş olmaktadır.

Soruna bir de *"yasaların geri yürümemesi"* ilkesi açısından bakmakta yarar vardır. Çünkü burada sonradan ortaya çıkan bir hukuki durum (sıkıyönetim ilânı), önceden doğmuş bir hukuki durum ve ilişkiyi (sanık ve doğal yargıcı) değiştirmektedir. Yabancı hukuklarda ve özellikle ABD'de Yüksek Mahkeme tarafından özenle işlenen bu ilkeye Anayasa Mahkememiz de başvurmaktadır. Yasaların, anayasadan önce hukukun genel ilkelerine uygun olmaları gerektiğini vurgulayan mahkeme (52) bunların *"geleceği düzenleyici (...), yayımlanmasından önce kazanılmış hakları ortadan kaldırmayan"* kurallar koyabileceklerini belirtmiş bulunmaktadır (53). Elbette, "geriye yürümeme" ilkesi mutlak değildir. Usul yasaları ve sanık yararına olan ceza yasası değişiklikleri derhal ve geçmişe etkili olarak uygulanır.

(51) Kabul tarihi 19.9.1980 (RG. 21.9.1980-17112).

(52) E. 1963/166, K. 1964/76, Kt. 22.12.1964 (RG. 28.4.1965-11985; AYMKD, sayı 2. s. 237).

(53) E. 1963/124, K. 1963/243, Kt. 11.10.1963 (RG. 4.12.1963-11572; AYMKD, sayı 1, s. 349).

Ancak, bunu mümkün kılan varsayım, bu türden değişikliklerin kişinin hakları ve gerçeğin ortaya çıkması bakımından olumlu katkılarının bulunduğudur. Oysa burada sözkonusu olan bunun tersidir; kişinin "âdil yargılanma" hakkının daha iyi korunması değil, sivil ve genel yargıdan kopartılarak askerî ve özel yargı mercii önüne çıkartılmasıdır. Bu açıdan, ortada basit bir usul değişikliğinden öte bir durum vardır. Dolayısıyla, "geriye yürümeme" kuralının makul istisnaları bu olayda bir sığınma gerekçesi olamaz. Tam tersine, doğal yargı ve geriye yürümezlik ilkeleri birbirini tamamlayan iki güvence olarak içiçe geçmiştir (54).

"Geriye yürümezlik" ilkesinin daha da vahim bir ihlâli, sıkıyönetim dönemlerinde ve askerî rejimler altında yapılan yasa değişiklikleriyle sıkıyönetim mahkemelerinin yargı alanının, değişiklikten önce işlenmiş suçları da içine alacak şekilde genişletilmesidir.

Örneğin 12 Mart Rejimi döneminde sıkıyönetim 26.4.1971 günü ve 1940 tarihli Örfî İdare Kanununa göre ilân edilmişti. Yarı askerî rejim şartlarında çıkartılan 15.5.1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu (md. 15), eski kanunda yeralmayan pekçok suçu daha "sıkıyönetim mahkemeleri"nin yargı yetkisi alanına soktu: TCK. md. 201, 266, 268, 271, 390, 391; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar hakkında kanun; Askerî Ceza Kanunu md. 55, 56, 57, 58 ve 59; takibi şikâyete bağlı olmayan ya da şahsî dava yoluyla takibi gerekmeyen basın yoluyla işlenmiş suçlar; Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü hakkındaki kanuna muhalefetten doğan suçlar; dernekler sendikalar ve meslek kuruluşlarıyla ilgili kapatma davaları. Böylece eski Örfî İdare Kanunu yürürlükteyken, sıkıyönetim öncesinde ya da halinde bu suçları işleyenler hiçbir şekilde Sıkıyönetim Askerî Mahkemelerinde yargılanmazken, bu kanuna göre ilân edilmiş bir sıkıyönetim sırasında yapılan yasa değişikliği sonucunda, bu sıkıyönetim öncesinde işlenmiş olan ve "sıkıyönetim ilânına sebep olmuş" sayılan suçlarından dolayı da askerî mahkemeler önünde yargılandılar ve ağır cezalara çarptırıldılar.

Aynı yola, 12 Eylül Rejimi koşullarında da gidilmiştir. 1402 sayılı kanunun 2301 sayılı kanunla değiştirilen şekli, ilk metinde olmayan bazı yeni suçları da listeye eklemiştir: TCK. 191, 192, 228, 296, 448, 449, 450, 451, 452, 516, 517, 536, 537 (55). Ayrıca bu suçları "sıkıyönetim ilân"ına yolaçacak şekilde işlemiş olanların "askerî mahkemeler"-

(54) S. Donay, sıkıyönetim mahkemelerini olağanüstü yargı mercii saymamakla birlikte, ilke olarak, doğal yargıç kuralına aykırı düşecek şekilde usul yasalarının geriye etkili olmasına haklı olarak karşı çıkmaktadır (*Sanığın Hakları*, s. 81).

(55) 1402 sayılı kanunun 19.9.1980 tarih ve 2301 sayılı kanunla (RG. 21.9.1980-17112) değişik şekli.

de yargılanacakları konusunda açık hüküm getirilmesi de unutulmamıştır. Bu yasa değişikliğinin de, "kanunen tâbi olunan mahkeme" ilkesini geriye dönük bir şekilde çiğneyerek uygulandığı kolayca tahmin edilebilir.

"İrtibatlı suç" sanıkları bakımından da aynı sonuçlar geçerlidir. "Sıkıyönetim askerî mahkemelerinin elkoyduğu herhangi bir suçla, *umumî ve müşterek gaye* içerisinde irtibatı bulunan suçları işleyenlerin davalarına, *suç sıkıyönetim bölgeleri dışında işlenmiş olsa dahi*, sıkıyönetim askerî mahkemelerinde bakılır" hükmü (1402 sk., md. 13/b), sıkıyönetim bölgesi dışında işlenmiş suçların sanıkları açısından "doğal yargıç" ilkesini bozmaktadır.

Bir kere; sıkıyönetim ilân edilen yerlerde kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin önceden işlenmiş suçlara bakmaları bunca sorun doğururken, sıkıyönetim bile ilân edilmemiş bölgelerde vaktiyle işlenmiş suçların bunların yargı alanına sokulması doğal yargı ilkesini daha da zedeler. Bu yolla, "olağan yönetim altındaki bölge" ile "sıkıyönetim bölgesi" ayrımı da silinmektedir.

İkincisi; "umumî ve müşterek gaye" ibaresi, gerçekten son derece umumî ve esnek bir formülasyondur. Nitekim uygulamada, askerî mahkemelerin sıkıyönetimin ilân nedenlerine bakarak görev alanlarını çizmeleri çelişik kararlara yolaçmaktadır. Örneğin, 1402 sayılı yasanın ilk şeklinde yeralan "Sıkıyönetim Askerî Mahkemelerinin elkoyduğu herhangi bir suçla irtibatı bulunan suçlar" ibaresi, 26.4.1971 sıkıyönetimi döneminde aynı suçla ilgili farklı uygulamalara konu olmuştur. Askerî Yargıtayın bazı daireleri, sıkıyönetim öncesinde işlenmiş TCK 142 suçlarını, sıkıyönetimin ilân sebebi olan "eylemli kalkışma" kapsamında görmeyip, "görevsizlik" kararlarını onarken (56), başka dairelerden aksi yönde kararlar da çıkabilmiştir (57).

Bu çelişik kararlara rağmen, Askeri Yargıtayın, daha yasa değişikliği öncesinde bir "umumi ve manevi irtibat" kavramına sarıldığı ve bununla "geniş anlamda ilgisi olan suçları" sıkıyönetim yargısı içine kattığı söylenebilir.(58) Böylece yasa değişikliğiyle "umumi ve müşterek gaye" ibaresinin eklenmesi, sınırlayıcı değil, aksine geniş yorumlamayı kolaylaştırıcı bir işlev yüklenmiştir.

"Sıkıyönetim ilânından önce işlenmiş ve sıkıyönetimin ilânına yol-

(56) *Ask. Yrg.*, 4. D., 28.9.1971, E. 398, K. 400 ve E. 392, K. 408 (T. LÜLECİ/H. ÖZBAKAN, *Askerî Yargı İle İlgili Kanunlar ve İçtihatlar*, c. II, Ankara, s. 1240-1241).

(57) *Ask. Yrg.*, 3. D., 26.10.1971, E. 408, K. 444 (*aynı kaynak*, s. 1248).

(58) *Daireler Kurulu*, 23.10.1971, E. 80, K. 78; 23.10.1971, E. 81, K. 79; 19.11.1971, E. 89, K. 87; 17.12.1971; E. 97; K. 96; 7.1.1972, E. 3, K. 3; 24.3.1972, E. 18, K. 18; 31.3.1972, E. 21, K. 21 (T. LÜLECİ/H. ÖZBAKAN, c. II, s, 1246-1247, 1255-1257).

açmış suçlar"ın sıkıyönetim askerî mahkemelerinin görev ve yetki alanına girmesinin doğal yargıç ilkesi karşısındaki durumu konusunda, biri Anayasa Mahkemesinin öbürü Yargıtayın olmak üzere iki yüksek mahkeme kararına değişmek de ilginç olacaktır.

Anayasa Mahkemesi bugüne kadar bu konunun Anayasa ve doğal yargıç ya da kanunî hâkim güvencesi ilkeleri karşısındaki durumunu inceleme olanağı bulmamıştır. Buna karşılık mahkemenin, sıkıyönetim askerî mahkemelerinin sıkıyönetimin kalkmasından sonra da ellerindeki dosyalarla sınırlı olarak göreve devam edebileceklerini öngören yasa hükmünü iptal ederken yürüttüğü mantık buradaki konuya da ışık tutabilir. Anayasa Mahkemesi bu kararında, olağanüstü yol ve tedbirlerin olağanüstü zamanla sınırlı olduğu, sıkıyönetimin kalkmasıyla askerî mahkemelerin de "bir kimsenin tâbi olduğu mahkeme" olmaktan çıktığı, bunların göreve devamının 1961 Anayasasının 32. maddesine ters düşeceği görüşünü ileri sürmekteydi (59). Bu mantık, sıkıyönetim öncesinde işlenen bazı suçların sıkıyönetim askerî mahkemelerinin görev ve yetki alanına girmesini öngören yasa hükmü açısından da geçerli olmalıdır. Çünkü sıkıyönetim öncesi de bir "olağan" dönemdir ve bu dönemde işlenen suçlara bakmakla yetkili doğal yargı yerleri bellidir. Sıkıyönetim yargısı olağanüstü dönemle sınırlıysa, sıkıyönetim sonrasına olduğu gibi sıkıyönetim öncesine de taşmamalıdır. Yoksa, *sıkıyönetim döneminde işlenmiş suçlara* bile, sıkıyönetimin kalkmasından sonra artık olağan mahkemelerde bakılmasını gerekli gördükten sonra, sıkıyönetimden önce işlenmiş bazı suçların davalarına sıkıyönetim süresince askerî mahkemelerce bakılabileceğini ileri sürmek büyük bir çelişki olur.

Askerî Yargıtay kararına gelince, bu karar konumuzla daha doğrudan doğruya ilgilidir: *"...Örfî İdare Mahkemeleri, kurulmalarından önce işlenen her suça değil, sadece kurulmalarına sebep olan suçlarla, kurulmalarından sonra irtikap edilen bir kısım suçlara bakmakla görevli ve yetkili kılındıkları, bu hal bir bakıma mahkeme merciini yani tabiî hâkimi önceden belli etme mahiyetinde olduğu cihetle, Örfî İdare Mahkemelerinin suç tarihinden sonra kurulmuş olmalarına rağmen, kurulmalarından önce işlenen suçlarla ilgili davalara bakabilmelerinin tabiî hâkim ilkesine, dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin iddialar varit ve şayanı kabul değildir.* (60)"

Bu kararın asıl dikkat çekici noktasına geçmeden önce iki yanılgıya işaret etmek gerekir. Birincisi, "Örfi İdare Mahkemeleri(nin) ... kurulmalarına sebep olan suçlar" ifadesidir. Buradaki yanlışlık apaçık

(59) E. 1971/31 K. 1972/5, Kt. 15-16.2.1972 (AYMKD, sayı 10, s. 189).

(60) *Ask. Yrg.* 4. D., 15.12.1970, E. 556, K. 598 (T. LÜLECİ/H. ÖZBAKAN, c. II, s. 1234) (abç). Karar, 1940 tarihli kanun yürürlükteyken verildiğinden "Örfi İdare Mahkemeleri" terimi kullanılmıştır.

ortadadır; yasanın ifadesi "sıkıyönetim ilânına sebep olan suçlar"dır. Kaldı ki, sıkıyönetim ilânı sıkıyönetim askerî mahkemelerinin kurulmasını zorunlu kılmaz. İkincisi, Akerî Yargıtay'ın kendini Anayasa Mahkemesi rolünde görmesi yanılgısıdır. Dava mahkemelerinin ya da temyiz mercilerinin "anayasaya aykırılık itirazı" karşısındaki rolleri bir "Anayasa Mahkemesi" gibi davranmak değil, itirazın "ciddî" olup olmadığını araştırmak ve buna göre karar vermekten ibarettir.

Bu, noktalar bir yana, yukarki kararın asıl dikkat çekici yanı, bu kararda sıkıyönetim askerî mahkemelerinin "tabiî hâkim" ilkesi karşısındaki durumunu değerlendirmek için kullanılan *"bir bakıma"* ibaresidir. Başka hiçbir şey, bu ibarenin ikircikliliği kadar, varılan sonuçtan duyulan kuşkuyu daha iyi ortaya seremezdi. Sözkonusu mahkemelerin, sıkıyönetimin ilânından önce işlenen bazı suçların sanıkları bakımından "tabiî hâkim" ya da "kanunen tâbi olunan mahkeme" kavramlarına uygunluklarının ne kadar kuşkulu olduğu bu karardan da açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca bu mahkemelerin "suç tarihinden sonra kurulmuş" olduklarının kabulü ve tescili de, hem bazı yazarların yukarda eleştirilen görüşlerini (Kunter) bir kez daha çürütmekte, hem de "olağanüstü mahkeme" teşhisini doğrulamaktadır.

Sanığın Hakları

Yukarda varılan sonuçlar bir de sanığın hakları yönünden irdelenmelidir. Çünkü "doğal yargıç", kişiler için de bir hak ve güvencedir. Nitekim 1982 Anayasası bir yenilik olarak, "kanunî hakim *güvencesi"* terimini kenar başlıkta kullanmıştır (md. 37). Bu güvence, sanığın hangi mahkeme önünde yargılanacağını *önceden* ve *kesin olarak* bilebilmesini gerektirir. Bu, Adalete güvenebilmenin önkoşuludur.

Anayasa Mahkemesi bu konuda şöyle diyordu: *"...Sıkıyönetim bölgesinde suç işleyen kişi,* hangi suçu işlerse askerî mahkemece yargılanacağını kanun hükmü ile önceden bilebilecek duruma getirilmemişse, askerî mahkeme bu kişi için, kanunen tâbi olduğu mahkeme olarak düşünülemez. Demek ki, inceleme konusu hüküm, sıkıyönetim halinde de Anayasanın kanuni mahkeme ilkesini koruduğu gözönünde tutulmadığı için, Anayasanın değişik 32. maddesiyle de çelişir durumdadır". Burada sözü geçen hüküm, Sıkıyönetim Komutanına yargı yerini saptama yetkisi tanıyan 1402 sayılı kanunun 15. maddesiydi. Yüksek Mahkeme bunun *"yasa ile düzenleme"* kavramına ters düştüğünü belirttikten sonra, bu hükümle "askerî mahkemelerin veya genel mahkemelerin yetkili olabilmeleri sıkıyönetim komutanının isteğine ve değerlendirmesine bırakılmıştır" diyordu (61).

(61) E. 1971/31, K. 1972/5, Kt. 15-16.2.1972 (RG. 14.10.1972-14336; AYMKD, sayı 10, s. 183-184).

Bu kararda altı çizili iki nokta son derece dikkat çekicidir. Birincisi, *"sıkıyönetim bölgesinde suç işleyen kişi"*den sözedilmiş olmasıdır. Yani Yüksek Mahkeme, sıkıyönetimin ilânından sonra ve bu bölgede işlenen suçların sanıkları bakımından bile sözkonusu düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmaktadır. Bu mantığın sıkıyönetimden önce işlenmiş suçların sanıkları bakımından öncelikle (evleviyetle, a fortiori) geçerli olması kaçınılmazdır. Herhalde, ortada sıkıyönetim yokken suç işlemiş bir kişinin yargılanacağı mahkemeyi önceden ve kesin olarak bilme hakkı, sıkıyönetim bölgesinde suç işlemiş kişininkinden daha az korunmaya lâyık değildir. İkinci nokta da, sıkıyönetim komutanına tanınan yetkinin *"yasa ile düzenleme"* ilkesini bozduğudur. O zaman şu soru sorulmalıdır: Kişinin yargılanma yerini değiştiren işlemleri yapan organlar sıkıyönetimi ilân eden ve gerekçesini koyan Bakanlar Kurulu ile yeni mahkemeleri oluşturan Millî Savunma Bakanlığı olunca, "yasa ile düzenleme" ilkesi bozulmuş olmamakta mıdır? Hiç kuşku yok, bu ilke de çiğnenmiş durumdadır. Buradaki talihsizlik, sıkıyönetim öncesinde işlenen bazı suçların bu mahkemelerde yargılanmasını öngören yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi önüne getirilmemiş olması, bugün de sözkonusu düzenlemenin bir MGK patenti taşıması nedeniyle (1982 AY. Geçici md. 15) bu yolun kapalı sayılmasıdır.

Böylece, normal zamanda suç işleyen kişi, hangi mahkemede yargılanacağını *önceden* ve *kesin olarak* bilebilme olanağına sahip değildir. Normal düzen sürüyorsa sorun yoktur. Ama, suçtan az ya da çok sonra ülkenin herhangi bir yerinde sıkıyönetim ilân edilmişse askerî mahkeme önünde yargılanabilecektir. Bu suretle, sıkıyönetimle birlikte, bütün ülkeyi ve çok eskiden işlendiği halde sıkıyönetim ilânına sebep olmuş (!) sayılan kimi suçları da içine alan geniş bir askerî yargı ağı örülür (62). Yinelemek pahasına belirtelim ki; bu büyük değişikliği doğuran organ ve kararlar siyasî ve idarî niteliktedir: Bakanlar Kurulu'nun ilân, TBMM'nin onay, MSB'nin de mahkeme kurma kararları ve işlemleri.

Ayrıca "sıkıyönetim ilânına neden olan olaylara, ilişkin suçlar"ın neler olduğunu da önceden bilmeye olanak yoktur. Böylece, TBMM'nin bir "yasa" ile bile bozamayacağı "kanunî hâkim güvencesi" bu yolla zedelenmiş olmaktadır. Sonuç her yönüyle kişinin yargısal güvence haklarının çiğnenmesidir. Hem sıkıyönetimin ilânından önce işlenmiş ve sıkıyönetimin ilânına yolaçtığı sonradan kabul edilmiş suçların, hem de irtibat halinde işlendiği kabul edilmiş suçların sanıkları bakımından durum budur.

(62) "Sıkıyönetimin ilânından en çok üç ay önce işlenmiş suçlar" (1402 sk. md. 13) şeklindeki sözde sınırlama, "suçun temadi ettiği" gerekçesiyle, eski tarihli eylemlerin bile askerî yargı alanına çekilmesine engel olamamaktadır.

Özetlersek; sıkıyönetimin ilânından önce, yani "olağan" zamanlarda sivillerin işlediği suçlarla ilgili doğal ya da yasal yargı yeri, Anayasa md. 145/2'de gösterilen çok sınırlı istisnalar dışında, adliye mahkemeleridir, olağan mahkemelerdir. Sıkıyönetim Kanununun "sıkıyönetimin ilânına sebep olan suçlar" kategorisi koyarak bunları da sıkıyönetim askerî mahkemelerinin yargı alanına katması, olağan dönemde sivil kişilerin işlediği suçlar bakımından *"doğal yargı yeri"* ya da *"kanunen tâbi olunan mahkeme"* ilkelerine aykırıdır. Yasadan doğan bu uygulama, sivil kişiler açısından *"kanunî hâkim güvencesi"*ne (AY. md. 37), *olağan dönem/olağanüstü dönem* ayrımına ve *yasaların geriye yürümezliği* kuralına da açıkça ters düşmektedir.

Sıkıyönetimden Sonra Sıkıyönetim Mahkemeleri

MGK tarafından 19.9.1980 tarih ve 2301 saylı kanunla değiştirilen Sıkıyönetim Kanununun 23. maddesi sıkıyönetimin kalkmasından sonra da sıkıyönetim askeri mahkemelerinin ellerindeki dosyalarla sınırlı olarak göreve devam etmelerini öngörmektedir. Bu hüküm kanuna ilk olarak 13.5.1971 tarihli yasa değişikliğiyle konmuş ve Anayasa Mahkemesi tarafından da şu gerekçeyle iptal edilmişti:

"Bu hüküm (AY. md. 138/3), aynı zamanda askerî mahkemelerin sıkıyönetim yönünden yetkilerinin, sıkıyönetim devam ettiği süre ile sınırlı bulunduğu ve sıkıyönetim kaldırılınca bu yetkinin de sona ereceği kuralını kendi içinde taşır. Olağanüstü durum artık yoksa, olağanüstü yolların ve tedbirlerin de sona ermesi ve olağan hukuk düzeninin tüm gerekleriyle geri gelmesi doğaldır. Sıkıyönetim, kalkınca askerî mahkemeler artık sıkıyönetim suçları ve suçluları yönünden 'bir kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkeme' niteliğini yitirir ve sıkıyönetime özgü yetkileri uzatmakla 'bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulması' gibi bir yola gidilmiş olur. Böylece, Anayasanın değişik 32. maddesi hükümleriyle de çatışma ve çelişme durumu ortaya çıkar."(63)

Bugünkü hukukî veriler de o tarihtekilerin tıpkısıdır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra yapılan Anayasa değişikliğiyle sözkonusu hüküm bir Anayasa kuralı haline getirilmiş (1973) ve böylece Anayasaya aykırılık durumu şeklen ortadan kaldırılmış, bu durum Anayasa Mahkemesince de böyle kabul edilmişti (64). Ama bu yönde bir hüküm 1982 Anayasasında yeralmamıştır. Bunun bir "unutma"dan mı kaynaklandığı, yoksa bilinçli bir tercihi mi yansıttığı

(63) E. 1971/31. K. 1972/5, Kt. 15-16.2.1972 (AYMKD, c. 10. s. 189) (abç).
(64) E. 1973/13, K. 1975/87, Kt. 15.4.1975 (AYMKD sayı 13, s. 448 vd.).

(65) konusu çok önemli değildir. Önemli olan bugün, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermiş olduğu 1972'deki duruma geri dönülmüş olmasıdır. Yani, sıkıyönetim mahkemelerinin sıkıyönetimin kalkmasından sonra ellerindeki dosyalarla sınırlı olarak da olsa göreve devam etmelerini öngören bir yasa hükmü vardır, ama bunun anayasal karşılığı ve dayanağı yoktur. Dolayısıyla bu tablodan çıkan hukukî sonuç da 1972'dekinin aynıdır ve sözkonusu yasal düzenleme Anayasaya kesin olarak aykırıdır. Ne var ki, 1402 sayılı yasanın değişik 23. maddesi bir MGK yasası olduğundan, Anayasa Mahkemesine gönderilememekte (AY. Geçici md. 15), bu konuda yapılan anayasaya aykırılık itirazları da sıkıyönetim mahkemeleri tarafından bu gerekçeyle geri çevrilmektedir. Fakat bu biçimsel engel, bu mahkemelerin sıkıyönetimin kalkmasından sonra ellerindeki dosyalarla sınırlı olarak da olsa göreve devam etmelerinin "kanunî hâkim güvencesi" (md. 37) ile bu mahkemelerin görev sürelerini sıkıyönetim süresiyle sınırlayan hükme (1982 AY. md. 145/3, 1961 AY. md. 138/3) açıkça aykırı düştüğü gerçeğini örtbas etmeye yetmez (66).

"Doğal yargıç" ilkesi başlığı altında değinilen hususlar, Türk yargılama hukukunda bu en temel güvencenin bile nasıl etkisiz kaldığını açıkça göstermiş olmalıdır. Dolayısıyla, insan hakları ihlâllerinde Yargı alanının payına düşen sorumlulukların başında, henüz "doğal yargıç" ya da "kanunî mahkeme" kavramlarına denk düşen bir yargılama sisteminin bile oluşturulamamış olması gibi bir büyük kusur gelmektedir. Sıkıyönetim askerî mahkemeleri kaynaklı mahkûmiyet kararlarının çokluğu gözönüne alındığında sorunun vahameti daha da iyi ortaya çıkmaktadır. Aynı davanın sanıklarının askerî yargıda yargılanmaları durumunda aynı suç için daha ağır cezalara çarptırılmaları (SYK. md. 17) ya da sıkıyönetim mahkemesinde yargılananların ağır cezalar alırken dosyaları adliye mahkemelerine aktarılanlar hakkında soruşturma bile açılmaması (DİSK davası sanıkları) ya da bu mahkemelerde yargılananların aklanması (TÖB-DER davası sanık-

(65) 1982 Anayasası kendinden önceki kurum ve ve düzenlemelere bir tepki niteliğindedir ve anayasa koyucusu da hukuk normlarında sıkı bir tarama yapmıştır. Bu nedenle, 1961 Anayasasının Geçici 21. madde hükmünün gözden kaçırılmış olduğu da düşünülemez. Bu hükme yeni anayasada yer verilmemekle, sıkıyönetim mahkemelerinin AY md. 145'deki görev sürelerinin sıkıyönetimle sınırlı oluşu kesin olarak kabul edilmiştir(B DOĞANAY, "Olağanüstü dönemden notlar: sıkıyönetim mahkemeleri", *Türkiye'nin Sorunları Dizisi* 2, Alan yay., İstanbul 1987, s. 162).

(66) bkz. B. TANÖR, "Sıkıyönetim sonrasında askerî mahkemeler", *Saçak*, sayı 24, Ocak 1986.

ları), "doğal yargı" kavramının bir süs olmadığını vurgulayan örneklerdir (67).

3) BAĞIMSIZLIK, TARAFSIZLIK VE GÜVENCELER

Yargı organının insan haklarının korunmasında rol oynayabilmesi için bağımsız, tarafsız ve güvenceli olması gerekir. Özellikle disiplinli siyasal partilerin ve çoğunlukların parlamentolara hâkim olduğu çağımızda, iktidarın taşkınlıklarının önlenmesinde yargının rolü, her zamankinden daha fazla önem kazanmıştır. Bu rol, özellikle anayasa mahkemeleri ve idare mahkemeleri açısından altı çizilmeye değer önemdedir. Dolayısıyla yargı bağımsızlığı, kuvvetler ayrılığı ilkesinin de özünü oluşturmaktadır Bu bağımsızlık pasif bir kavram, sadece yargı organının dışardan karışmalara karşı korunmasından ibaret bir güvence değildir. Bağımsızlık güvencesinin asıl göstergesi, Avrupa İnsan Hakları Divanının 27.6.1968 tarihli *Neumeister* davasında işaret ettiği gibi, "yürütme gücüne karşı tamamen bağımsız olma" noktasında billürlaşır. "Mahkeme" kavramının tanımında kilit nokta budur.

Türkiye, yargı bağımsızlığı açısından zengin bir tarihsel mirasa sahip sayılamaz. İdare ve yargı örgütleri arasında bir ayrılığa yervermeyen İslâm geleneği, monarşik dönemle oluşan ve Cumhuriyetle de devam eden "müttehid iktidar pratiği", "yaygın ve kapsayıcı bir otorite alışkanlığı", "siyasal iktidarın misyoner bir tutum içinde olma özelliği" gibi olumsuzluklar bunda büyük pay sahibidir (68). Yine de, Türkiye'de yargı organı 1961 Anayasası ile "bağımsızlık" ve "yargıç güvencesi" konusunda önemli kazançlar elde etmişti. 1971-1973 Anayasa değişiklikleri bu alanda bazı gerilemelere yolaçtıysa da (69), 1961-1980 döneminde, sıkıyönetim mahkemeleri ile DGM gibi "doğal yargıç" ve "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkelerine ters düşen iki önemli alan dışında, hiç değilse genel ve olağan yargının bağımsızlığı ve güvenceleri korunmuştu. Bu durum, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ile insan hakları açısından önemli bir sığınak oluşturuyordu.

Bugün ise bağımsızlık sorunu, 1960 öncesini hatırlatır biçimde ye-

(67) Genel Kurmay Başkanlığı'ndan yapılan açıklamaya göre 26.12.1978 ile 1.11.1985 tarihleri arasında sonuçlandırılan 44.507 dosyada 13.603 beraat, 15.897 mahkumiyet kararı verilmiştir. Mahkumiyet kararları arasında 429 idam (32 onama) ve 630 ömürboyu hapis cezası bulunmaktadır (*Cumhuriyet*, 1.1.1986). TÖB-DER davalarındaki farklı kararlar için bkz. H. ÇELENK, *Hukuk Açısından TÖB-DER Davası*, Eğit. Der yay., Ankara 1990.

(68) C. OKTAY, "Bağımsız yargı ve çoğulcu demokrasi", *Yeni Gündem*, "Demokrasilerde" eki, sayı 2, s. 10-11.

(69) bkz. B. TANÖR, "12 Mart rejimi Anayasa değişiklikleri", *Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı Armağanı*, AÜSBF yay., 1978, s. 419-438.

niden gündemdedir. Yüksek mahkeme başkanlarının açıklamaları, basında çıkan haber ve yazılardan yükselen yakınma ve eleştiriler bunun tanığıdır. Bu duruma yeniden nasıl gelinmiştir? Bunun, biri *genel*, öbürü *özel* olmak üzere başlıca iki nedeni olduğu söylenebilir. Genel neden, 1980'den sonra yargı organına getirilen yeni statünün genel/olağan yargının bağımsızlığını büyük çapta zedelemiş olmasıdır. İkinci ve özel neden ise, askeri rejimin ve askerî yargının son 10 yılın adalet dağıtımına damgasını vurmuş olmasıyla ilgilidir.

Genel Olarak

Yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından dikkati çeken ilk sakınca, bu organın üst kuruluşlarında görev yapanların Cumhurbaşkanı tarafından seçilip atanmasıdır. Cumhurbaşkanı; Anayasa Mahkemesi (md. 146/2), Askerî Yargıtay (md. 156/2), Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (md. 157/2) ve Hâkimler ve Savcılar Yüsek Kurulu (md. 159/2) üyelerini kendisine sunulan adaylar arasından, Danıştay üyelerinin dörtte biri ile (md. 155/3) Cumhuriyet Başsavcısı ve vekilini (md. 104/c) bizzat seçer ve atar. Cumhurbaşkanının devletin başı olması ve tarafsız sayılması, onun yürütmenin de başı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Böylece, sayılan yetkiler, yargının üst kuruluşlarının *yürütmeye bağımlılığına* yolaçan ilk adımlardır. Gerçi, ABD ve Fransa gibi ülkelerde de devlet başkanlarının buna benzer yetkileri yok değildir. Ancak bu ülkelerde yargı bağımsızlığı, demokrasi ve insan haklarıyla birlikte iki yüzyıldır kök salmış olduğu gibi, yargıçların bağımsızlığını ve güvencelerini sağlayan çeşitli kurum ve mekanizmalar da etkin bir şekilde işlemektedir (70). Türkiye'de ise 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanını bazı yüksek yargıçların belirlenmesinde "tek seçici" durumuna getirmiş olması, büyük ölçüde, "partisiz şahsiyetler"in bu makama gelecekleri varsayımına dayanmış görünmektedir. Oysa, Cumhurbaşkanının parti kökenli olması durumunda (ki, demokratik düzende en olağan seçenek budur), yukarda değinilen sakıncaların katlanarak artacağı belliydi. Nitekim T. Özal Cumhurbaşkanı seçildikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı atamalarla, bu kaygıların boşuna olmadığını doğrulamıştır. Bu yetkilerin Cumhurbaşkanının elinde toplanmasının, bu kişinin kendi seçtiği yargıçlar (Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi) önünde yargılanması olasılığı gibi bir paradoksu da içinde barındırdığına bu arada işaret edilebilir.

(70) M. DUVERGER, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 16 è éd., PUF, Paris 1980, p. 202-208.

Bir sorun da *yargı birliği/ayrılığı* konusundadır. Dünyanın pekçok ülkesinde olduğu gibi Türkiye'de de tam bir yargı birliği değil, yargı ayrılığı ilkesi benimsenmiştir. Bunun temeli de adlî/idarî yargı ayrımıdır. Bazı haklı nedenlerle ortaya çıkmış olan bu ayrılığın ötesinde, adlî yargı ya da idarî yargı içinde yaratılan yeni bölünme ve ayrılıklar ise, bunların haklı nedenlere dayanıp dayanmadıkları tartışması bir yana, yargı bağımsızlığı açısından sorunlar yaratmaktadır. Adlî yargı ile idarî yargının kendi iç bütünlüklerinin bozulması, bunların parçalara bölünerek zayıflamasına, bu parçaların da dış müdahalelere karşı daha geçirgen hale gelmesine yolaçmaktadır. Öyle ki, bütünden kopan herbir parça, yürütmeye daha açık ve genel yargı ilkelerine daha uzak bir kimlikle ortaya çıkmaktadır. Adlî yargıda bir de "askerî yargı" diye ayrı bir kesimin varlığı ve bunun sivilleri de yargılayabilmesi bu konuda ilk akla gelen en tehlikeli uygulamadır (71). Adlî yargıda DGM'ler, idarî yargıda da Askerî Yüksek İdare Mahkemesi de aynı kapsamda düşünülmelidir.

Bu genel hatırlatmalardan sonra, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi konusunun en canalıcı noktası olan *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu* (HSYK) üzerinde durmak gerekir. Önce bir MGK yasasıyla (72), sonra da Anayasa (md. 159) tarafından düzenlenen HSYK, adlî ve idari yargıda görev yapan yargıç ve savcıların meslek yaşamları açısından kilit organ durumundadır. Mesleğe alma, atama, nakletme, yükseltme, disiplin cezaları verme, meslekten uzaklaştırma, kadroları dağıtma ve kaldırma, mahkemelerin yargı çevrelerini değiştirme gibi konularda, bu kurul yetkili ve görevlidir. Kurul, ayrıca Anayasa ve yasalarda kendine verilen başka görevleri de yerine getirir. Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'a üye seçmek bunların en önemlileridir.

HSYK'nın durumunu, eski Anayasa dönemindeki düzenlemelerle karşılaştırmak ilginç olacaktır. 1961 Anayasası döneminde, sadece adlî yargı hâkimlerinin özlük işlerine bakmakla görevli olan Yüksek Hâkimler Kurulu 11 asıl ve 3 yedek üyeden, savcılarla ilgili olarak benzeri yetkilere sahip olan Yüksek Savcılar Kurulu da 7 asıl ve 2 yedek üyeden oluşurken, 1982 sistemindeki HSYK sadece 7 asıl üyeden oluşan ve yalnız adliye yargıçlarıyla değil, adliye savcıları ile ve idari yargı yargıç ve savcılarıyla ilgili konularda da yetkili olan tek

(71) "Hem sivil toplum anlayışı ve çağdaş devlet tipoloüsi ile, hem de bu değerlerin oluşturduğu çağdaş hukuk anlayışı ile bağdaşmayan bir olgu, sivil ve askerî olmak üzere iki başlı yargının Anayasamızın ve dolayısıyı ile devletimizin örgütlenmesi içinde yer almasıdır" (Yargıtay Başkanı A. Coşar'ın 1988-1989 adlî yılını açış konuşmasından, *Cumhuriyet*, 7.9.1988).

(72) 2461 sayılı ve 13.5.1981 tarihli Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu (RG. 14.5.1981-17340).

kuruldur. Eski dönemde toplam 18 asıl üyeli iki ayrı kurulun sadece adlî yargı yargıç ve savcılarıyla ilgili alanda gördükleri görevi, bugün idarî yargı mensuplarını da içeren daha geniş bir alanda sadece 7 asıl üyeden oluşan bir kurul üstlenmiştir.

Yeni sistemde yargıçlarla savcıların özlük durumlarının aynı kurulun yetki çerçevesi içinde toplanması da dikkat çekicidir. Bunlar arasındaki işlev farklarını silen bu yaklaşımın, savcıları yargıçların sahip oldukları ya da sahip olmaları gereken güvenceli duruma yaklaştırmak yerine, yargıçları savcılarınkine yaklaştırmak anlamına geldiği açıktır; buna az ilerde değinilecektir. Burada şimdilik belirtilmesi gereken nokta, bu yöndeki yakınlaştırmanın 1980 öncesi Türk hukuk uygulamasının ihtiyaç duyduğu bir aranış olmadığı, tamamıyla 12 Eylül askerî yönetiminin sübjektif, kişisel ve yargıya kuşkuyla bakan tutumundan kaynaklandığıdır (73).

İdarî yargı mensuplarının da HSYK'nın yetki alanı içine çekilmesi idarî yargı açısından özel sakıncalar getirmiştir. Bu yolla idarî yargı örgütü Adliye'den ayrı bir düzen olma niteliğini kısmen yitirmektedir. Dahası, yürütmeyi ve idareyi yargılamakla görevli kişilerin, şimdi görüleceği gibi, yürütmenin damgasını taşıyan bir kurulun otorite ve denetimi altına sokulmuş, yürütme önünde bağımsızlıklarından da çok şey yitirmiş olmalarıdır (74).

HSYK, Adalet Bakanı (Başkan), bakanlık müsteşarı (doğal üye) ve 5 yargıçtan oluşur. Yargıç üyeler, Yargıtay ve Danıştayın göstereceği adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilir ve atanır. 1961 sisteminde Yargıtay Genel Kuruluna ait olan seçme yetkisinin yeni sistemde "aday gösterme" ye indirgenmesi yüksek yargıçlara karşı güvensizliğin izlerini taşımaktadır. Seçme işiyle yürütmenin başının yetkili kılınmasının yargı bağımsızlığı açısından taşıdığı sakıncalar da meydandadır. Cumhurbaşkanının parti kökenli olması durumunda (ki normal olan da budur). sakıncaların daha da artma olasılığı yüksektir. Öteyandan Kurul'un başkanlığını Adalet Bakanının yapması, müsteşarının da doğal üye sayılması, yürütmenin kurul içindeki inisiyatifini ve etkisini daha da doğrudanlaştırmaktadır (75).

(73) Devletbaşkanı K. Evren, HSYK'nın ilk üyelerini kabulü sırasında şöyle diyordu: "Ben yüksek hâkimlerle savcıları ayrı mütalaa etmem(...). Savcıları tayin eden kurul ayrı, hâkimleri tayin ede kurul ayrı olamaz (...). Öyle hadiseler olmuştur ki, o bölgede bulunan savcı arkadaşımız Yüksek Savcılar Kurulu tarafından görevinden alınmış, ama aynı suçu işleyen hâkim arkadaş alınmamıştır. Bu gibi çapraz işler artık ortadan kalkacaktır"(*Milliyet*, 2.6.1981).

(74) L. DURAN, *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, s. 225-226; N. ARAS, "Yeni Yasalar ve Danıştay", *Milliyet*, 4.6.1981; C. ERKUT, "İdari Yargı Teşkilâtı ve Personeli", İHİD, yıl 6, sayı 1-3 1985, s. 77-94.

(75) A. KILIÇOĞLU, "Yargının sorunları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987/5-6, s. 663-666.

Kurul'un çalışma biçimi, yapısından doğan sakıncaları katmerlemektedir. Bunlardan bazılarına işaret eden Yargıtay Başkanı A. Coşar'ın vargıları altı çizilecek önemdedir: "Kendisine ait bir binanın olmaması nedeniyle kurul toplantılarının Adalet Bakanlığı binasında yapılması, yine kurulun kendisine bağlı bir sekretaryasının, özerk bir bütçesinin bulunmaması ve özellikle kurul üyelerinin aslî görevleri ile ilişkilerinin kesilmemesi (...), *yargı bağımsızlığına ve çağdaş düzenlemelere ters düşen* başlıca olumsuz yanlardır." (76) Gerçekten de, ayrı bir örgütü, özerk bütçesi, binası, hatta sekretaryası bile bulunmayan ve işleri bakanlık memurlarınca görülen kurulun, bakanlık merkez örgütünün herhangi bir biriminden pek farkı bulunmamaktadır. Kurulun çalışmalarında açıklık (aleniyet) ve saydamlık da yoktur. Örneğin, İtalya'daki YHK (AY md. 104-110) "gün ışığında demokrasi" ilkesi uyarınca çalışmalarını açık (alenî) olarak yürütürken (77), Türkiye'deki HSYK faaliyetlerini gizlilik perdesi arkasında gerçekleştirmektedir.

Üstelik, HSYK'da adeta bir "ek görev" yapan yargıç üyelerin kurul dosyalarını bilmeye, kararların oluşumuna katılmaya ne zamanları, ne de olanakları vardır. Karar taslakları ve bunlara dayanak olan bilgiler bakanlık görevlilerince hazırlanmakta, yargıç üyelere de bir "onay makamı" (78) rolünden başkası düşmemektedir. Bu "onaylama"nın adeta bir "formalitenin yerine getirilmesi" işine dönüştüğü, özellikle yüzlerce yargı mensubuna yer değiştirten kararların kolayca imzalanabilmesinden anlaşılmaktadır. 1988-1989 Adalet Yılını açış konuşmasında, "HSYK'nın sayısal ağırlığının yargıçlar lehine olmasına karşın, bu ağırlığın kurulun tasarruflarına yansımadığı da yargı çevrelerinde egemen bir görüştür" diyen Yargıtay Başkanı bu gerçeğe de işaret etmiş bulunuyor. Kurul'un yürütmeye bağımlı karakterinin yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi bakımından yarattığı sakıncalar Anayasa Mahkemesi Başkanı (79) eski Yüksek Hâkimler Kurulu Başkanı (80), yüksek yargıçlar ve Cumhuriyet Başsavcısı (81) tarafından açıkça ortaya serilmiştir.

(76) "1987-1988 Adalet Yılı Açış Konuşması", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987/4 (abç).

(77) S. SELÇUK, *Çürültmeler*, s. 26.

(78) Z. ÜSKÜL, "1982 Anayasası döneminde yargı bağımsızlığı ve yargıç teminatı üzerine bazı düşünceler", *Eskişehir Anadolu Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi*. c. VI, sayı 2, 1988, s. 434-437; "Bu kanun değişmeli", *Mülkiye*, Mülkiyeliler Birliği İstanbul Şubesi yayını, 1989, s. 28.

(79) Başkan M. Çuhruk'un, Anayasa Mahkemesinin 27. Kuruluş yıldönümü dolayısıyla yaptığı konuşma (*Milliyet*, 26.4.1989).

(80) M. BUDAK, "1982 Anayasasında yargının yeri", *Cumhuriyet*, 14.10.1988.

(81) İ. DOĞANAY, "Hakim teminatı nasıl elden gitti?", *Milliyet*, 15.11.1986; M. KAYA, "Yüksek Hâkimler Kurulu yeniden kurulmalı", *Milliyet*, 7. 6.1988; N. ÜNVER, "Yürütme ve yargı", *Cumhuriyet*, 6.9.1988, Cumhuriyet Başsavcısı F. Çilingiroğlu ile görüşme (*Milliyet*, 24.6.1989).

Nihayet, daha da vahimi, yapısı ve işleyişi bakımından siyasî ve idarî etkilere sonuna kadar açık bulunan, ama yargı üzerinde etkili olan bu kurulun kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmış olmasıdır (82). 1961 Anayasası döneminde buna benzer kurulların (Yüksek Hâkimler Kurulu ile Yüksek Savcılar Kurulu) idarî organ niteliğinde oldukları, bunların verdikleri kararların idari karar olduğu konusunda ne yasama belgelerinde, ne hukuk doktrininde, ne de mahkeme kararlarında (özellikle Anayasa Mahkemesi) bir kuşku vardı (83). Bugünkü HSYK'nin da idarî bir organ olduğu ve kararlarının idarî nitelik taşıdığı açıktır (84). İdarî kararların yargı denetimi dışında tutulmasının ise hukuk devleti ilkesine aykırılığı meydandadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, eski Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı yasaklayan bir anayasa değişikliğini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 6) ile 1961 Anayasasında (md. 2) yeralan "insan hakları ilkesi"ne ve yargısal başvuru haklarına olduğu kadar, "hukuk devleti" ilkesine de aykırı bularak iptal etmişti (85). Yüksek Savcılar Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatan bir Anayasa değişikliği bile yine bu yaptırımla karşılaşmış ve iptal edilmişti (86). Yüksek Mahkemenin bu kurulların kararlarına karşı yargı yolunu kapatan yasaları üstelik anayasa değişikliklerini hukuk ilkeleri ve insan haklarına aykırı bulup iptalinden sonra, bugünkü "yargı yoluna başvuru yasağı"nın hukukdışılığı üzerinde uzun uzadıya durmaya gerek kalmamaktadır. Ne var ki, 1982 Anayasasının ve yasanın bu konudaki hükümlerinin iptali olanağı da yoktur. Durum, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından gerçekten dramatiktir.

HSYK eksenli sistem uygulamada da bütün olumsuzluklarını yeterince sergilemiştir. 2461 sayılı yasanın çıkmasından sonra sökün eden istifalar, o tarihten bu yana yaşanan sürekli tedirginlik yargı mensuplarını ve adalet dünyasını derinden yaralamıştır (87). Yargıtay Başkanı, 7.9.1987 tarihli Adlî Yılı açış konuşmasında, "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yaptığı kimi tasarruflar bizim vurguladığımız anlamda bir güven bunalımının varlığını ve bu *güven bunalımı*nın giderek yaygınlaştığını göstermektedir" diyordu. Bunu izleyen

(82) AY. md. 159; 2461 sayılı kanun md. 12.

(83) AYM, E. 1963/169, K. 1963/113, Kt. 15.5.1963 (AYMKD, sayı 1, s. 285); E. 1976/43, K. 1977/4, Kt. 27.1.1977 (AYMKD, sayı 15, s. 115).

(84) S. GÜRAN, "Yargı denetiminin kapsamı", İÜHFM, 1986-87, sayı 1-4, s. 42.

(85) yukarda anılan E. 1976/43 sayılı karar (dn. 83).

(86) E. 1977/82, K. 1977/117, Kt. 27.9.1977 (AYMKD, sayı 15, s. 444 vd.).

(87) İ. DOĞANAY, "Yargıç ve savcılarla ilgili yeni düzenlemeler", Milliyet, 15.6.1981; "DGM'lerde atanma heyecanı", *Cumhuriyet*, 25.4.1988; Ç. TAŞÇIOĞLU, "Yargı sistemi ve Avrupa Topluluğu", *Miliyet*, 24.1.1989.

tarihlerde gerçekleştirilen toplu yer değiştirme işlemleri, duyulan kaygıların haksız olmadığını göstermiş bulunuyor (88).

Yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini bozan başka unsurlarda vardır. Bölgesel güvence ile kürsü güvencesinin bulunmayışı bunların başında gelir (89). Görülmekte olan bir davanın yargıç ve savcılarının sık sık değiştirilmesi, Türk hukuk uygulamasında ender rastlanan bir durum değildir. Yargıç ve savcıların "idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı" sayılmaları (AY. md. 140/6) da önemli bir baskı unsurudur; çünkü özellikle yargıçlar açısından yargısal/idarî görev ayrımı pek ince bir ayrımdır ve bunları sürekli tedirginlik altında tutmaya yeterlidir. Ayrıca, yargıçların denetimi Adalet Bakanlığı'na bağlı adalet müfettişlerince yapılır (AY. md. 144). Bu denetimin "giderek siyasal nitelik kazandığı" yüksek yargıçların tanıklığından da anlaşılmaktadır (90). Öteyandan, yargıç ve savcıların bakanlık merkez kuruluşunda bir göreve atanmalarında HSYK'nın bile bir rolü yoktur (AY. md. 159). Burada ilgilinin rızası gerekliyse de, bu güvenceniin "kayırma" biçiminde tersine işlemesi ve bundan da yine yargı bağımsızlığının zarar görmesi olasılığı vardır (91). HSYK'nın yargıçları savcı sınıfına geçirme (92) Adalet Bakanının da yargıç ve savcıları geçici yetkiyle görevlendirme (AY. md. 159/7) olanağına sahip bulunmaları da bağımsızlık ve güvenceyi bozan unsurlardır. Her ne kadar, adlî yargıda görevli yargıç ve savcıların idarî yargıda, buradakilerin de adlî yargıda görevlendirilebilmelerine ilişkin bir yasa değişikliği (93) Anayasa Mahkemesince yargı bağımsızlığına aykırı bulunup iptal edilmişse de (94), yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesine aykırılığı çok daha belirgin hükümlerin anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesine olanak yoktur (AY. Geçici md. 15); ya da bunlar zaten doğrudan doğruya Anayasa metni içinde yeralmaktadır.

(88) 1988'in Mart ayında 253 yargıç ve 163 savcının yerleri değiştirildi (*Cumhuriyet*, 4.3.1988). 8 Temmuz ve 13 Ekim 1988 tarihli kararnamelerle de toplam 1001 yargıç ve savcının görev yeri değiştirildi ("Yargıçlar ve savcılar", *2000'e Doğru*, 8.1.1989, s. 26).

(89) T. GÜCÜK, "Yargının bağımsızlığı", *Milliyet*, 6.9.1988.

(90) Ç. AŞÇIOĞLU, "Yargı sistemi yeniden düzenlenmeli", *Milliyet*, 28.7.1988. İmamHatip kökenli 15 kişi müfettiş alınmıştır (T. YILMAZ, "Yargı bağımsızlığına tırpan", *Cumhuriyet*, 6.9.1990, s. 11).

(91) "İsteğe bağlı nakillerde de bağımsızlık etkilenebilir. İstekle, istediği yere ve göreve nakil olanağı olumsuz çabalara itebilir. İstediğini elde etmek için bağımsızlıktan ödün vereceklerin çıkması olasılığı da aykırılığın belirtisidir" (*Anayasa Mahkemesi*, E. 1988/32, K. 1989/10, Kt. 28.2.1989, RG.22.6.1989).

(92) Hâkimler ve Savcılar Kanunu, md. 36.

(93) Hâkimler ve Savcılar Kanununun 36. md.sini değiştiren 3466 sayılı kanun, md. 2.

(94) E. 1988/32, K. 1989/10, Kt. 28.2.1989 (RG. 22.6.1989-20203).

Yargı bağımsızlığını tehlikeye düşüren düzenlemeler yalnız 12 Eylül hukukundan kaynaklanmamakta, 1984'ten beri bunlara yenileri de eklenmektedir. Bununla ilgili olarak iki güncel örnek verilebilir.

Birincisi, yürütme organının KHK'larla yargı mensuplarının özlük haklarında değişiklikler yapmasıdır. Her ne kadar, buna dayanak oluşturan yetki kanunu (95) Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı bulunmamışsa da, bu düzenlemenin "Hâkim ve savcıların (...) özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre *kanunla* düzenlenir" diyen, böylece bu alanda yürütmeyi devredışı tutup sadece yasamayı yetkili kılan Anayasa hükmüne (md. 140/3) ve yargı bağımsızlığına aykırı düştüğünü kabul etmek gerekir.

İkincisi, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu Kurulmasına Dair Kanun ile buna bağlı olarak çıkarılan Yönetmelik'le getirilenlerdir. Burada, özellikle Adalet işlerinin yürütülmesine "bağış" katkısının sokulması, mahkemelerce verilecek para cezalarının % 25'inin sözkonusu fona aktarılması, yargıçların bağımsız ve vicdanî kanaatlerine dayanarak karar verebilmelerini güçleştirebilecek unsurlardı. Bu iki düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (96).

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkelerini tehlikeye sokan etkenler sadece devletin Adalet örgütünün düzenleniş biçimiyle ilgili değildir. Yargılama ya da adalet sürecinin unsurları olan yargıç ve savunmanların mesleki örgütlenmeyle ilgili sorunları da bu alanı yakından etkiler. Yargıçlar açısından durum basittir; bunların kendilerini ve meslekî değerleri korumalarını ve savunmalarını sağlayan örgütleri yoktur. Oysa, yargı ve yargıç bağımsızlığını ve bunların meslekî güvencelerini sağlayacak olan sadece devlet içi düzenlemeler değil, aynı zamanda bunların serbestçe örgütlenebilme olanağından yararlanmalarıdır. Örneğin, devlet içi düzenlemelerin yargı bağımsızlığı açısından çeşitli sorunlar yarattığı Fransa'da, yargı ve yargıç bağımsızlığı ile güvencesini gerçekleştiren asıl güçün "Yargıçlar Sendikası" (Syndicat de la Magistrature) olduğuna işaret edilmektedir (97).

Avukatların meslek örgütü olan *barolar* konusuna gelince, bunların bağımsızlığı, tarafsız ve bağımsız bir adalet için mutlak bir gerekliliktir. Türkiye'deki durum bu açıdan da güven verici değildir. Barolar; bakanlığın "idarî ve malî denetimine tâbi" dir, yaptıkları üyelik ve disiplin işlemleri bakanlık onayına bağlanmıştır. Bakanlığın onay yeri olarak verdiği kararlar aynen yerine getirilir. Baroların

(95) 3268 sayı ve 12.3.1986 tarihli kanun (RG. 19.3.1986-19052).

(96) E. 1988/37, K. 1989/36, Kt. 8.9.1989 (RG, 18.1.1990-20406).

(97) P. LYON-CAEN, "L'expérience du Syndicat de la Magistrature", *Pouvoirs*, no: 16, 1981, pp. 56-68.

uluslararası toplantılara katılması izne tabidir. Derneklerle ilgili kısıtlayıcı hükümler barolara da uygulanır. Gecikmede sakınca bulunan durumlarda bunların seçilmiş organları mülkî amirlerce geçici olarak görevden uzaklaştırılabilir (98). Görüldüğü gibi, yargıçları örgütsüzlüğe mahkûm eden sistem, avukatları da örgütleri eliyle vesayet altında tutmaktadır.

Bu arada, Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 30.5.1990 tarihli bir kararıyla, Türkiye Barolar Birliği Başkanının adlî yıl açılış töreninde yapacağı konuşma metninin önceden gönderilmesinin istenmesi, barolara yönelik kuşkucu ve sansürcü tutumun yargı organının doruklarında da yaşandığını ortaya koymuştur. Oysa, 20 yıllık uygulama böyle bir öndenetime yer vermemişti. Ayrıca, sözkonusu kararda dayanılan Yargıtay Kanununun 59. maddesi yalnız Yargıtay adına Birinci Başkan tarafından yapılacak konuşmadan önce Başkanlar Kurulu'nun düşüncesinin alınmasını öngörmekteydi ki, bu doğaldı.

Barolar, idari işlemlerinde Bakanlığın vesayet soluğunu sürekli üzerlerinde hissederler. Örneğin, bir avukatın mesleki hakları konusunda Bakanlık'la ters düşen İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeleri hakkında, görevden alınma istemiyle dava açılmıştır.

Kurulan sistemin bağımsızlık ve güvenceleri ortadan kaldıran karakteri, yargı organı mensuplarının davranışlarını da olumsuz şekilde etkilemektedir. Bunun en yaygın ve göze görünen biçimi, "lobicilik", "politik destek arama" ya da yürütme organı temsilcilerine yaranma gösterileridir. "Yüksek Mahkeme hâkimlerinin seçimi, yargıçların tayin, terfi ve atanmaları, *lobi oluşturma* tarzında, yargıçlık ve savcılık onuru ile bağdaşması olanaksız bir biçimde şirmekte ve eleştirileri haketmektedir." (99) Hâkimlerin iktidar partisinin yerel örgütlerinden "siyasî yardım" talebinde bulunmak zorunda kaldıklarına işaret edilmiştir (100). Güvensizlik ortamı bazı yargıç ve savcıları, yürütmenin üst düzey yetkililerine karşı aşırı ilgi ve saygı gösterilerinde bulunmaya da sevketmektedir (101).

Yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi sorunsalının *sadece* devlet içi kurumsal/kuralsal düzenlemeler ve/ya da adalet mensuplarının

(98) Özellikle AY md. 135/5 ve 7; DK 92; Avukatlık Kanunu md. 77/9.

(99) TBB Başkanı T. Evren'in 1987-1988 Adlî Yılının açılışındaki konuşmasından (akt. İ. DOĞANAY, "Yargı yılının açılışı ve konuşmalar", *Cumhuriyet*, 21.3.1987).

(100) İ. DOĞANAY, "Hâkim teminatı nasıl elden gitti?", *Milliyet*, 15.11.1986.

(101) İstanbul Barosu Başkanı T. Kazan, "Temmuz kararnamesi"ni izleyen günlerde İstanbul merkez adliyesinin yargıç ve savcılarının, Adliye'yi ziyarete gelecek olan Bakan ve müsteşarını dış kapıda topluca karşılamak için bekleştiklerine, duruşmaların da bu nedenle yapılamadığına tanık olduğunu anlatmıştır (Muğla Barosu tarafından düzenlenen paneldeki konuşmasından, 1.4.1989).

meslekî örgütlenme performansıyla ilgili olmadığını, *"insan"* ve *"birey"* unsurunu ilgilendiren boyutları olduğunu da belirtmek gerekir. Elbette, kurumsal/kuralsal güvenceler önemlidir ve adalet kurumu da sadece mensuplarının iyi niyetlerine ve direnme güçlerine emanet edilemez. Ama, "İnsan" faktörü her zaman her yerde, eğer belirleyici değilse bile çok önemlidir. Bu açıdan kimi yargı mensuplarının birtakım davranışlarını Hukuk Düzeni/Askerî Rejim ya da Yargı/Yürütme ayrılığı, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi değerler açısından yadırgamamak elde değildir (102).

Bu veriler Türkiye'nin bir zamanlar büyük ölçüde çözdüğü bir "yargı sorunu" ile yeniden içiçe yaşadığını ortaya koymaktadır. Bu sorunun içinde ve yargı örgütünün de en üst noktalarında görev yapan Yargıtay Başkanları, bunu, "ülkemizde gerçek bir yargı bağımsızlığı olmadığı" (103), bir "güven bunalımı"nın yaşandığı (104) biçimindeki sözlerle vurgulamış bulunuyorlar.

Sorun elbette insan haklarıyla da yakından ilgilidir ve insan hakları ihlâllerinin kısmen bu noktadan kaynaklandığı yolundaki varsayımı pekiştirmektedir. Bu bağlamda, 12 Eylül rejiminin koyduğu otoriter hukukun yargıya mutlaka ve harfi harfine uygulatılması projesinin siluetini görmemek mümkün değildir. Yargının bağımsızlık ve tarafsızlığı ile yargıç güvencelerinin uğradığı ciddi aşınma bu projenin gerçekleşmesinin bir unsurudur. Güvensizliğin kurumsallaştırılması, otoriter hukukun uygulanmasında yargıdan gelebilecek direnmelere karşı caydırıcı ve cezalandırıcı bir silah işlevi görmektedir.

Nitekim bunu, yargıca düşen "yorum payı" ile ilgili alanda da yakalamak mümkündür. 1961 Anayasası, "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" diyordu (md. 132). 1982 Anayasasındaki düzenleme ise şöyledir: "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler" (md. 138/1). Özellikle ceza hukuku bakımından çok önemli

(102) Bir önceki dipnotundaki örnek burda birkez daha geçerlidir. Bu tür davranışlarla ilgili örnekler çoğaltılabilir. 12 Eylül 1980 müdahalesinden sonra Anayasa Mahkemesi Başkanı ve Danıştay Başkanı da dahil olmak üzere yargı organının en üst düzeyindeki kişiler askerî rejimin başkanını ziyarette sakınca görmemişlerdi. Yine bu dönemde yargı bağımsızlığını zedeleyen yasalar çıkartılırken Adalet Bakanı bir eski yüksek yargıçtı. ANAP döneminde de yüksek mahkeme başkan ve üyeleri GAP, Japonya ve NATO gezilerine, Anayasa Mahkemesi başkan ve üyeleri hükümet ya da bakanlıklarca düzenlenen gezilere, Yargıtay'ın bazı daire başkanları da hacca gönderilmiştir (*Milliyet*, 4.9.1988; *Cumhuriyet*, 15.3.1989 ve 6.9.1990, s. 11).

(103) N. Renda'nın adlî yılı açış konuşması (5.9.1985).

(104) A. Çoşar'ın adlî yılı açış konuşması, (7.9.1987).

ve askerî yargı için de geçerli olan bu kuralla, "vicdanî kanaat hâkimin re'sen nazara alacağı bağımsız bir unsur olmaktan çıkartılıp anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak kullanılabilecek bağımlı bir öğe haline getirilmiştir." (105) Eklemek gerekir ki buradaki "anayasa" asıl işlevi insan hakları ihlâllerini meşrûlaştırmak olan 1982 Anayasası (106); "yasa", büyük olasılıkla MGK yasası (107), "hukuk" da "bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni"dir (AY. Başlangıç/5). İşte yargı, bu kuşatma çemberi altında görev yapma durumundadır. Devletin ve askeri rejimin otoriter hukukunu yargıya katı bir şekilde uygulatma niyetinin bir parçası olan bu tercih, yargının "yorumlama" ve "hukuk yaratma" konusunda sahip olması gereken nisbi bağımsızlığı da en düşük düzeye indirmektedir.

Böylece, dar pozitivist hukuk teorisinin ve kısmen de klasik hukuk öğretiminin aşıladığı, "yargıç yasayı uygular ve bunu da yasakoyucunun iradesine uygun biçimde yapar" şeklinde özetlenebilecek olan yargıcın ideolojik bağımlılığı (108), 1980 sonrası Türk hukukunda resmiyet kazanmış olmaktadır.

Askeri Yargı ve Askeri Rejim

Askeri mahkemelerin "bağımsızlık" noktasından taşıdıkları kusurlar birkaç öbekte toplanabilir.

Bir kere bunlar, doğrudan doğruya yürütme organı tarafından atanan üyelerden kuruludur (109). Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Savunma Bakanı üçlüsünün seçme ve atama yetkisine sahip olduğu bir sistemde bu mahkemelerin bağımsız oldukları ileri sürülemez. Anayasa Mahkemesinin kararlarından da bu sonuç çıkmaktadır. 1961 Anayasasının savcılara "bağımsızlık verme"diğini, bunların "yürütme organı ile ilişkileri" bulunduğunu kabul eden yüksek mahkeme (110), savcıların, Adalet Bakanlığı mensuplarının çoğunlukta olduğu bir kurul tarafından atanmalarını (111) ve görev yerlerinin Bakan tarafından değiştirilmesini (112) "siyasal gücün etkisi altında"

(105) N. SAÇLIOĞLU, "Askerî yargının 1924, 1961, 1982 Anayasaları dönemlerindeki durumu", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1986, s. 428.

(106) bkz. yukarda *"Anayasa"* bölümü.

(107) bkz. yukarda *"Yasa"* bölümü.

(108) M. TROPER, "Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?", *Pouvoirs*, no 16, 1981, p. 13-14.

(109) 353 sayılı kanun md. 1; aynı yönde 1402 sk. md. 11.

(110) E. 1963/140, K. 1964/62, Kt. 22.9.1964 (RG. 10.2.1965-11925).

(111) E. 1970/39, K. 1971/44, Kt. 20.4.1971 (RG. 16.12.1971-14044).

(112) E. 1966/31, K. 1967/45, Kt. 18.12.1967 (RG. 18.4.1968-12872).

kalma olasılığı açısından Anayasadaki "teminat" ilkesine aykırı bulup iptal etmişti. C. Savcıları için yürütülen bu mantığın askeri bile olsalar mahkemeler ve yargıçlar için haydi haydi geçerli sayılması gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 1402 sayılı yasayla ilgili bir kararında da 15 yargıçtan 6'sı sıkıyönetim mahkemelerinin kuruluş açısından bağımsız olmadıkları gerekçesiyle yasanın 11. maddesinin iptali yönünde oy kullanmış, çoğunluk ise sözkonusu düzenlemenin bir başka yasada yeraldığını, bu hükmün ise dava konusu olmadığını ileri sürerek iptal istemini benimsememiştir (113).

Öteyandan, sıkıyönetim askeri mahkemeleri olaylar ve sanıklar belli olduktan sonra kurulur, kadroları doldurulur ve bunlar her an değiştirilebilir. Bu da siyasal iktidara ve yürütmeye, siyasal tercihlerine dayanarak ve olaylara ve sanıklara göre atama yapma olanağını verir. Durum, doğal yargıç ilkesi açısından olduğu gibi, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri açsından da son derece kuşku vericidir. Uygulama da bu kaygıları haklı çıkartacak örneklerle doludur; örneğin bir hükümet değişikliği, sıkıyönetim askeri mahkemelerinde de önemli kadro değişikliklerine yolaçabilmektedir (114).

Ayrıca, sıkıyönetim mahkemelerinde yargıç sınıfından olmayan kıta subaylarının da yeralması, bu üyelerin askeri yargıçlar kadar bile güvence ve bağımsızlığa sahip bulunmaması ek bir olumsuzluktur. Sivil kişilerin, askerî olmayan suçlarından dolayı kıta subaylarının da katıldığı kurullarda yargılanmaları, "mahkeme" ve "âdil yargılanma" kavramlarının da inkârı demektir (115). Dahası, kurulmuş bir sıkıyönetim askerî mahkemesinin lağvedilmesi (116), dosyalarının da tercih edilen bir başka mahkemeye aktarılması mümkündür. Burada bir kez daha, yalnız doğal yargı yeri ilkesinin çiğnenmesi olayıyla değil, yargıçların bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ilgili bir sorunla karşı karşıya bulunulmaktadır. Mahkeme yargıçlarının dilediğince değiştirilebilmesi olanağından sonra bir de doğrudan doğruya mahkemelerin lağvedilebilmesi ve istenen mahkemeye dosyaların gönderilebilmesi askerî mahkemelerin işleyişinde yürütmenin sahip olduğu yönlendirme ve etkileme gücünün açık belirtisidir.

(113) E. 1971/31, K. 1972/5, Kt. 15-16.2.1972 (AYMKD sayı 10, s. 155 vd.).

(114) 1979'da Demirel hükümeti kurulduktan sonra İstanbul sıkıyönetim mahkemelerinde görev yapan savcı ve yargıçlarda önemli sayıda değişiklik yapıldı. Bu mahkemelerden alınanlar, bir önceki CHP hükümetince "özenle" seçilmiş sayılıyorlardı (*C. Arcayürek Açıklıyor/9*, s. 199-200). Başka örnekler için bkz. E. TUŞALP, *İnsan Hakları Dosyası*, s. 164; T. KAZAN, "Olağanüstü dönemde yargı ve insan hakları", *Bilsak Bülteni*, Ocak 1987/II, s. 9).

(115) 1982 Anayasası, eski Anayasadan farklı olarak, askeri mahkemelerde yargıç sınıfından subayların çoğunlukta olması koşuluna da yer vermemiştir.

(116) 353 sayılı kanun md. 1/2.

Nitekim bu olanaktan yararlanılmış, tutumu hoşgörülmeyen mahkemeler lağvedilebilmiştir. İstanbul'da 1971'de görülen bir davanın seyri bunun tipik örneğidir. Şöyle ki: C. Alptekin ve 18 arkadaşı hakkında İstanbul 1 Numaralı sıkıyönetim askerî mahkemesinde 9.9.1971 tarih ve 971/35-50 sayılı iddianame ile TCK md. 146'ya dayanılarak bir kamu davası açılmıştı. İddianamede sanıkların Anayasayı ortadan kaldırmaya ve TBMM'nin görevine engel olmaya kalkıştıkları ileri sürülmüş, haklarında ölüm cezasının verilmesi istenmişti. Sanıkların, adam kaldırma, silahlı tehdit, ruhsatsız silah bulundurma, silahlı çeteye girme, kişi özgürlüğünü sınırlama, patlayıcı madde koyma gibi eylemlerde bulundukları iddialarını inceleyen mahkeme, sanıkların ellerindeki araçların böyle bir suçu (md. 146) işlemeye yeterli olmadığı gerekçesiyle TCK. md. 146'dan beraatlerine, başka suçlardan ve maddelerden cezalandırılmalarına karar vermişti. 22.4.1972 günü verilen bu karardan 18 gün sonra, 10.5.1972 tarihinde İstanbul 1 numaralı sıkıyönetim mahkemesi, MSB'lığının 1706/2-72 sayılı emriyle kaldırıldı mahkemenin bakmakta olduğu ve bakacağı davalar 3 numaralı mahkemeye devredildi. Lağvedilen mahkemenin duruşma hakimi Albay Remzi Şirin kadrosuz bırakılarak emekliye sevkedildi (117).

Böylece, askerî yargının ve konumuz açısından sıkıyönetim mahkemelerinin gerçek silueti de belirtilmektedir. Şöyle ki, sıkıyönetimi ilân eden, mahkemeleri kuran, yargıçlarını atayan, sırasında bunları kaldıran ya da yargıçlarını kolayca değiştirebilen güç aynı organdır: yürütme ya da hükümet. Sıkıyönetim askerî mahkemeleri böylece işlev ve süreçlerinin başından sonuna kadar yürütme organının inisiyatif ve denetimi altında bulunmaktadırlar.

Askerî mahkemelerde görev yapanların meslekteki durumları konusunda yürütme organının ve askerî hiyerarşinin sahip olduğu yetkiler de bu bağımlılık tablosunu daha keskin çizgileriyle ortaya koyacak niteliktedir.

Askerî yargıda görev yapan hâkimlerin terfi işlemleri diğer subaylarınki gibi mesleki ve subay sicil belgelerindeki notlara göre yapılır (118). Bu yüzden de bunlar, meslekte yükselme ve ilerleme hakları açısından güvenceye sahip değillerdir. Bu tür işlemlerde yürütme organının ve askerî hiyerarşinin son derece geniş bir takdir hakkı vardır. Askerî yargıçların, bağlı bulundukları birlik komutanından olumlu sicil almadıkça yükselmeleri mümkün değildir (119). Meslekte ilerlemenin bu derece askerileşmesi, bazı yükselmelerin kuşkuyla kar-

(117) H. ÇELENK, Hukuk, Süreç yay., İstanbul 1986, s. 31-83.

(118) N. SAÇLIOĞLU, "Askeri yargının durumu", *Bahri Savcı'ya Armağan*, s. 429.

(119) 357 sk. md. 12 ve 14. Somut bir örnek için bkz. Em. Deniz Hâkim Alb. E. Tunga'nın açıklamaları (*Nokta*, 4.10.1987, s. 19).

şılanmasına da ister istemez yolaçmaktadır (120); ki bu kadarı bile yargıç bağımsızlığı ve tarafsızlık ilkeleri açısından sakıncalıdır. Bu idarî sicil usulü, askerî Yargıtay üyeleriyle ilgili yönüyle yargıç bağımsızlığına aykırı bulunup Anayasa Mahkemesince iptal edilmişse de, diğer yargıçlar açısından denetlenebilmiş değildir (121).

Aynı şekilde, meslekte kalabilme güvencesi de yoktur; yargıç ve savcıların şu ya da bu yoldan görevden alınmaları ve emekliye sevkedilmeleri konusunda da İdare geniş bir takdir hakkına sahiptir. Bu yetkinin, özellikle, tutumları hoş karşılanmayan yargıçlara karşı kullanıldığı görülmektedir (122).

Askerî yargının bağımsızlık ve tarafsızlık konusundaki zaafları son askerî rejim döneminde daha da belirginleşmiş, müdahaleler iyice su üstüne çıkmıştır. 1980 öncesinde, "İstiklâl mahkemeleri gibi mahkemeler olmalı" görüşünü savunan Genelkurmay Başkanı Kenan Evren (123), askeri yargıya müdahale olanaklarının azlığından yakınmaktaydı; bunu da 21.11.1979 tarihli MGK toplantısında dile getirmişti (124). 1980 sonrasında bazı sıkıyönetim komutanları aynı yönde şikâyetlerde bulunmuşlardır (125). Bu dönemde, çeşitli baskıların ya-

(120) Barış Derneği davasındaki mahkumiyet kararının bozulmasına muhalif kalan tek üyenin (Yargıç Albay Hakkı Erkan), askerî yargıçlar içinde generalliğe yükseltilen tek kişi olması bu yönde bir "dokundurma"ya konu olmuştur (A. SİRMEN, "Talihsiz Bir Açıklama", *Cumhuriyet*, 9.9.1988, s. 3).

(121) E. 1972/49, K. 1974/1 Kt. 10.1.1974 (AYMKD sayı 12, s. 3 vd.). Anayasa Mahkemesi istemle bağlı olduğundan, bu sicil yönteminin askerî yargının diğer mensuplarını ilgilendiren yanlarını inceleme olanağını bulamamış, bu alan başka bir davaya da konu olmamıştır.

(122) 1981 Ekiminde Ankara 1 No'lu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesine atanan Tuğgeneral Dündar Konya, "o tarihlerde askerî yargıya yapılmakta olan baskılar sebebiyle" (kendi anlatımı) bu görevi kabul etmemiş ve MGK'nin 5.11.1981 tarih ve 26742 sayılı kararıyla görev süresinin bitimine 2 yıl varken emekliye çıkarılmıştır (A. KAHRAMAN, *Kurtarıcılar*, Boyut yay., İstanbul 1988, s. 172-173). Ankara sıkıyönetim mahkemesinde görevli yargıç albay Hamdi Sevinç'in bir ölüm cezası infazında bulunmadığı için emekliye sevkedildiği ileri sürülmektedir (E. TUŞALP, *İnsan Hakları Dosyası; Bin İnsan*, s. 74 ve *Eylül İmparatorluğu; Doğuşu ve Yükselişi*, Bilgi yay., Ankara 1988, s. 448). Deniz Gezmiş ve arkadaşlarının idamına karşı çıkan Askeri Yargıtay üyesi N. Saçlıoğlu, bu yüzden generalliğe yükseltilmediğini söylemektedir. (*Milliyet*, 31.10.1990, s. 18).

(123) *Hürriyet*, 8. Gün Eki, 23.3.1980.

(124) "Taraflı hâkim ve savcılar var. Verildiği yerden alamıyorsunuz... Sıkıyönetim komutanları hâkimlerden şikayetçiler" (akt. C. *Arcayürek Açıklıyor/9*, s. 150).

(125) 1. Ordu ve İst. SKYNT. Kom. N. Üruğ, suçluya en küçük müdahalenin işkence sayılıp soruşturma açılmasından ve Askerî Yargıtay'ın bazı görevsizlik kararlarının komutanlığın elini bağlamasından yakınıyor, tutuklama istemlerinin kabul edilmemesini otoritesini sarsıcı buluyor, normal yargılama usulleriyle anarşinin önlenemeyeceğini ileri sürüyordu (*aynı kaynak*, s. 216-217).

pıldığı yolundaki iddiaların listesi şimdiden hayli kabarıktır (126). Askerî mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlarının güvencesi konusunda duyulan kuşkular, Yargıtay Başkanı Ahmet Coşar'ın 1988 adlî yılını açan konuşmasına konu olacak boyutlara varmıştır. Bağımsızlık ve tarafsızlık sorununun eski sıkıyönetim komutanları, askerî sivil yargıtay başkanları ve eski yargıç ve savcılar arasında polemik ve hatta karşılıklı suçlamalara konu olması, sırf bu kadarı bile, askerî adaletin güvenilirliğinin ne kadar tartışma götürür olduğunu ortaya koymaya yetmiştir (127).

12 Eylül rejiminin Adalet üzerindeki etkisi sadece askerî yargı alanına ilişkin olmakla kalmamıştır. İdarî yargı (Danıştay) da bundan payını almıştır. 1982 yılı Şubat ayında Danıştay'ın aralarında altı daire başkanının da bulunduğu onaltı yargıcı kendi istekleri dışında, kurulmakta olan bölge idare mahkemelerine nakledilmişler, bunların bir kısmı emekliliklerini istemek zorunda kalmışlardır (128).

4) YARGILAMA HUKUKU VE KÜLTÜRÜ

Türkiye'deki insan hakları ihlâllerinin Yargıdan kaynaklanan yönleri yalnız doğal yargıç güvencesine ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ters düşen uygulamalarla açıklanamaz. Yargılama işlevinin yerine getiriliş biçimi ile; yargılama hukukundan doğan sorun ve ihlâller de vardır. Bunlar da en çok ceza yargılamasıyla ilgilidir. En başta askerî yargılama usulünü uygulayan sıkıyönetim mahkemelerinin durumu buna örnektir ve bu kitabın gerek yukarki bölümlerinde, gerekse buradaki altbaşlığında bunlarla ilgili örnekler yeralmıştır. Devlet Güvenlik Mahkemeleri de yargılama usulleri açısından büyük sakıncaları bünyelerinde taşımaktadır. Bu mahkemelerin işleyişinin demokratik yargılama ve özellikle "Avrupa standartları"yla uyuşmadığı konusunda Avrupa Parlamentosunun almış olduğu karar (129) bunun önemli tanığıdır. Özel yargılama örgüt ve sistemleriyle bu mahkemeler adlî sistemin hem içinde, hem de yanında özel birer mahkeme durumun-

(126) Tutuklama istemini reddeden, tahliye kararı veren ya da polislerle ilgili soruşturmaları yürüten askerî yargı mensuplarının uğradıkları baskılar ve bunların görev yerlerinin değiştirilmesi konusundaki örnekler için bkz. U. MUMCU, *12 Eylül Adaleti*, 2. basım, Tekin yay., İst. 1987, s. 37, 73, 81, 107 vd.

(127) bkz. "Bir 12 Eylül Hesaplaşması", *Nokta*, 4.10.1987, s. 16-19; "Askerî Yargı Tartışması Alevleniyor", *Cumhuriyet*, 10.9.1988; *Milliyet*, 8.9.1988.

(128) K. YENİCE, "İnsana ve Haklara Saygı", *Cumhuriyet*, 11.5.1987.

(129) 15 Eylül 1988 tarihli karar; Doç. A 2-141/88 (akt. S. GEMALMAZ. *The Institutionalization Process of the "Turkish Type of Democracy"; A Politico-Juridical Analysis of Human Rights*, Amaç yay., İstanbul 1989, p. 28.

dadırlar (130). Nihayet, genel adliye mahkemelerinin de bu sorunlardan arınmış olmadıkları söylenebilir.Bu ihlâller ilerki sayfalarda *sanığın hakları ve savunmanlık* kurumu açısından ele alınmıştır. Şu var ki, yargılama hukukundan ya da bunun işleyiş biçiminden doğan ihlâllerin gerisinde, *yargıç ve yargılama kültürü* başlığı altında toplanabilecek birtakım zaaflar da bulunsa gerektir.

Sanığın Hakları

Yargılama hukukunun çağdaş, evrensel ve demokratik ölçüleri, "âdil yargılanma" (fair trial) hakkının da güvencelerindendir. Gerçi AİHS bu hakkın tanımı ve kapsamıyla ilgili kesin çizgiler getirmiş sayılmaz. Bu tutum belki de bir "dondurma"ya gitmeme niyetiyle açıklanabilir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da bu konuda genel tarifeler koymaktan kaçınmış, somut durumların somut tahliline göre değerlendirmeler yapma yolunu seçmiştir.

Ama yine de, karşılaştırmalı hukuktan yola çıkarak birtakım genel ilkeler saptanabilir ve bunlar çerçevesinde Türk hukukunun durumu gözden geçirilebilir. Sanığın bilgilenme, savunma ve temyiz hakları ile, "silahların eşitliği", suç ve cezaların geriye yürümemesi, masumluk karinesi, tutuklama ve yargılama sürelerinin makul sınırları aşmaması, cezalandırmada adalet ve eşitlik ilkeleri gibi evrensel ölçüler bu konuda başvurulabilecek normlardır.

Sanığın *"bilgilenme hakkı"*, âdil yargılamanın birinci gereğidir. AİHS'ne göre her sanık "kendisine yönelik suçlamanın nitelik ve nedeninden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek" hakkına sahiptir (md. 6/3, a). Türkiye'de sulh mahkemelerinde açılan davalardaki iddianamelerin sanığa tebliğ edilmemesi (CMUK 208), yasada tutuklama nedenlerini ve suçlamanın niteliğini sanığın anladığı dilde bildirmeyi zorunlu kılan açık bir hükmün bulunmayışı, Adalet Bakanlığının sanığın dosyayı inceleme hakkının bulunmadığı yolundaki mütalaası doğrultusundaki uygulamanın Yargıtay'ın aksi yöndeki kararına karşın sürüp gitmesi, yukarda belirtilen hakkın çiğnendiğini gösteren ve Sözleşme'ye aykırı düşen örneklerdir (131). Doğrudan doğruya ve dar anlamda yargılama hukukuna ilişkin bulunmasa bile, 1982 Anayasasının (md. 38/5), CMUK'un (md. 135)

(130) A. SAV, "Devlet Güvenlik Mahkemeleri", *Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi*, c 4, s. 918-919. Yargıtay Başkanı A. Coşar da, 1988-1989 adlî yılını açış konuşmasında, DGM'lerde askerî yargıç ve savcıların görev yapmasını "demokrasiye aykırı düzenlemeler" arasında saymıştır.

(131) S. DONAY, *Sanığın Hakları*, s. 137, 149-150.

ve doktrinin sanığa ait bir hak saydığı "polis sorgusu sırasında susma hakkı"na saygı gösterilmemesi de bu nitelikte bir uygulamadır (132).

Son soruşturma aşamasında da sanığın zorlukları vardır. CMUK (md. 252) türkçe bilmeyen sanığa bütün duruşma aşamalarının değil, son iddia ve savunmanın sonuçlarının anlatılmasını öngörmekte; uygulamada da tercüman bilirkişi ile bir tutulup, mahkûmiyet halinde çevirmen ücreti sanığa yükletilmektedir. Bu durum savunma hakkını esaslı biçimde zedelemektedir (133). Sıkıyönetim Askerî Mahkemelerinde iddianamenin özetlenerek okunabilmesi olanağı (SYK 18/o) da sanığın *bilgilenme hakkını* kısmaktadır.

Adil yargılanma hakkının ve iddia ile savunma arasında *"silahların eşitliği"* ilkesinin bir başka gereği, sanığın duruşmalara katılabilmesidir. Kaçma durumu dışında sanığın yokluğunda duruşma yapılması bu ilkeyi, bozduğu gibi, cezanın bireyselleştirilebilmesi olanağını da ortadan kaldırır (134). Sıkıyönetim Kanunu belli durumlarda sanığın yokluğunda duruşma açılmasına ya da oturumların yapılmasına izin vermekle (md. 18/1 ve p) bu ilkeyi de bozmuştur. *"Silahların eşitliği"* ilkesini ve savunma hakkını daha da vahim şekilde ihlâl eden hükümler ise savunma sürelerinin sınırlanması, para cezaları ile altı aya kadar olan hapis cezalarına karşı temyiz yolunun kapatılması, savaş hali hükümlerinin uygulanmasına ilişkin olanlardır (SYK. 18/k, n, p). Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve yargılama Usulü Kanununda da bu türden hükümler vardır (135).

Suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesine gelince, bu konuda sanık aleyhine sonuç doğuran somut bir ihlâl örneği (yasa değişikliği, vb.) yoktur (136). Ama birtakım dolaylı faktörler aynı sonuca yolaçabilmektedir.

(132) A. YILDIRIM, "Sanığın susma hakkı" *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/5, s. 682-701; S. ERAL, "Sanığın susma hakkı", *Yeni Gündem*, sayı 32, s. 22; S. DONAY, *Sanığın Hakları*, s. 147-148; N. KUNTER, *Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. basım, İstanbul 1980, s.425.

(133) S. DONAY, *Sanığın Hakları*, s. 191-192.

(134) S. DONAY, *Sanığın Hakları*, s. 39-45.

(135) md. 136 Ek fıkra, Kanun No 2376 ve 2875; md. 143 Ek fıkra.

(136) 1960 askeri müdahalesinden sonra TCK md. 146'ya 6.7.1960 tarihve 15 sayılı kanunla üçüncü bir fıkranın eklenmesi ve Yassıada davalarında bazı sanıklara uygulanması "geçmişe etkili yasa"ya tipik bir örnekti. Ama burada, daha önce varolmayan bir suç yaratılmıyor, Anayasayı ihlâl suçunun fer'i iştirakçileri hakkında zaten yasada öngörülmüş bulunan ceza miktarı geniş ölçüde indiriliyordu. Dolayısıyla "geçmişe etkililik" sanık aleyhine değil lehineydi, bu nedenle de hukuka ve ceza hukuku ilkelerine aykırı düşmüyordu (H. H. SUNGUR. *Anayasayı İhlâl Suçları ve TCK 146. Maddesi Hükümleri; Sâkıt İktidarın Sorumluluğu*, İstanbul matb., 1961, s. 279; Ç. ÖZEK. *Siyasî İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, TCK md. 146-161, 168-173*, İÜHF yay., İst. 1967, s. 181.

Türkiye'de bazı kişiler, kuruluş ve örgütler olağan dönemlerde çeşitli faaliyetlerde bulunurken herhangi bir soruşturmaya uğramadıkları ya da takipsizlik ya da beraatle sonuçlanan kovuşturmalardan geçtikleri halde, epey zaman sonra bir "olağanüstü dönem" ya da "olağanüstü rejim" başgösterince bunlar hakkında kamu davaları açılır ve bunlar da çoğunlukla ağır mahkûmiyetlerle son bulur. Böylece, olağan dönemde suç sayılmamış bulunan birtakım eylemler, bu defa suç sayılır. Olağan dönemin hukuk ve yargı sistemine güvenerek bu türden çalışma ve faliyetlerine devam eden kişiler de hukuka güvenmenin cezasını çekerler. Sanki devlet olağan dönemlerde vatandaşa tuzak kurmuştur. Aslında ise, yasalarda ve cezalarda kural olarak bir değişiklik olmadığı halde uygulamanın böyle bir yön kazanmasının nedeni, olağanüstü rejimle birlikte bir de "olağanüstü yargı" döneminin başlamasıdır. Aşağıdaki birkaç örnekte de görüleceği gibi, olağanüstü rejimlerdeki sıkıyönetim yargısı, kendinden önceki dönemlerde yargı erki tarafından kovuşturulmamış ya da kovuşturulup sanık lehine çözüme bağlanmış olayları yeniden ele almak gibi ayrıcalığa da sahiptir.

Örneğin, DİSK davasındaki iddianame ve Esas Hakkında Mütalaa'da sözü edilenTCK md. 146, 141 ve 142 ya da Sendikalar Kanunu md. 30/4'ün ihlâli gibi isnatlar son derece ağır suçlamalardı. Bu gibi durumlarda Ceza Kanunu ile Sendikalar Kanununun ilgili maddeleri Cumhuriyet savcılarına, 1630 sayılı kanunun md. 45/1 hükmü de Vali'lere açık sorumluluk yüklemiş ve görevler vermişti. Ayrıca, DİSK Genel Merkezi'nin bulunduğu İstanbul İl'i 1970, 1971-1973, 1974-1975 yıllarında ve 1979'dan itibaren sıkıyönetim altındaydı. Bu dönemlerin hiçbirinde, cumhuriyet savcıları, sıkıyönetim komutanları, askeri savcılar, valiler sözkonusu sendika hakkında yukarda anılan maddeleri ihlâlden dolayı bir soruşturma açtırma girişiminde bulunma gereğini duymamışlardı (137). DİSK'in bunca ağır bir suçlamayla karşılaşması ve yıllarca süren varlığının ve faaliyetlerinin suç masasına yatırılması için 12 Eylül 1980'de Silahlı Kuvvetlerin iktidara elkoyması yetmiştir.

TÖB-DER davasında da, vaktiyle failleri hakkında beraat ya da takipsizlik kararı verilmiş ya da zamanaşımına girmiş bulunan faaliyetler "yeni bir değerlendirme"ye tâbi tutularak, dernek yöneticileri hakkındaki mahkûmiyet kararına dayanak yapılmıştır. TÖB-DER'in 1976-1978 çalışma programı hakkında Ankara 9. Asliye Mahkemesinde açılan dava beraatle sonuçlanmıştı. Yine bu derneğin düzenlediği Demokratik Eğitim Kurultayı hakkında açılan soruşturma da takipsizlik kararıyla sonuçlanmıştı. Buna karşın, 12 Eylül'den sonra TÖB-DER

(137) A. BAŞTÜRK,*Yargı Önünde Savunma*, Çağdaş yay., İstanbul 1986, s.62.

için açılan ve mahkûmiyetle sonuçlanıp Askerî Yargıtay 4. Dairesi tarafından da onanan kararda Ankara Sıkıyönetim 3 No.'lu Askerî Mahkemesi, biri beraat, öbürü takipsizlikle sonuçlanan bu iki çalışmayı mahkûmiyet kararının dayanakları arasında kullanmıştır. Aynı şekilde, Basın Kanunu md. 35'deki dava zamanaşımına girmiş bulunan eski tarihli yayınlar da (1976, 1977, 1979) bu kararın dayanakları arasında gösterilmiştir. Kararı onayan Askerî Yargıtay 4. Dairesi de, CMUK md. 167/2 ve 353 sayılı askerî Yargılama Usulü Kanunu md. 109/3'e göre, takipsizlik kararı verilen durumlarda, ancak, "Yeni bir delil ya da olay"ın ortaya çıkması halinde yeniden soruşturma açılabilmesi mümkünken, böyle bir durum da ortada yokken, "yeni delillerin bulunması halinde veya *yeni değerlendirme*ye istinaden savcılıklarca her zaman dava açılabileceğinin kabul edildiği"ni ileri sürerek savunmanın itirazlarını reddetmiştir. Ayrıca mahkeme, devletin suçu kovuşturma ve cezalandırma *"fonksiyonunu yerine getirmekte değişik nedenlerle zaafa düştüğü zamanlarda"* meydana gelen fiillerin, daha sonraki dönemlerde de kovuşturulabileceğine hükmetmiştir (138).

Daha çok TCK md. 141, 142 ve 163 çerçevesinde cereyan eden bu uygulama kelimenin dar anlamında geçmişe etkili bir yargılama sayılmaz, çünkü sözkonusu maddeler yeni konmuş ve daha önceki eylemlere uygulanmış değildir. Bu anlamda, ceza *kanunlarının* geriye yürümezliği ilkesini bozan bir durum yoktur. Ama *ceza hukuku uygulamasının* geriye yürüdüğü de açıktır. Öyle ki, sözkonusu maddelerin nisbeten daha liberal bir şekilde yorumlandığı normal dönemlerde bunların uygulama alanı da az çok daralmakta, uygulamanın aldığı bu seyre güvenen insanlar da birtakım yasal faaliyetlerde bulunmaktadır. Askerî rejimler ve sıkıyönetimde ise, *"sıkıyönetimin ilânına yolaçan olaylar"* adı altında aslında normal dönem hukuk uygulamasının koruma altında tuttuğu faaliyetlerin aktörleri yargılanıp cezalandırılmaktadır. Bu arada, normal zamanlar ve sivil rejim de, devletin suçu kovuşturma ve cezalandırma işlevini yerine getirmede "zaafa düştüğü" dönemler olarak nitelenmektedir.

Görüldüğü gibi bu durum, hukukî güveni yokedici niteliktedir. Normal dönemlerdeki davranışların ileride suç sayılmayacağı konusunda bir güven ve güvence yoktur. Yasal bir partiye, derneğe ya da sendikaya girmek, bunlarda yönetici olmak ya da çeşitli yollardan düşüncelerini açıklamak gibi demokratik faaliyetler, sonradan, olağanüstü rejim ve yargılama koşullarında suç sayılıp mahkûmiyete yolaçabilmektedir. Bu açıdan tablo, *suçların ve cezaların kanuniliği* ilkesi açısından karamsarlık aşılayıcıdır. Bunda, "düşünce suçları" koyan

(138) H. ÇELENK, *Hukuk*, s. 70-79 (Ask. Yarg. 4. Daire, 15.2.1983 tarih, 9883/1-159 K.).

hükümlerin yargıçları, bilirkişileri, temyiz mercilerini dahi çelişik sonuçlara götürecek derecede muğlak olmalarının, dolayısıyla *"kanunilik"* ilkesine ters düşmelerinin de payı büyüktür.

Masumluk karinesi de sanığı koruyan ilkelerden olup kesin hüküm giyinceye kadar suçlu sayılmama, suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda bırakılmama ve "şüpheden sanık yararlanır" gibi esaslardan oluşur. 1961 Anayasasında ve CMUK'da açık olarak yeralmayan bu ilke Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasanın çeşitli hükümlerinden (Başlangıç, md. 2, 12, 31) hareketle anayasal korunma altında sayılmıştı (139). 1982 Anayasası, "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" (md. 38/4) hükmüyle konuyu anayasal düzeyde güvenceye bağlamıştır. Türkiye'de bu alandaki olumsuzlukların başta geleni, bazı beraat kararlarının "delillerin yetersizliği"ne dayandırılmasıdır. Bu durum, masumluk karinesine gölge düşürmekte, sanığın suçsuzluğu konusunda kamuoyunda kuşku yaratmakta, "şüpheden sanık yararlanır" düsturunu zedelemektedir (140).

Yargılama ve tutukluluk süreleri de sanığın haklarını yakından ilgilendirir. AİHS, gerek ceza yargılamasının, gerekse tutuklulukta geçirilen sürenin "mâkul" olmasını öngörmüştür (md. 5 ve 6). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı "mâkul süre"nin her olayda ayrı ayrı tartılması gerektiğinde birleşmiştir. Örneğin Komisyon, tutuklulukta geçen 3 yıllık *(Wemhoff/Federal Almanya Cumhuriyeti)* ya da 2 yıllık *(Neumeister/Avusturya)* sürelerin "mâkul" olmadığına karar vermiş, Divan da ilk olayda aksi, ikincisinde ise aynı sonuca varmıştır. Yine Divan, bir olayda *(Matznetter/Avusturya)* 2 yıllık tutukluluğu ihlâl saymazken, bir başka davada *(Stögmüller/Avusturya)* Sözleşme'nin md. 5/3 hükmüne aykırı bulmuştur. Bu kararlar üzerine Federal Almanya Cumhuriyeti ve Avusturya'da 1964 ve 1971 tarihlerinde yasa değişikliklerine gidilerek, özel durumlar dışında tutuklu yargılanma süresi 6 ayla sınırlanmıştır (141). 1975 Yunanistan Anayasası da tutuklulukta geçen sürelerle ilgili tavanlar koymuştur (md. 6/4). Başka ülkelerde de yasalarla sınır getirilmiştir (142).

Türk hukukunda ise ne tutukluluk ne de yargılanma sürelerinde bir sınırlama vardır. CMUK (md. 112) belli aralıklarla tutukluluk koşullarının araştırılmasını buyurmakla yetinmiştir. Bu nedenle de, aslında geçici bir koruma önlemi olan tutuklama, Türk uygulamasında

(139) E. 1973/37, K. 1975/22, Kt. 25.2.1975 (AYMKD, sayı 13, s.58 vd.); E. 1979/38, K. 1980/11, Kt. 29.1.1980 (AYMKD, sayı 18, s. 87 vd.).

(140) S. DONAY, *Sanığın Hakları*, s. 120.

(141) A. H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, p. 53-56.

(142) bkz. S. ÖZDEMİR, "Tutuklama ve süresi", *Cumhuriyet*, 22.9.1984.

kişi özgürlüğünü peşinen sınırlayan bir cezaya dönüşmüştür (143). Yıllarca tutuklu kalan sanıkların ilk duruşmada salıverilmesi ya da dava sonunda aklanması özellikle sıkıyönetim mahkemelerinde çok sık rastlanan bir durumdur (144). Haksız tutuklamanın ise, kişi özgürlüğü açısından tazminatla giderilmesi imkânsız zararlar doğurduğu açıktır. Böylece, tutuklamanın adeta otomatik olarak başvurulan bir önleme dönüşmüş olmasından doğan sakıncalar yüzünden, Türk hukuk uygulaması yasadan da geri bir tablo çizmektedir. Dahası, bazı mahkemeler (DGM'ler) yargıç yokluğu yüzünden çalışamaz duruma düştüklerinde, zamanında yargılanamayan yüzlerce sanık "zorunlu tutukluluk" olayını yaşamaktadır (145).

Öte yandan davaların adlî yargıda ve özellikle sıkıyönetim mahkemelerinde çok uzun yıllara yayılması, âdil yargılanma hakkını "yargılanmada mâkul süre" kavramı açısından da zedelemektedir (146). Yargılananların tutuksuz olmaları durumunda bile, yurtdışına çıkma vb. gibi hak ve özgürlüklerinin askıya alındığı hesaba katılırsa, yargılama sürelerinin uzunluğunun sanığın günlük yaşamının çeşitli kesimleri üzerindeki olumsuz etkileri daha iyi canlandırılabilir.

Sanığın *savunma hakları* açısından ortaya çıkan en vahim durum, bunların verdikleri dilekçelerde, mahkemedeki sorgu ve ifadelerinde kullandıkları sözcük ve tanımlar nedeniyle ek cezalara çarptırılmalarıdır. 12 Eylül 1980'den sonra yalnız İstanbul'da 3 sıkıyönetim askerî mahkemesince haklarında bu şekilde ek ceza verilen 87 sanığın bu davalardan dolayı giydikleri hapis cezalarının toplamı 556 yıl 3 ay ve 16 günü bulmuştur. Bu hükümlülerden 10 kadarı, biri 29 yıl 4 ay olmak üzere, 20'şer yılın üstünde ek cezalara çarptırılmış, bunlardan bazıları hakkındaki mahkûmiyet kararları Askerî Yargıtay tarafından onanmıştır. Bazı davalarda, sanığın esas davadan aklanmasına karşılık savunması sırasında suç işlediği gerekçesiyle 11 yıl hapse mahkûm olmuş olması ya da itiraz dilekçesinin esas davada aleyhine delil olarak karşısına çıkarılması gibi uygulamalar özellikle dikkat

(143) M. A. TUTUMLU, "Ceza yargılamasında tutuklama tedbiri", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987/5-6, s. 698-702; S. DONAY, *Sanığın Hakları*, s. 105-107.

(144) Örneğin DİSK davasında savaş hali hükümleri uygulanmasına karşın, savunma aşamasına gelebilmek için 4 yıldan fazla sürenin geçmesi gerekti; sanıklar bu süreyi tutuklu olarak geçirdiler (A. BAŞTÜRK, *Yargı Önünde Savunma*, s. 7 ve 59). Uzun tutukluluk yıllarından sonra beraat kararı örnekleri için bkz. *Nokta*, 18 Eylül 1988, s. 60.

(145) bkz. "Yargıçsız mahkemeler", *Nokta*, 16.8.1987, s. 12-13.

(146) Örnekler ve sürelerle ilgili çizelgeler için bkz. *Milliyet*, 11.4.1987, s. 9; *Cumhuriyet*, 15.2.1988. DİSK ve Dev-Sol davaları 10 yıldır sürmektedir (*Güneş*, 27.10.1990).

çekmektedir (147). Anayasa Mahkemesinin, savunmalar sırasında dile getirilen bazı görüşleri davalı (parti) aleyhine delil olarak değerlendiren bir kararını da bu arada hatırlatmak gerekir (148).

Bu durumun, savunma hakkının kutsallık ve dokunulmazlığını yokettiği açıktır. Zaten siyasal düşünce ya da eylemlerinden dolayı yargılanan kişilerin, bir de bunların savunmalarından dolayı ayrıca cezalandırılmaları (TCK. 142/3 ve 4'teki "övme suçu"), anlaşılması daha da zor bir durumdur.

Doğrudan doğruya ve dar anlamıyla yargılama hukukuna girmemekle birlikte, sorgulama yöntemlerinin acımasızlığı yüzünden tutuklu sanığın güvenliğini bozan ve *savunma hakkını* korkusuzca kullanmasını engelleyen bir uygulama da, Sıkıyönetim Kanununda yapılan bir değişiklikten kaynaklanmaktadır. 2354 sayılı yasayla eklenen Ek Madde 7 uyarınca, "Sıkıyönetim mercilerince yapılmakta olan bir soruşturma nedeniyle, sıkıyönetim komutanı veya askeri savcısı tarafından gerekli görülüp yazı ile istendiği takdirde, ceza infaz kurumları ile tutukevlerinde tutuklu veya hükümlü bulunan kimseler derhal bu mercilere teslim edilir". Buna benzer bir yetkiyi polise tanıyan daha sonraki tarihli bir yasa değişikliği (149) Anayasa Mahkemesi tarafından "kişi hürriyeti ve güvenliğini kurala bağlayan Anayasanın 19. maddesine aykırı" sayılarak iptal edilmiştir (150). Aynı güvensizlik sorunu Sıkıyönetim Kanununa dayalı uygulamalar için de geçerli olmakla birlikte, sözkonusu yasanın Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir (Anayasa Geçici madde 15). Son olarak 430 sayılı KHK ile buna benzer bir hüküm olağanüstü hal bölgesi için getirilmiştir (md. 3/c).

Adil yargılanma hakkını bozan bir başka uygulama da *cezalandırmada eşitsizlikle* ilgilidir. Sıkıyönetim Kanununun 19.9.1980 tarih ve 2301 sayılı yasayla değiştirilen 17. maddesi, sıkıyönetim ilânından sonra işlenen suçlarda sıkıyönetim mahkemeleri tarafından verilecek cezaları belli oranlar içinde arttırmıştı. Bu artırım daha sonraki 28.12.1982 tarih ve 2776 sayılı yasa değişikliğiyle de sürdürüldü. Buna

(147) Örnekler ve listeler: A. T. BERBER, "Savunma Cezası" *Cumhuriyet*, 27.1.1988, s. 6; *2000'e Doğru*, 8-14.11.1987, s. 29; *Yeni Gündem*, sayı 75. 9-15.8.1987, s. 20-21.

(148) "...bütünleşmenin henüz gerçekleşmiş bulunmadığını *savunma olarak ileri sürmek dahi*, üzerinde durulması gerekli bir davranıştır ve bölücü düşüncenin belirtisidir" (TİP'in kapatılması kararı: E. 1971/3, K. 1971/3, Kt. 20.7.1971; AYMKD, sayı 9, s. 122).

(149) 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 15. maddesine 16.6.1985 tarih ve 3233 sayılı yasanın (RG. 25.6.1985-18792) 5. maddesiyle eklenen fıkra.

(150) E. 1985/8, K. 1986/27, Kt. 26.11.1986 (AYMKD, sayı 22, s. 376-378).

dayalı uygulama nedeniyle yaklaşık olarak 10 bin kişinin 31 bin yıl civarında ek cezaya çarptırıldığı tahmin edilmektedir (151). Böylece cezanın ağırlığı suça göre değil, buna hangi mahkemenin baktığına göre değişmektedir. Buna göre, sıkıyönetimin kalkmasından bir gün önce yakalanan ile bir gün sonra yakalanan iki sanıktan birincisi sıkıyönetim mahkemesinde ağırlatılmış cezaya çarptırılabilirken, aynı suçtan dolayı DGM önünde yargılanan ikincisi TCK'da öngörülen cezayla cezalandırılmaktadır. Öteyandan sıkıyönetim mahkemelerinin uygulamasında, kendilerine yüklenen suçu ilk yasa değişikliğinin yürürlüğe giriş tarihi olan 19 Eylül 1980'den önce işlemiş sayılanlar da, suçun ve suç örgütünün devam ettiği gerekçesiyle bu ek cezalara çarptırılmıştır (152). Bu durumun hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine ve âdil yargılanma hakkına aykırılığı ortadadır. Nitekim İstanbul Sıkıyönetim 2 No'lu Askerî Mahkemesinin dört ayrı heyeti buradaki anayasaya aykırılık iddialarına katılmış ve durumu "ceza adaleti"nden ve yasa önünde "eşitlik" ilkelerinden sapma olarak görmüş, ama sözkonusu yasanın MGK tarafından yapılmış olmasını öne sürerek Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı sonucuna varmıştır (153). Geriye kalan tek çözüm yolu olan parlamento kapısı ise, muhalefete mensup bir milletvekilinin değişiklik önerisinin TBMM Adalet Komisyonu'nda iktidar partisi üyelerince reddedilmesi üzerine şimdilik kapanmıştır (154).

Son olarak, temyiz hakkı konusuna da kısaca değinmek gerekir. Bu konuda, sanığı temyiz hakkını kullanmaktan vazgeçirten fiili durumlara da rastlanmaktadır. Yargıtay incelemelerinin yıllarca sürdüğü çok sanıklı davaların hüküm giymiş tutuklu sanıkları, kısa süre sonra 3267 sayılı İnfaz Kanunundan yararlanabilecek durumdaysalar, temyiz yoluna gitmemekte, "suçlu" ya da "sabıkalı" olmaya rıza göstermektedirler. Çünkü böyle bir başvuru halinde sanığa verilen ceza kesinleşmediğinden, "ilâmın infazı" Cumhuriyet Savcılığınca yapılamayacak, mahkeme de duruşmaya son verdiğinden, istese de sanığı salıveremeyecektir. Bu yüzdendir ki, özellikle 1986 yılına kadar sıkıyönetim yargısında hüküm giyen pekçok tutuklu sanık temyiz hakkını kullanmaktan vazgeçmiş, bozma isteminde bulunanlardan bazıları da kesin kararın gecikmesi yüzünden daha uzun süre hapiste kalmamak ve şartlı salıverme indiriminden yararlanabilmek için dilekçelerini geri almak zorunda kalmışlardır (155).

(151) Listeler: *Cumhuriyet*, 26.6.1988, s.6

(152) "Adaletin çifte standardı", *Tempo*, 1-7.5.1988, s. 34-35.

(153) E.CİNMEN, "Sıkıyönetim Yasası'nın 17. maddesindeki ceza ile getirilen korkunç haksızlık", *Gün Dergisi*, Mart 1988, s. 4-6; "Adalet nerede?", *Görüş*. Şubat 1988.

(154) *Cumhuriyet*, 17.2.1988 ve 4.11.1988.

(155) R. KUMAŞ, "Suçlu olma hakkı", *Cumhuriyet*, 6.8.1986.

Hak arama özgürlüğünü ve savunma hakkını somutlaştıran ve pekiştiren kurum ve meslek avukatlıktır. Türk hukuku ve uygulaması bu noktada da cidî sorunlarla karşıkarşıyadır.

Bir kere, mali durumu avukat tutmaya elvermeyen sanığa "re'sen müdafi" tayini konusundaki olanak ve yükümlülükler yasada son derece dar tutulmuştur. AİHS "adaletin yararı gerektiriyorsa" parasız adlî yardımın yapılmasını isteme hakkını tanımışken, Türk hukukunda bu olanak biri zorunlu, öbür ikisi ihtiyarî olmak üzere (CMUK 764/2 ve 138) çok sınırlı üç sanık kategorisi hakkında öngörülmüştür. Oysa, ölüm cezası gerektiren suç ithamı ile mahkemeye verildiği halde malî gücü yetmediğinden avukat tutamayan ve bu şekilde mahkûm olan kişiler görülmüştür. Re'sen savunman tayini hakkının tanınmayışından doğan bu boşluğun ve adaletsizliğin Sözleşme'ye aykırılığı açıktır (156).

Avukat-sanık ilişkilerinde ve avukatın bilgilenme-savunma haklarını kullanmasında da çeşitli engeller vardır. Avukat, gözaltındaki kişiyle görüştürülmemekte, hazırlık soruşturması evrakını inceleyememekte, tutuklu ya da hükümlü müvekkiliyle serbestçe (denetimsiz) yazışamamakta ve görüşememekte, cezaevlerine ve mahkeme binalarına girerken üstü ve eşyaları özel notlarına varana kadar aranmakta ve incelenmektedir (157).

Öteyandan idarî yargıda, 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu (md. 20/3 ve 4) gereği, İdarenin işlem yaparken dayandığını ama "gizli" olduğunu ileri sürdüğü bilgi ve belgelere ulaşma olanağı da yoktur. Savunmayı silahsız bırakan bu "gizlilik", Devlet Memurları Kanununa göre verilen disiplin cezalarıyla ilgili davalarda dahi uygulama alanı bulabilmiştir (158).

Ceza yargılamasının son soruşturma aşamasındaki güçlük ve engeller, savunma hakkı ve avukatın özgürlüğü açısından önemli sorunları içerir.

(156) F. EREM, "Ceza adaleti açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, Yıl 2, 1980, s. 38; S. DONAY, *Sanığın Hakları*, s. 170-171.

(157) G. DİNÇ, *Perişeli Adalet*, Boyut yay., İstanbul 1988, s. 53; *Türkiye Barolar Birliği*'nin Devletbaşkanlığına, MGK Genel Sekreterliği ile Başbakanlığa sunduğu rapor (1981). Başbakanlığın 26.9.1989 tarih ve 08-3-383-18.873 sayılı genelgesiyle avukatın gözaltındaki kişiyle görüşebilmesi olanağı sağlanmıştır (Genelge metni için bkz. *Cumhuriyet*, 30.9.1989, s. 17). Ancak bu da savcılık iznine bağlanmış olup, uygulamada savcılar engelleyici bir tutum takınmaktadırlar.

(158) bkz. M. POLAT, "Savunma, savunma hakkı, dosya inceleme yetkisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1986, sayı 4, 5, 6, s. 258-261.

Bir kere gerek genel yargıda, gerekse sıkıyönetim mahkemelerinde "sözlü savunma" yargıçlarca pek sık engellenmektedir (159). Oysa savunmanın "sözlü" olarak yapılabilmesi, duruşmaların açıklığının bir gereği olduğu gibi, ceza davalarında "savunma"nın da özüdür.

Savunma, içeriği bakımından da tam bir güvence ve dokunulmazlık statüsüne sahip sayılamaz. TCK'da 9.7.1953 tarih ve 6123 sayılı yasayla yapılan değişiklikten bu yana "Dava ile ilgili olmayan ve ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan hakareti mutazammın yazı ve sözler" (md. 486/2) artık "takibat" konusu olabilmektedir. Bu kaypak düzenlemenin savunma özgürlüğü üzerinde ciddî bir tehdit oluşturduğu görülmektedir (160).

Daha çok sıkıyönetim mahkemelerinde görülen ve aynı sonucu yaratan bir başka uygulama da, avukatların mahkeme önünde disiplinsizlik nedeniyle duruşmadan çıkartılmaları ve tekrar halinde ilerki duruşmalara alınmamalarıdır. 353 sayılı askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 143. maddesine (fıkra 2) dayandırılan bu uygulamanın daha da ileri biçimi, aynı maddenin sonraki fıkralarına dayanılarak avukatlar hakkında da tutuklama ve bir aya kadar hapis cezası verilebilmesidir (161). Oysa avukatlar için özel yasa durumundaki Avukatlık Kanunu (md. 58) böyle bir işlemi engellediği gibi, MSB Askerî Adalet İşleri başkanlığı'nın 15.7.1965 tarih ve 65/4534-4 sayılı genelgesi de avukatların 353 sayılı yasanın 143/3 hükmünde geçen "kişi" terimine girmediğini bildirmiştir (162).

Avukatların *"işten yasaklanması"*yla ilgili olup, sonradan Anayasa Mahkemesince iptal edilen hüküm, savunma hakkını ve avukatın özgürlüğünü kısıtlamada daha da ileri gidiyordu. "Normal rejim"e geçildikten sonra Avukatlık Kanununda yapılan bir değişiklikle "haklarında (...) devletin şahsiyetine karşı cürümlerden biri ile kamu davası açılan (...) avukatların işten yasaklanmaları zorunlu"ğu getirilmişti (md. 154); yasaklama kararı Baro disiplin kurulunca, baronun hareketsizliği durumunda da Adalet Bakanlığınca verilecekti (163). Bu düzenleme iddia ve savunma hakkını (AY. md. 36), sanık dışında hiçbir

(159) F. EREM, "Sözlü savunma", *Cumhuriyet*, 12.7.1984. Örneğin son olarak, İstanbul Sıkıyönetim Mahkemelerinden birinde görülmekte olan ve 36 sanığı hakkında idam cezası istenmiş bulunan bir davada sözlü savunma için 1 saatlik süre verilmiştir *(Cumhuriyet*, 27.2.1988).

(160) İ. ÖZTURANLİ, "Savunma hakkı kutsaldır", *Nokta*, 6.5.1984. s. 66.

(161) Örneğin, Avukat Ercüment Tahiroğlu bu hükme dayanılarak cezalandırılmıştır. Avukatlara yönelik başka baskı örnekleri için bkz. *The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers*, January 1988-June 1989, Edited by Reed Brody, ICJ, Geneva 1989. p. 38-39; July 1989-June 1990, p. 97-99.

(162) T. KAZAN, "Avukatın özgürlüğü", *Cumhuriyet*, 1.6.1983.

(163) Kanun No: 3003, Kt. 8.5.1984.

kimse ya da merciin savunma avukatını azledememesi ilkesini, ceza yargılamasının "savunma makamı"nı da içeren kollektif karakterini bozduğu gibi, avukatlar açısından "masumluk ilkesi"ni ve çalışma özgürlüğünü, idare açısından da "kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide" uygulama yasağını (AY. md. 38) çiğniyordu. Bu arada bir meslek kuruluşu olarak "Baro"nun varlığı da hiçe sayılmıştı. Böylece, CMUK md. 148 uyarınca Bakan emri ile bir savcının bir avukat hakkında kamu davası açması, avukatın işten yasaklanması sonucunu yaratmaya yetecekti. Dolayısıyla savunma özgürlüğü tamamen siyasî-idarî müdahalelere açık hale gelmişti (164). Nitekim çok geçmeden bu yönde bir uygulama başlamıştır (165). Bundan bir süre sonra Anayasa Mahkemesinin verdiği bir iptal kararı, hukuka ve Anayasaya ters düşen bu durumu ortadan kaldırmış bulunmaktadır (166).

Yargıç ve Yargılama Kültürü

"Yargı" bölümünde şu ana kadar hemen hemen sırf hukukî bir çerçeve içinde kalındı, bu alandaki sorunların insan hakları üzerindeki olumsuz izdüşümlerine değinildi. Hukukî (pozitif) düzenlemelerin yargısal işlemler ve yargıç davranışları üzerindeki etkisi elbette çok önemlidir. Ama bu faktör tek başına belirleyici de olamaz. Hukuk ötesi alandan gelen birçok etken bu işlem ve davranışları etkiler, "yargı gerçeği"ni ya da yargının gerçek yaşamdaki yerini oluşturur. Bunlar genellikle, siyasal, sosyal ve kültürel alanla ilgili etkenlerdir. Burada özellikle, yargıcın hukuk, adalet ve yargılama kültürü üzerinde durulacaktır. İnsan haklarının Yargı'dan kaynaklanan ihlâllerinde, yargıcın genel ya da meslekî, kültürel zaaflarının rolü nedir?

Yargı bağımsızlığı konusundaki inanç ve direnç eksikliği bunların başında gelir. Kuşkusuz, yargı bağımsızlığı konusunda da pozitif hukukun getirdiği güvenceler büyük önem taşır. Ama, yargının bağım-

(164) Ç. ÖZEK, "Savunma hakkı kısıtlanıyor", *Milliyet*, 19.10.1984; A. SAV, "Geriye bir adım", *Cumhuriyet*, 31.10.1984; T. KAZAN, "Avukatın işten yasaklanması" (*Cumhuriyet*, 30.6.1984), "Avukatlık yasası anayasaya aykırı", (*Cumhuriyet*, 18.10.1984), "Avukatsız savunma olmaz), (*Cumhuriyet*, 12.11.1984).

(165) Ankara ve İstanbul Baroları, sıkıyönetim savcılarının istemlerini, avukatlarla ilgili davaların sözkonusu yasadan önce açılmış olduğunu öne sürerek reddettiler. İşten yasaklanması istenenlerin bir bölümü Barış derneği davasında savunmandılar. Malatya Barosu ise bir avukat hakkında "işen yasaklama kararı" aldı. Buradaki ilginç özellik, ANAP çoğunluğunca çıkarılan bir yasaya ve ANAP'lı Adalet Bakanı'nın müdahalesiyle açılan bir kamu davasına dayanılarak "işten yasaklanan" avukatın, Malatya'daki ana muhalefet partisi örgütünün başkanlığını da yapıyor olmasıydı.

(166) E. 1984/12, K. 1985/6, Kt. 1.3.1985 (AYMKD, sayı 21, s. 99 vd.).

sızlığını ve saygınlığını sağlamak ve korumak, yargıçların kişisel tutumuna da bağlıdır. Pozitif hukuk güvencelerinin eksik göründüğü bazı durumlar vardır ki, bu zaafiyet yargıcın kendi çabasıyla "bağımsızlık ve saygınlık" yolundaki atılımlarını engellememiş, hatta asıl bu çabalar sözkonusu değerlerin korunmasını sağlayabilmiştir. Örneğin pekçok batı ülkesinde yargıçların yürütme organı tarafından seçilip atanması ya da meslekî güvencelerinin zayıflığı gibi sakıncalar, uygulamada, yine yargıçların kararlı tutumuyla giderilebilmiştir. Demokratik kurum ve zihniyetlerin de bu konudaki büyük ve olumlu rolünü gözardı etmemek kaydıyla, bunun en tipik örnekleri Fransa'dan verilebilir.

Fransa'da, yargı, 5. Cumhuriyet anayasasında da bir "Güç" ya da "Erk" (Pouvoir) olarak değil, "Adlî Otorite" gibi sönük bir terimle anılmış (md. 64-66); bağımsızlık, doğal yargıç ilkesi, yüksek mahkemelerin statüsü, yargı denetimi ve hukuk devleti gibi konular ya hiç düzenlenmemiş, ya da çok genel formüllerle geçiştirilmiştir. Cumhurbaşkanının "adlî otoritenin bağımsızlığının teminatçısı" olduğunu bildiren ve Yüksek Hâkimler Kurulu'nu düzenleyen hükümler yargı bağımsızlığı ve teminatı açısından hiç de güven verici değildir, hatta 1982 Türk Anayasasındaki düzenlemelerden bile yer yer daha geri bir tablo çizmektedir. Ama, demokratik ve örgütlü bir toplum geleneği, yargı mensuplarının aktif direnci ve örgütlü mücadelesi gibi faktörler, sözkonusu sakıncaların pratikte büyük çapta giderilebilmesini mümkün kılmıştır. Bu sonuncu hususta, yargı bağımsızlığının en büyük güvencelerinden sayılan "Yargıçlar Sendikası"nın rolü bir kez daha hatırlatılabilir.

Türkiye'de ise yargı bağımsızlığının sağlanamaması ve hatta erimesi, bir ölçüde yargıç davranışlarıyla da ilgili görünmektedir. Bir kere yargı mensuplarının olağanüstü rejim dönemlerinde estirilen havadan fazlasıyla etkilendikleri görülmektedir. Normal dönemlerde suç sayılmayan birtakım eylemlerin bu dönemlerde suç sayılmasını ve ağır cezalara konu olmasını, olağandışı rejimler için mahkeme kararlarında yüceltici ifadeler kullanılmasını (167) başka türlü yorumlamak imkânsızdır. Yine bu dönemlerde yüksek mahkeme başkanlarınınaskerî rejimin şeflerini resmen ziyaretlerinin yargının bağımsızlığı ve saygınlığı açısından ne kadar sakıncalı olduğunu uzun uzadıya

(167) Bir yüksek mahkeme kararında geçen *"12 Mart inkılabı"* ibaresi bu açıdan dikkat çekicidir (Yrg. 8. CD., 18.1.1977, E. 1976/10027, K. 1977/240).

(168) Bir emekli yüksek yargıç şöyle yazmaktadır: "bu tarihi vebal korkak ve çekingen davranan o zamanın yargı yöneticileri ve ayrıca yargı ile ilgili sair tüm kurum ve kuruluşların temsilcilerine aittir" (İ. DOĞANAY, "Yargı yılının açılışı ve konuşmalar", *Cumhuriyet*, 21.9.1987).

anlatmak gereksizdir. Bu dönemlerde yargı bağımsızlığını bozan yasal ve anayasal değişiklikler karşısında gösterilen suskunluk da bugünkü tablonun doğmasında rol oynamıştır (168). Bu saldırılara karşı zamanında direnilmeyip sonradan eleştiri getirilmesi ise, tamamen yararsız sayılmasa bile etkili olamamakta, hatta bazan alaycı ve dokundurucu cevaplara yol açabilmektedir (169).

Normal düzenlere geçildikten sonra da, özellikle 1988'den beri bazı yargı mensuplarının yürütmenin üst yöneticilerine karşı gösterdikleri aşırı ilgi, "lobicilik" ya da "yerel destek arama" çabaları, bazı yüksek yargıçların hükümet ya da bakanlıklarca düzenlenen iç ve dış gezilere katılmaları (170), yine yargı bağımsızlığına gölge düşüren davranışlar olarak görülmelidir.

Yargıcın hukuk yaratmadaki rolü de, "kültür" sorununun bir başka yönüdür. Gelişmiş ülkelerde hukukun ve yargıcın insan haklarının korunması alanındaki rolü sürekli bir büyüme içindedir. İçtihadî ve yargıç yapımı anayasa hukuk iktidar ilişkilerinin yanısıra insan hakları sorunsalını da yenilemektedir. Anayasaya uygunluk denetimi alanının genişlemesi, "siyasal"ın hukukîleşmesi, yasama ve yürütmeyi bağlayan yazılı olmayan kuralların mahkemelerce "keşfedilmesi" ve böylece yeni bir "içtihadî hukuk"un oluşması bu sürecin başlıca çizgileridir. Fransız Danıştayı ve Anayasa Konseyi, İsviçre Federal Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, İtalyan Anayasa Mahkemesi, ABD Yüksek Mahkemesinin kararlarıyla oluşan yargıç yapımı anayasa hukuku, hak ve özgürlükler listesini de pekiştirmektedrir. Uluslararası yargı organlarının kararları da buna eklenmelidir. Dahası, "yasa"nın kutsallık zırhının aşılması ve aşınmasından sonra, şimdi mahkeme içtihatlarının da kutsallığı giderilmekte, "alternatif jürisprüdans" aranışları uç vermektedir (171).

İşin dikkate değer yönü, pekçok ülkede mahkemelerin kendi yol-

(169) 12 Eylül hukukuyla yargıya getirilen kısıtlama ve bağımlılıkları haklı olarak eleştiren Danıştay Başkanı O. Tüzemen'in konuşmasına karşılık olarak Cumhurbaşkanlığı Basın Danışmanlığından yapılan açıklamada yeralan şu ifadeler buna bir örnektir: "Ancak, Sayın Cumhurbaşkanımız, SayınTüzemen'in içine sindiremediği 1982 Anayasasının önemli bir kuruluşunun başkanlığını kabul etmesini ve bugüne kadar görevini uyumlu bir şekilde sürdürmesini anlamakta zorluk çektiklerini ifade etmektedirler. Sayın Tüzemen'in 12 Eylül'den sonra deneyimli bir hukukçu, son yıllarda da Danışkay Başkanı olarak düşüncelerini her zaman kendisine anlatmak imkânları bulunduğunu hatırlatan Sayın Cumhurbaşkanımız, Sayın Tüzemen'in tam emekli olmak üzereyken ortaya koyduğu görüşlerinden yararlanmakta gecikmelerini bir kayıp saymaktadırlar." (*Milliyet*, 14.12.1988).

(170) bkz. yuk, dn. 101 ve 102.

(171) bkz. B. ÇAĞLAR, *Anayasa Bilimi*, s. 5-42.

larını kendilerinin açmasıdır. Yazılı hukukun tanımadığı ya da açıkça belirtmediği olanakları kullanan yargıçların, insan haklarının korunması yolundaki çabalarının en belirgin örnekleri ABD ile Fransa'da yaşanmıştır. ABD'de, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi bir yasayla ya da anayasayla değil, yargı mercilerinin kendi girişimleriyle doğmuş, Anayasanın genel hükümlerinden yola çıkılarak insan haklarını koruyucu geniş bir içtihat repertuvarı oluşturulabilmiştir. Fransa'da Anayasa Konseyi ve Danıştay, insan hakları alanında parlamentonun yetkilerini yürütmeye karşı korumuş, yorum yoluyla Anayasadaki özgürlük eksikliklerini aşabilmiş, kamu özgürlükleri listesini ve bunların içeriğini sürekli yenilemişlerdir (172). Örneğin, 1974'deki yasa değişikliğinin de payıyla etkisini genişleten Fransız Anayasa Konseyinin, Anayasanın "kimse keyfi olarak tutuklanamaz. Birey özgürlüğünün koruyucusu olan adlî otorite, yasanın gösterdiği koşullar içinde bu ilkenin saygı görmesini sağlar" (md. 66) hükmünden çıkarttığı anayasal hak, özgürlük ve ilkeler, gerek sayıca, gerekse kapsam bakımından şaşırtıcıdır: bireysel özgürlük (taşıtlarda arama, yasadışı göçün önlenmesi, Güvenlik ve Özgürlük yasası uygulaması, malî takipler, vb.), kişi güvenliği ya da kişinin fizik varlığının korunması (tutuklama, gözaltına almalar, vb.), gidip-gelme, dolaşma ve seyahat özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, haberleşmenin gizliliği ve daha genel olarak özel hayatın korunması, ceza ve ceza usul hukukuyla ilgili anayasal ilkeler (cezaların orantılılığı, bir suçtan dolayı iki defa hüküm giymeme, masumluk karinesi, ceza yasasının geriye yürümezliği, daha hafif ceza koyan yeni yasanın geçmişteki olaylara da uygulanması, özgürlüğü bağlayan cezalar konusunda adlî yargıcın tek yetkili oluşu, sorgulama ve yargılamayla ilgili adlî otoritelerin ayrılığı, ceza yargıcının takdir özgürlüğü, ceza yargılamasında savunmanın hakları, vb.). Bunlar dışında Fransız anayasa yargıcı; genel olarak düşünsel özgürlükler (vicdan, kanaat, ifade, basın, görsel-işitsel yollarla düşünce açıklama ve iletme, öğretim, vb.), "siyasal haklar"ı ilgilendiren demokratik ilkeler (kuvvetler ayrılığı, siyasal parti düzeyinde çoğulculuk, seçim yasaları, seçim çevrelerinin belirlenmesi, vb.), sığınma hakkı, halkların kendi geleceklerini belirleme hakkı, dernek özgürlüğü, medenî haklar, vücuduna tasarruf edebilme hakkı, ekonomik ve sosyal haklar gibi konularda da "anayasal haklar"ı bir kuyumcu titizliğiyle örmektedir (173).

Böylece, Fransa açısından ortaya çıkan sonuç, insan haklarının ta-

(172) J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 266-277.

(173) F. MODERNE, "Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, Economica, Paris 1987, p. 66-69.

nınması ve korunma biçimi konusunda bu ülke anayasasında görülen yetersizliğin, ülkenin gene siyasal ve kültürel avantajları bir yana, yargıçların da çabalarıyla başka birtakım yollardan giderildiğidir. *"Hukukun genel ilkeleri"* kavramından hareket eden Danıştay, uzun zamanlardan beri, Anayasa Konseyi de bir süredir, yürütmeye ve yasamaya karşı esaslı birer fren rolü oynayabilmektedir. Bu ilkeler idare yargıcına, idarenin her türlü eylem ve işlemini denetleme hakkını verdirmiş olduğu gibi, ülkede *"liberal bir iklim"*in ve bir *"büyük hukuk istikrarı"*nın oluşmasına olanak sağlamıştır. O kadar ki aynı ilkeler idare yargıcına yalnız geleneksel hak ve özgürlüklerin değil, "talep hakları"nın yani sosyal hakların bir bölümünün geliştirilmesi fırsatını da sağlamış bulunuyor. Anayasa Konseyi de, *"yazılı olmayan hukuk ilkeleri"*ni kullanmak suretiyle "anayasallık bloku"nu zenginleştirme yolundadır. Dikkati çeken bir başka nokta, gerek Danıştay'ın, gerekse Anayasa Konseyinin, *"hukukun genel ilkeleri"*ne dayanarak verdikleri kararlar yoluyla, kendi denetim yollarını yine kendilerinin genişletmiş olmalarıdır. Nihayet bu durumun, bir *"yargıçlar hükümeti"* tehlikesine yolaçmadığı, gerek Danıştay gerekse Anayasa Konseyi üyelerinin bu yönde bir aşırılıktan uzak durma bilgeliğini bugüne kadar göstermiş oldukları da kabul edilmektedir (174).

ABD ve Fransa'da görülen bu durum başka ülkeler için de geçerlidir. Örneğin İsviçre'de Federal Mahkeme, yine anayasanın hak ve özgürlükler konusundaki eksikliklerini bazan yine anayasa metnine dayanarak, bazansa ondan esaslı biçimde ve serbestçe ayrılarak giderme yoluna gitmiş, temel hak ve özgürlükler listesini *"yazılı olmayan anayasal haklar"* anlayışıyla sürekli genişletmiştir (175).

Bütün bu örneklerin veriliş sebebi, Türk yargıcının bunlardan hemen "örnek ya da ibret" almasını önermek değildir. Böyle bir karşılaştırma ve öneri, bazı temel farklara ve özelliklere işaret etmediği sürece çok kaba bir yaklaşım olurdu. Bu fark ve özellikler nelerdir?

Bir kere, Türk yargıçlarının gerek denetim yetkileri gerekse güvenceleri bakımından bazı gelişmiş ülkelerdeki meslekdaşlarından çok geri bir konumda olmadıkları ve bu durumun onlara önemli sorumluluklar yüklediği hesaba katılsa bile, böyle bir karşılaştırmanın sırf hukukî planda yürütülmesi hatalı bir yöntem olur, haksız sonuçlara götürür. Çünkü ülkelerin *global sosyal ve siyasal sistemleri* yargının gerçek yeri ve performansı üzerinde de etkilidir. Örneğin ülke düzeyinde demokrasi ve özgürlüğün kurumsallaşmış ve kökleşmiş olup olmaması, yargı sorunsalının incelenmesinde ve yargıcın sorumluluk payının tartılmasında gözardı edilemeyecek bir etkendir. Bu nokta ih-

(174) J.-M. BECET/D. COLARD, *Les droits de l'homme*, p. 224-237.
(175) J.P. MÜLLER, *Eléments*, p. 24-27.

mal edildiğinde, örneğin Türk demokrasisinin kurumsallaşmamış olmasından doğan soruların faturasının da haksız ölçülerde yargıca yüklenmesi tehlikesi doğabilir. Ayrıca, Türk hukuk sisteminde ve kültüründe yasaya bağımlılık çok ileri düzeydedir ve bunun tarihsel nedenleri de vardır. Özellikle Cumhuriyet hukuk reformlarının yarattığı atmosfer burada anılmalıdır. Genç ve otoriter rejimin, devleti ve toplumu dönüştürme çabasında hukuk ve yeni yasalar önemli bir *araç* rolü oynamış, yargıcın da bunları harfiyen ve titiz bir şekilde uygulaması istenmiştir. Bu açıdan Türk yargıcının *"hukuk yaratma"*, hukuk doktrininin de *"ideal hukuku"* arama konusunda önemli iç köstekleri, çeşitli iç ambargoları olagelmiştir. Öteyandan, zengin bir yargıç yapımı hukuk olgusuna rastlanan ülkelerde anayasa ve yasalar insan hakları açısından yetersiz olsalar bile yasakçı değillerdir. Dolayısıyla yargıcın hukuk üretebilme olanağı oldukça geniştir. 1980 sonrası Türk yazılı hukuku ise, anayasası ve yasalarıyla aşırı derecede yasakçıdır. Bu anayasal ve yasal daraltımlar karşısında yargıcın manevra alanının da daraldığını kabul etmek gerekir. Nihayet, bütün bu olumsuz kuşatmalara karşın Türk yargıcının insan haklarının korunması yolundaki çabaları görmezlikten gelinemez. İdari yargıda derneklerle ilgili idarî işlemlere karşı, anayasa yargısında da siyasal parti kapatma istemlerine karşı (SP) ve olağanüstü hâl KHK'lerinin denetlenmesi konusunda takınılan tutumlar başta olmak üzere, bununla ilgili pekçok örneğe bu kitabın birinci bölümünde değinilmiş bulunmaktadır. Ancak Türk yargıcının insan hakları konusunda sorumluluğu tamamen kendisine ait gibi görünen olumsuz puanları da vardır. Bu kitabın konusu ve amacı "ihlâlleri ve kaynaklarını" göstermek olduğundan, burada da bunlara ağırlık vermek, *"Yargıcın hukuk ve yargı anlayışı ve kültürü"* çerçevesine giren olumsuzluklara eğilmek gerekir.

Anlayış ve kültür sorunları çerçevesinde dikkati çeken bir zaaf, Türk yargı uygulamasında, hukuk ile hukukötesi alanın, yargılama işlevi ile bilimsel gerçeği araştırma işinin birbirine karıştırılmasıdır. Özellikle, siyasal içerikli davalarda ve bunlarla ilgili mahkeme kararlarında sanık ya da davalıyla bilimsel polemiğe girişilmesi, "teorik ya da bilimsel gerçek" adına karar verilmesi gibi sapmalarla sık sık karşılaşılmaktadır. Huzur Partisi'nin kapatılması kararında Anayasa Mahkemesinin bu partinin programındaki "gerçeğe aykırı" iddialardan sözederek, kapatma kararına bir ek gerekçe getirmesi bunun tipik örneğidir (176). Bilimsel konuların tartışılma yerinin mahkeme-

(176) "Dokuz Heceli Olan Türk Alfabesi" sözü ile ne kastedildiğini, hangi eski Türk alfabesinin otuzbeş harfli olduğunu, ne program ne de savunmalar açıklamış değildir. *Yapılan araştırma ve incelemeler sonunda*, dokuz heceli ve otuzbeş harfli bir eski Türk alfabesinin *varlığı saptanamamıştır*. HP programındaki gerçeğe aykırı bu metinlerle..." (E. 1983/2, parti kapatma, K. 1983/2, Kt. 25.10.1983) (abç).

ler olmadığı açıktır. Bu gerçeğe ceza yargısında daha da sık sırt çevrilmektedir. "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" ile ilgili davalar hukuka ve ceza hukukuna yabancı malzemeyle dolmaktadır. Bu durum önce iddianamelerden başlamakta, sanık savunmaları da kısmen bu dalga uzunluğundan cevap vermekte (177), sonuçta dava dosyaları ve mahkeme kararları Türkiye tahlillerine ya da ideolojik tespitlere kadar uzanan geniş bir hukukdışı malzemeyle bezenmektedir. Yargıç kürsüsünden ideolojik söylev ya da nasihatta bulunmak da adeta bir hak sayılmaktadır (178).

Yargı anlayışı ve kültürü ile insan hakları arasındaki ilişkinin bir başka kritik noktası *"hangi hukuk?"* sorusuna verilecek cevaptadır. Yargıç, ne pahasına olursa olsun yasayı ve yasanın da özellikle sözünü (lafzı) mü uygulayacaktır; yoksa adalet, hakkaniyet, demokrasi, doğal hukuk, vb. kavramlara uzanarak yasadan belli ölçülerde uzaklaşma yetkisini kendinde bulabilecek midir? Birinci yaklaşım, çok kaba bir deyimlemeyle hukukî pozitivizm ya da "devletçi pozitivizm" çerçevesine girer. Burada, "hukuk kuralları devlet tarafından kabul edilenlerden ibarettir; böylece insan haklarını tanımlama işi de sadece devlete düşen bir görev ve yetki sayılır". İkinci yaklaşım ise, çıkış kaynağı ne olursa olsun (doğal hukuk, bireycilik doktrini, vb.) "olması gereken" ya da "ideal hukuk" ve hakkaniyet aranışlarına ve somut adaleti sağlama hedefine götürür. Bu iki görüş arasındaki çatışma antik çağın edebî ve felsefi klasiklerinden bu yana vardır ve sürmektedir. O zamanlar, "her ne olursa olsun yasaya saygı"yı öğütleyen Sokrates bunlardan birincisini, "yazılı olmayan yasalar" adına Kral buyruklarını bile bile çiğneyen Antigone ise ikincisini temsil etmekteydi (179).

Hiçbir hukuk ve yargılama pratiğinin bu sorun ya da seçimden uzak kalabileceği düşünülemez. Türk yargıcı da bu ikilem karşısında olagelmiştir. Cumhuriyet hukuk reformunu izlemek durumunda olan

(177) Örneğin DİSK I iddianamesinde, üretimin düşmesinde konfederasyonun öncülük ettiği grevler sebep gösterilirken, savunmada da istatistik ve endekslerle bu iddia çürütülmeye çalışılmıştır (bkz. A. BAŞTÜRK, *Yargı Önünde Savunma*, s. 226-288).

(178) Örnekler için bkz. "Yargıç: Böyle tehlikeli oyunu niye oynuyorsunuz?" *Cumhuriyet*, Haber, 21.5.1987; *2000'e Doğru*, 28 Haziran - 4 Temmuz 1987, s. 32. İzmir'de görülen "M. C. davası"nda beraat kararı veren mahkeme yargıcı da "ögüt" verme ihtiyacını duymuştur.

(179) Y. MADIOT, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Er. Masson, Paris 1976, p. 24. Antigone'yi yargılayan yargıçlardan üçüncüsü sanığa başka gözle bakmış, onu anlamaya çalışmış ve bunu da başarmıştı (bkz. Z. ARUOBA, *Çeşitli İnsan Hakları İlişkileri Açısından Hak Kavramı*, doktora tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara 1980, s. 23).

Türk yargıcı genellikle yasaya bağlı kalmıştır. Meclis üstünlüğü ve "millî irade" anlayışının da bunda payı olmalıdır. Gerçi, özellikle hukuk yargılamasında (özel hukuk) yasayı "adalete uygun hale koymak", her olayda somut adaleti gerçekleştirmek ve hatta yasadan oldukça ayrılıp bir içtihadî hukuk yaratma konusunda önemli çabalara rastlanmıştır (180). Ancak bu tavrın kamu hukukunda ve ceza yargılamasında (insan hakları alanı) izleri oldukça siliktir. Özellikle de, tek parti döneminin anti-demokratik mevzuatına eklenen 12 Eylül rejiminin otoriter hukuku karşısında ceza, idare ve anayasa yargıcının evrensel hukuk ilkeleri yolunda yasayı aşabilmede ya da yasayı bu yönde yorumlamada fazlasıyla çekingen davrandığı durumlar pek çoktur. Her alandan birer örnekle canlandırmak gerekirse; 19. yüzyılda yazılmış eserlerde bile "suç" bulan ceza yargıcının bugüne kadar "düşünce suçları" konusundaki olumsuz tutumuna ve *"açık ve yakın tehlike kriteri"* benzeri bir içtihat yaratmayışına, Danıştay'ın 1402 sayılı yasayla görevlerinden alınanlarla ilgili kararlarında, "bir daha kamu hizmetine giremezler" ibaresini uzun süre "ömürboyu kamu hizmetine girme yasağı" şeklinde anlamış olmasına, Anayasa Mahkemesinin elverişli yorum olanakları varken MGK yasalarını ve TBMM'nin savaş konusuyla ilgili kararını denetleme yoluna gitmeyişine işaret edilebilir.

Bu olumsuzluklarda Türk yargıcının genellikle *evrensel değerlere* ve *uluslararası hukuk normlarına* ve bunların bağlayıcı gücüne oldukça kapalı, dar pozitivist ve *milliyetçi* bir hukuki ve mesleki formasyona sahip oluşunun da herhalde payı büyüktür (181). İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Türkiye tarafından da onaylanmış olmasına rağmen, işkence altında alınmış ifadelerin delil sayılamamasına ilişkin hükmünün (md. 15) henüz hiçbir mahkeme tarafından dikkate alınmamış olması, bu bağlamda hatırlatılması gereken güncel bir örnektir.

Aslında, yargıç önünde alınmış olmayan ifadelerin ikrara delil sayılamayacağını bildiren CMUK 247 hükmü karşısında, Türk ceza yargıcının sorumluluğu daha da nettir, ve mahkemelerin bu hükmü titizlikle uyguladıkları söylenemez. "İfadeler işkence ile alınmış olsa bile, buna itibar edilir" diyen (182) ya da işkence suçunun oluşmuş sayılması için "basit bir dövmenin kâfi olmayıp, en azından 10-15 günü

(180) A. AYBAY, "Adalet ve Hukuk", *Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu*, THK/Çağdaş yay., İstanbul 1985, s. 108, 111-112.

(181) Buna istisna oluşturan az sayıdaki örneklerden biri Danıştay 12. Dairesinin *Helsinki Sonuç Belgesi*'ne yollama yapan E. 1977/1349 ve K. 1978/955 sayılı kararıdır. (bkz. R. AYBAY, "Implementation of the Helsinki Final Act by a Turkish Court", *Milletlerarası Münasebetler Türk Yıllığı*, XVII, 1978, s. 76-79).

(182) Erzincan 2 no'lu Sıkıyönetim Mahkemesi, E. 1982/160, K. 1984/5, Kt. 24.1.1984.

geçecek derecede rapor alınması gerektiğini" ifade eden (183) mahkeme kararları, yargıcın kişi dokunulmazlığı ve işkence konusundaki duyarsızlığını sergileyen örneklerdir (184).

Bazı yargıçların kültürel ve ideolojik saplantıları da, Adalete gölge düşürücü ve insan hakları açısından da ürkütücü niteliktedir. Bunun en popülerleşmiş örneği bir yargıcın kararında "Kadının sırtını sopasız, karnını sıpasız bırakmayacaksın!" şeklindeki bir "atasözü"ne (!) yer vermiş olmasıdır (185). Sıkıyönetim mahkemelerinde ve DGM'de görev yaptıktan sonra Yargıtay üyeliğine getirilen bir yargıcın, "12 Eylül öncesi(nde) birkaç vatan haininin devleti yıkmaya matuf komünist sendikalaşma hareketi" şeklindeki satırları, aynı yargıcın işkence iddialarını "evrensel nitelikte yıkıcı örgüt ve kuruluşlar tarafından organize edil"miş "yaygara"lar sayması yargıç bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda düşündürücü bir örnektir (186).

(183) Ankara Yenimahalle 1. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 1986/177, K. 1987/47. Kt. 10.2.1987.

(184) bkz. E. ÖZGEN, "İşkence ve İnsanlık Dışı Davranışlara Karşı Birleşmiş Milletler Andlaşması", *Bülten*, Türk Demokrasi Vakfı yayını, Temmuz-Ekim 1989, s. 17-20. Ayrıca bkz. bu kitabın Birinci Bölüm'ü (I, 3).

(185) *Çankırı Asliye Hukuk Mahkemesi* (Hâkim Mustafa Durmuş), E. 1985/179, K. 1985/254, Kt. 10.9.1985.

(186) O. K. KESKİN, *İşte Anarşi ve Terör, İşte Gerçekler*, Türkiye Fikir Ajansı yay. (akt. G. ÇAKIR, "Bir 'hukuk adamı'", *Görüş*, Mart 1989, s. 25.

Türkiye'de insan hakları ihlâllerinin boyutlarına ve hukukî nedenlerine işaret eden yukarki sayfalar birtakım toplu sonuçların ortaya konmasını mümkün ve gerekli kılıyor.

Günümüzün Türkiye'sinde insan hakları *anayasal ve yasal yasaklamalar, idarî izin sistemi ve müdahaleler* ile *ceza soruşturması ve yaptırımlarından* oluşan dar bir üçgenin içine hapsedilmiş bulunmaktadır. Bu üçgenin yukarda sıralanan kenarlarından ilk ikisi (yasaklamalar ve idarî izin ve müdahaleler), insan haklarının sınırlanmasında *"önleyici sistem"* adı verilen ve liberal anlayışın en çok eleştirdiği yöntem olup, bugünkü Türk hukukunda en aşırı boyutlarına ulaşmıştır. Yine liberal teorinin daha özgürlükçü bulduğu ve mahkemelerin rolünde odaklaşan *"bastırıcı sistem"* ise (ceza soruşturması ve yaptırımı), sayısız ve belirsiz suçlarla yığılı mevzuat karşısında ve *"adil yargılama"* koşullarının da oluşmaması nedeniyle *koruyucu* değil, esas olarak *baskıyı pekiştirici* bir işlev görmektedir. Yargısal denetim de (anayasa yargısı ve idari yargı) yine anayasa ve yasalar eliyle dar bir alana itilmek istenmiştir.

Bu durumda, "demokratik bir devlette hakların bütünlüğünü korumak için varolan kuvvetler ayrılığı ilkesi" (1) de anlamını yitirmekte, yasama, yürütme ve yargı erkleri *Otorite* adına ve *12 Eylül Hukuku* temelinde insan haklarına karşı ister istemez belli ölçüde kenetlenmektedir. İnsan ve insan hakları perspektifinden bakıldığında, bunlara karşı *fiili bir kuvvetler birliği rejimi* tablosu belirmektedir.

Yine *12 Eylül Hukuku* temelinde başkalaşan ve anlamı iyice koflaşan bir düstur da *kurallar hiyerarşisi* ilkesidir. Gerçi Kelsen'in, Hukuk'u sosyal çevre ve geçerliklerle olan diyalektik ilişkilerinden kopartıp soyutlayan bu teorisinin "uygunluk" anlayışı da biçimseldir: her kademedeki norm varlığını bir üsttekinden alır ve ona uyar (2). Bugünkü Türk hukuk teorisinde de, idarenin birel işlemlerinden kural işlemlerine (yönetmelik, tüzük vb.), oradan yasaya, yasadan da Anayasaya yükselen bir basamaklaşma vardır ve "alt normun üstte-

(1) P. M. BISCH, "Différents sens de l'indivisibilité des droits de l'homme", *Indivisibilité des Droits de l'Homme*, Les Actes du IIè Colloque Interuniversitaire, Fribourg 1983, Ed. Universitaires, de Fribourg 1985, p. 22.

(2) Ch. A. MORAND, "L'action du droit. Prolégomènes pour une étude de la mise en oeuvre des lois", *Recht als Prozess und Gefüge; Festchrift für Hans Huber*, Verlag Stampfl/Cie AG Bern, 1981, p. 94.

kine uygun olması gerekir" kuralı benimsenmiştir. (AY md. 11, 115, 124, 137). Ama, kurallar hiyerarşisinin insan hakları alanındaki izdüşümü genellikle şu paradoksu da içermektedir: insan haklarını ihlâl eden birel işlemlerin çoğu kural işlemlere ve yasaya, yasaların da çoğu Anayasaya uygundur; ya da bunların uygunluğu denetlenemez durumdadır. Böylece tutarlı bir bütün anlamında bir *"hukuk sistemi"* Türkiye'de de vardır, ama bu sistem özü itibariyle insan hakları ihlâllerini meşrûlaştırıcı işlev gören bir *"kapalı sistem"*, *"kapalı devre"* ya da *"kısır döngü"*dür. Hukuk sisteminin bu özellikleri, *"hukukla bağlı olma"*, *"hukuk devleti"* ya da *"hukukun üstünlüğü"* kavramlarının da içini boşaltmaktadır. Çünkü bunlar insan haklarına dayalı ve demokratik bir bağlamda anlam taşıyabilir ve güvence oluşturabilir. Yoksa, anti-demokratik ve otoriter rejimler de bir hukuk sistemine sahiptir, kural olarak da buna uygun işleyebilirler (3). Ama önemli olan, "Nasıl bir hukuk sistemi?" sorusuna verilecek cevaptır. Bu da, yürürlükteki hukukun sorgulanmasını gerekli kılar. 1980 sonrası Türk hukuk sisteminin insan hakları açısından böyle bir sorgulamada aklanamayacağı açıkça ortadadır.

Bu yargı, 1980 öncesi hukukunun verileri açısından da desteklenebilir. 1961 Anayasası döneminde geniş kapsamlı ve çağdaş bir *"Hukuk Devleti"* tanımı getirmiş olan Anayasa Mahkemesi şu unsurların altını çiziyordu: *"Hukuk devleti demek, insan haklarına saygı gösteren ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk ve Anayasaya uyan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı bulunan Devlet demektir."* (4) Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, *"Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar, memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır"* (5) derken de, hukukun genel ve çağdaş ilkelerine Anayasanın da üstünde bir yer tanımıştı. Yüksek Mahkeme başka kararlarında da, *"hukukî durumlarda kararlılık"* (istikrar) ve *"kazanılmış hakların korunması"* gibi ilkeleri hukuk devleti kavramı içinde saymıştı (6). Yine mahkemeye göre *"Hukuk devleti olmak, idare edilenlere hukuk güveni sağlayan bir düzen kurmak"* demekti (7). 12 Eylül rejimi ve hukuk ise, hukukî istikrarı ve kazanılmış hakları bozan, adaletsiz bir hukuk düzeni getiren, insan hakları ihlâllerini

(3) D. ROUSSEAU, "Les droits de l'homme de la troisième génération", *Droit Constitutionnel et droits de l'homme*, Economica, Paris 1987, p. 136.

(4) E. 1966/11 K. 1966/44 Kt. 29.11.1966 (AYMKD sayı 5, s. 11).

(5) E. 1963/166 K. 1964/76 Kt. 22.12.1964 (AYMKD sayı 2, s. 237).

(6) E. 1966/11 K. 1966/44 Kt. 29.11.1966 (AYMKD sayı 5. s. 11); E. 1967/41 K. 1969/57 Kt.23-25.10.1969 (AYMKD sayı 8. s. 58); E. 1969/60 K. 1970/8 Kt. 10.2.1970 (AYMKD sayı 8. s. 205);

(7) E. 1968/61 K. 1969/23 Kt. 29.4.1969 (AYMKD sayı 8, s. 5).

meşrulaştıran, idarî işlemler ile yasaların yargısal denetiminde büyük boşluk ve istisnalar getiren, denetlenebilen alanlarda yargının gücünü zayıflatan ve nihayet *"hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensipleri"*ne aykırı esaslar getiren yönleriyle insan haklarının başlıca güvencesi olan Hukuk Devleti kavramını da tahrip etmiştir.

Bugünkü olumsuzlukların hukuk alanındaki asıl kaynağının ise 1982 Anayasası olduğu meydandadır; çünkü sistem bu metin üzerine oturmuştur. Böylece, Anayasanın hazırlanışı sırasında yapılan, "aşırı tepkiler içeren anayasalar toplumsal şok yaratırlar"(8) şeklindeki uyarıların haklılık payı bugün iyice ortaya çıkmıştır. Gerçekten Türkiye o tarihten bu yana, insan hakları ihlâllerinin büyük çapta Anayasasından kaynaklandığını görmek gibilerden şaşırtıcı bir olayı yaşamakta, bir *Anayasa bunalımı* içinde yüzmektedir.

Gerçi yaşanan şok, uluslararası konjonktürün de yardımıyla özgürlükçü ve demokratik tepkiyi de güçlendirmiştir. Büyüyen hak ve ögürlük talepleri, dayatılmak istenen *"sistem"*in uzun süre yaşamayacağını ortaya koymuştur. Hukuk ve siyaset kamuoyu ile doktrininden yükselen eleştiriler, Anayasadan Ceza Kanunu'na ve hukukuna kadar mevzuatın nasıl yenilenmesi gerektiğini gösteren somut önerilerle beslenmektedir (9). Dayatılmak istenen *"sistem"*i veri kabul edip bunun içinde dolananlara karşılık, evrensel demokratik değerlerle bağlılıklarını sürdüren hukuk ve siyaset eleştirmenleri *"sistem"*in ideolojik payandalarını açığa çıkartmakta ve çökertmektedirler. Yargı organının ve özellikle idarî yargının, *"dayatılan hukuk"*a karşı Hukuk'un evrensel değerlerini önplana çıkaran kararları, sistem içinde şimdiden önemli güvence adacıkları oluşturmaya başlamıştır. Ulusal ve uluslararası alanda güçlenen demokrasi ve insan hakları akımı, siyasal karar organlarını bile birtakım iyileştirici önlemler almaya ve uluslararası denetime açılmaya zorlamaktadır.

Ne var ki, bütün bu demokratik baskı ve çabaların, kurumsallaşma ve kurallaşma kertesine dönüşmedikçe kalıcı bir değeri yoktur. Bu çerçevede, yargı yoluyla iyileştirmeler de sınırlı kalmaya mahkûmdur, bunlar sürekli ve yaygın bir güvence sistemi oluşturmaya yetmez. Türkiye gibi yazılı hukuka (yasaya) bağlılık geleneğinin çok güçlü, mevzuattaki kısıtlayıcı hükümlerin de çok bol olduğu ülkelerde, zaten geç ve güç devreye girebilen yargı organından, verebi-

(8) C SAN, "Toplumsal gerçekçilik ve anayasal düzenlemeler", *Ekonomik Yaklaşım*, 1982, sayı 7, Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi yayını, s. 14.

(9) Örnek olarak: N. TOROSLU, *Nasıl Bir Ceza Kanunu?* V yay., Ankara 1987; F. Yenisey, *Hazırlık Soruşturması ve Polis (Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Hukuku)*, Beta yay., İstanbul 1987.

leceğinden fazlası beklenmemelidir (10). Bu zaafiyetler uluslararası başvuru ve yargı yolları için haydi haydi geçerlidir; iç hukukta pekâlâ ellerinde olan iyileştirme olanaklarını kullanmayan siyasal iktidarların uluslararası denetim kapılarını açma konusunda gösterdikleri cevvaliyet, biraz, bu denetimin zaaflarını görmenin verdiği bir rahatlık duygusuyla da ilgili olabilir.

Sonuç olarak, Türkiye'de çağdaş bir insan hakları sistemi oluşturulabilmenin asıl yolu, Anayasası ve yasalarıyla mevcut hukukdüzeninin değiştirilmesinden geçmektedir. *"Türkiye'nin İnsan Hakarı Sorunu"*nun çözümü yolunda Hukuk'un payına düşen birinci gündem maddesi, varolan hukukun değiştirilmesi ve yeniden yapılandırılmasıdır.

(10) Nitekim, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 26. yıldönümü töreninde yaptığı konuşmada Anayasa Mahkemesi Başkanı M. Cuhruk, *"reaksiyoner* (reaksiyonel/BT) *hükümler"*e dayalı Anayasaların tehlikelerine değinir ve *"hürriyetçi demokratik rejimimizin geleceği"* açısından bir *"anayasa değişikliğinin yararı"*na işaret ederken *(Cumhuriyet,* 26.4.1988) yargı organının etkisinin sınırlılığını da vurgulamış olmaktaydı.

SEÇİLMİŞ KAYNAKÇA

AKAD. M; *Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi* (Doçentlik Tezi), İÜHF yay., İstanbul 1984.

AKER, Ö.; *Ben Devletim: Köleleştiririm I*, BDS yay., İstanbul 1989.

AKILLIOĞLU, A.: "Yargının sorunları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987/5-6.

AKILLIOĞLU, T.; "Anayasa uygunluk denetiminde yönetim hukuku ölçüleri (1983 sonrası mevzuatının özellikleri açısından)", Tebliğ, *Anayasa Yargısında Avrupa Modeli ve Türkiye*, İÜSBF/AYM, İstanbul 1987.

AKIN, İ; *Kamu Hukuku*, 4. bası, Üçdal neşr., İstanbul.

AKSOY, M.; "Güvenlik soruşturması denilen hukuksal sapıklığın MİT raporlarındaki korkunç yanlış ve yalanlar ışığında değerlendirilmesi", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Mülkiyeliler Birliği yay., Ankara 1988, s. 69-164.

ALDERSON, J.; *İnsan Hakları ve Polis* (çev. İ. Kuntbay), TODAİE yay., Ankara.

ALDIKAÇTI, O.; "Bilirkişi Raporu", *Yeni Gündem*, sayı 30, Ek, s. 84.

ALDIKAÇTI, O.; "La structure de l'Etat Turc", *La Répartition territoriale du pouvoir en Europe*, Editions Universitaires Fribourg, p. 128-167.

ALİEFENDİOĞLU, Y.; "Türk Anayasa yargısında iptal davası ve itiraz yolu", *Anayasa Yargısı 1984*, AYM yay., Ankara 1984, s. 99-137.

ALPASLAN, Ş.; *Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik* (Doktora Tezi), Teknik yay., İstanbul 1983.

"Amerikan İdari Yöntem Yasası" (çev. İ. Tarhanlı), İHİD, yıl 6, sayı 1-3, Aralık 1985, s. 225 vd.

ANTOINE, P.; "Retour aux libertés", *Projet*, no 151, janvier 1981, p. 78-86.

ARDANT, P.; "Les problèmes spécifiques posés par les droits fondamentaux dans les Etats en voie de dévoloppement", *Droit Constituionnel et Droits de l'Homme*, Economica, Paris 1987. p. 107-124.

ARUOBA. Z.; *Çeşitli İnsan İlişkileri Açısından Hak Kavramı* (Doktora Tezi), Hacettepe Üniversitesi, Ankara 1980 (Çoğaltma).

(Les) Assassinats politiques, Rapport sur la responsabilité des Etats, Amnesty International, Ed. du Seuil, Paris 1983.

AYBAY, A.;"Adalet ve Hukuk", *Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu*, THK/Çağdaş yay., İstanbul 1985, s. 104-112.

AYBAY, R.; *Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku*, AÜSBF yay., Ankara 1982.

AZRAK, Ü.; "İdari yargı denetiminin sınırı olarak idarenin takdir yetkisi", İHİD, 1985, sayı 1-3, s. 17-28.

BARRON, J.A./DIENES, C.T.; *Constitutional Law*, West Publishing CO, 1986.

Basın 80-84, Çağdaş Gazeteciler Derneği yay., Ankara 1984.

BAŞTÜRK, A.; *Yargı Önünde Savunma*, Çağdaş yay., İstanbul 1986.

BECET. J.-M./COLARD, D.; *Les droits de l'homme I, Dimensions nationales et internationales*, Economica, Paris 1982.

BECET. J.-M./COLARD, D.; "Les conditions d'existence des libertés", Document d'Etudes, Libertés Publiques, *La Documentation française*, no 4.01, janvier 1985.

BECET. J.-M./COLARD, D.; "La protection des libertés", Documents d'études, Libertés publiques, *La Documentation française*, décembre 1985.

BIDEGARAY, C./EMERI, C.; "La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France, *Droit Constitutionnel et Droits de l'homme*, Economica, Paris 1987, p. 13-39.

Bilan de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, 1975.

BISCH, P.M.; "Différents sens de l'indivisibilité des droits de l'homme", *Indivisibilité des Droits de l'Homme*, Les Actes du IIè Colloque Interuniversitaire, Fribourg 1983, Ed. Universitaires Fribourg 1985, p. 9-24.

BISHOP, J.W.; "Can Democracy Defend Itself Against Terrorism?", *Commentary* vol. 65, number 5, May 1978, p. 55-62.

BON, P.; "La protection juridictionnelle des droits de l'homme", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, Economica Paris 1987, p. 269-319.

Bulletin(s) d'Information sur les Activités Juridiques, Conseil de l'Europe.

CEMAL, M.; *Yüzaltmışüç*, Fatih yay., İstanbul 1974.

CHARTIER, M.; "La jurisprudence de Bundesverfassungsgericht sur les partis politiques", *Essai sur les Droits de l'Homme en Europe*, Premiere Série, t. 1, Bibliothèque Européenne, 1959.

CİHAN, E.; "50. yılda ceza muhakemesi süjesi olarak sanığın durumu ve sorgusu", İÜHFM, 1984, sayı 1-4.

COPPARD, K.; *IPI, The Defence of Press Freedom* (A History of the International Press Institute), London/Zurich.

COŞAR, A.; "1987-1988 Adalet Yılı açış konuşması", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987/4.

COŞAR, A.; "1988-1989 Adalet Yılını açış konuşması", *Bursa Barosu Dergisi*, Ekim 1988, sayı 33-34.

CÜNEYT, A.; *Açıklıyor/9*, Bilgi yay., Ankara 1986.

ÇAĞLAR, B.; *Anayasa Bilimi*, BFS yay., İstanbul 1989.

ÇELENK, H.; *Hukuksuz Demokrasi*, Çağdaş yay., İstanbul 1985.

ÇELENK, H.; *Hukuk.*, Süreç yay., İstanbul 1986.

ÇELENK, H.; *12 Eylül ve Hukuk*, Onur Yay., Ankara 1988.

ÇELENK, H.; *Hukuk Açısından TÖB-DER Davası*, Eğit-Der. yay., Ankara 1990.

DAL, K.; *Türk Esas Teşkilât Hukuku*, Ankara 1984.,

DAVER, B.; "İnsan hakları ve Türkiye", *F.H. Sur'a Armağan*, AÜSBF yay., Ankara 1983, s. 525-531.

DEJARDIN, C./DEBOEK, J.; "Conformité de la Constitution turque avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Rapport*, 16.12.1982.

DEMICHEL, F. et A./PİQUEMAL, M.; *Pouvoir et libertés*, Editions Sociales, Paris 1978.

DEMİRCİOĞLU, M.; "Toplu sözleşme düzeninde grev hakkı ve çıkmazları", *İktisat Dergisi*, Haziran 1985, s. 27-36.

Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme (Rédacteur général: K. Vasak), Unesco, Paris 1987.

DİNÇ, G.; *İnsan Haklarına Uzanmak*, Say yay., İstanbul 1986.

DİNÇ, G.; *Güvensizlik Üçgeni, 1402'likler, Fişleme, Güvenlik Soruşturması*, Say yay., İstanbul 1987.

DİNÇ, G.; *Pençeli Adalet*, Boyut yay., İstanbul 1988.

DOĞRU, O.; "Türkiye'de sendikalara siyaset yasaklarının dünü-bugünü", *İnsan Hakları Yıllığı*, s. 9, 1987, s. 127-168.

DONAY, S.; *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İÜHF yay., İstanbul 1982.

DURAN, L.; *İdare Hukuku* (Ders Notları), İÜHF yay., İstanbul 1982.

DURAN, L.; *Türkiye Yönetiminde Karmaşa*, Çağdaş yay., İstanbul 1968.

ELBİR, H.K.; "Kanun dışı grev, lokavt ve grev, lokavt yasakları", *1984 Yılı Konferansları*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, İÜHF yay., İstanbul 1985, s. 33-49.

EMANUEL, S.; *Constitutional Cases*, 4 th ed., NY 1986.

EREM. F.; "Ceza Adaleti Açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, yıl 2, 1980.

ERMAN, S.; Askerî Ceza Hukuku, 4. bası, İÜHF yay., İstanbul 1967.

EROĞUL, C.; "Anayasa sorunu," *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Haziran 1986, sayı 82, s. 3-8.

ERRERA, R.; *Les libertés à l'abandon*, 3 è éd., Seuil, Paris 1975.

FİŞEK, H.; "Türk Vatandaşlığı Kanunu açısından vatana bağlılıkla bağdaşmayan eylemler", *F. H. Sur'a Armağan*, AÜSBF yay., 1983, s. 381-399.

GEMALMAZ, M. S.; *"The Institutionalization of the "Turkish Type of Democracy". A Politico-Juridical Analysis of Human Rights*, Amaç yay., İstanbul 1989.

GEMLAMAZ, M. S. ; "Türk hukuk düzenlemesinde sineına filmlerinin sansürüne bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1987, sayı 4-6, s. 340-352.

GEMALMAZ, M.S.; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi*, Amaç yay., İstanbul 1990.

GEMALMAZ, M. S./DOĞRU, O.; *Türkiye'de Basın Özgürlüğü Mevzuatı (Yasalar ve KHK'ler)*, Basın Konseyi yay., İstanbul 1990.

GİULJ, S.; *Le statut de l'opposition en Europe*, La documentation française, Notes et études documentaires, 1980.

GÖLCÜKLÜ, F.; "Criminal Law", *Introduction to Turkish Law*, 2nd ed., Ed. by T. Ansay/Don Wallace, Society of Comparative Law, Ankara 1978.

GÖZE, A.; *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 3. bası, Beta yay., İstanbul 1986.

GÖZÜBÜYÜK, A.Ş.; *Yönetim Hukuku*, S. yay., Ankara 1983.

GÜLMEZ, M.; "Les bases constitutionnelles des relations collectives de travail", *Turkish Yearbook of Human Rights*, Institute of Public Administration for Turkey and the Middle East, vol 7-8, 1985, p. 73-96.

GÜLMEZ, M.; "Örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının uluslararası ilkeleri ve Türkiye", *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE, C. 9, 1987, s. 41-84.

GÜLMEZ, M.; *Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye*, TODAİE yay., Ankara 1988.

GÜLMEZ, M.; *Memurlar ve Sendikal Haklar*, İmge ktb., Ankara 1990

GÜNGÖR, Ş./KAVALALI, M.; *Uygulamada Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri*, Yetkin yay., Ankara 1990.

GÜRAN, S; "Yönetimde açıklık", İHİD, 1982, sayı 1-3, s. 101-112.
GÜRAN, S.; "Yargı denetiminin kapsamı", İÜHFM, 1986-1987, sayı 1-4, s. 35-40.
HAFIZOĞULLARI, Z.; "Bir bilirkişi raporu", AÜHFD, c. 39, 1987, s. 59 vd.
HAFIZOĞULLARI, Z.; "Türk Ceza Kanununun 142. maddesi üzerine bilirkişi raporları", SBFD, 1988, no 1-3, s. 199-221.
HAMON, L.; "La définition constitutionnelle des droits et des libertés en France", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, Economica, Paris 1987.
(The) Harassment and Persecution of Judges and Lawyers, 1988-1989, Ed. by R. Brody, ICJ, Geneva 1989.
HUSSEIN, M.; *Versant sud de la liberté*, Ed. La Découverte, Paris 1989.
IŞIKLI, A.; "2821 sayılı Sendikalar yasası ile 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Yasasının uluslararası normlara aykırılığı", *Sadun Aren'e Armağan*, Mülkiyeliler Birliği yay., Ankara 1989, s. 266-291.
İKİZER, M. Y.; *Batı'daki İnsan Hakları Uygulamaları ve Türkiye* (Basım yeri ve tarihi belirtilmemiş).
İNAN, N./OZANSOY, C.; "Yasama faaliyetleri açısından 12 Eylül", *Yapıt*, sayı 14, 1986, s. 3-42.
İSTANBULLU, K.; *Gözaltında Kaybolanlar*, 2. baskı, Yalçın yay., İstanbul 1986.
KABOĞLU, İ.; *La liberté d'association en droit public turc* (thèse), Université de Limoges, Faculté de droit et des sciences politiques 1981 (çoğaltma).
KABOĞLU, İ.; "Dernekler dönemeci", DÜHFD, sayı 1, 1983, s. 87-99.
KABOĞLU, İ.; "Le fonctionnement, le contrôle et la dissolution des associations suivant le droit public turc", DÜHFD, s. 2, sayı 3, 1985, s. 49-98.
KABOĞLU, İ.; *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF yay., Diyarbakır 1989.
KAPANİ, M.; *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi yay., Ankara 1987.
KARATEKE, O./KUTLAY, A.; *Yargıtay Ceza Genel Kurul ve Ceza Daireleri Kararları*, 1973 yılı, no 1.
KAZAN. T.; "Türkiye'de düşünce özgürlüğü", *İstanbul Barosu Dergisi*, c. 52. 1978, sayı 10-12.
KILIÇOĞLU, A.; "Yargının sorunları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987/5-6, s. 663-666.
KUNTER, N.; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. baskı, İÜHF yay., İstanbul 1980.
KUTAL, M.; "12 Eylül 1980 geçiş döneminde toplu iş sözleşmelerini düzenleyen yasa hakkında bazı düşünceler", *Ü. Doğanay'ın Anısına Armağan* 2, İÜSBF yay., İstanbul 1982.
"(La) *Lutte internationale contre le terrorisme*", *La documentation française*, Problèmes politiques et sociaux, 3.5.1975.
LÜLECİ, T./ÖZBAKAN, H.; *Askerî Yargı ile İlgili Kanunlar ve İçtihatlar*, c. II. Ankara.
MADIOT, Y.; *Droits de l'homme et libertés publiques*, Ed. Masson, Paris 1976.
MALINVERNI, G.; *La liberté de réunion*, Librairie de l'Université, Genève 1981.
MODERNE, F.; "Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés en France", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, Economica, Paris 1987, p. 63-106.

MORAND, Ch.-A.; "L'action du droit, Prolégomènes pour une étude de la mise en oeuvre des lois", *Recht als Prozess und Befüge, Festschrift für Hans Huber*, Verlag Stampfli/Cie AG Bern 1981, p. 93-107.

MORAND, Ch.-A.; Essai d'une théorie de la loi à l'occasion d'une étude de mise en oeuvre", *Le Droit en Action*, Ed. Georgi, St. Saphorin 1982, p. 307-326.

MORAND, Ch.-A.; "La liberté de la langue", *Mélanges A. Grisel*, La Chaux-de-Fonds, Er. Idées et Calendes, Neuchâtel, p. 161-179.

MORANGE, J.; *Libertés publiques*, PUF, Paris 1985.

MOURGEON, J.; *Les droits de l'homme*, PUF, Coll. "Que sais-je?", Paris 1981.

MUMCU, U.; *12 Eylül Adaleti*, 2. basım, Tekin yay., İstanbul 1987.

MUMCUOĞLU, M.; "2533 sayılı kanunla siyasal partilerin kapatılması olayına bir değişik yaklaşım", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Mülkiyeliler Birliği yay., Ankara 1988, s. 349-360.

MÜLLER, J.P.; *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux* (trad, par Hottelier/Mader/Rossinelli), Ed. Staempfli-Cie SA. Berne 1983.

NEBİLER, H.; *Ben Devletim: Fişlerim*, BDS yay., İstanbul 1988.

OĞUZMAN, K.; "Yeni Anayasanın toplu iş ilişkilerini ilgilendiren hükümleri", İHİD (R. Sarıca'ya Armağan), Yıl 3, sayı 1-3, 1982, s. 113-135).

ÖZ, R.; *Ben Devletim: Asarım*, BDS yay., İstanbul 1989.

ÖZAY, İ.; *Devlet, İdarî Rejim ve Yargısal Korunma*, Filiz ktb., İstanbul 1986.

ÖZBAKAN, H./ÇELİKKALE; *Sıkıyönetim Davaları ile İlgili Askerî Yargıtay Kararları ve Alakalı Mevzuat*, Çağ matb., Ankara 1982.

ÖZBUDUN, E.; *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin yay., Ankara 1986.

ÖZDEMİR, H.; *Rejim ve Asker*, Afa yay., İstanbul 1989.

ÖZDEN, Y.G.; "Anayasa Mahkemesi kanunkoyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yolaçacak biçimde hüküm tesis edemez kuralına nasıl gelindi? Bu kural nedir, ne değildir?" *Anayasa Yargısı 2*, Ankara 1986.

PARLA, T.; *Demokrasi, Anayasalar, Partiler ve Türkiye'nin Siyasal Rejimi*, Onur yay., İstanbul 1986.

PEKİN, F.; *Demokrasi, Sendika Özgürlüğü ve Sosyal Haklar*, Alan yay., İst. 1985.

PERİNÇEK, D.; *Anayasa ve Partiler Rejimi*, Kaynak yay., İstanbul 1985.

ROBERT, J.; *Libertés publiques*, 2è éd., Montchrestien, Paris 1977.

ROBERTSON, A.H.; *Human Rights in Europe*, Manchester University Press, 1977

ROUSSEAU, D.; "Les droits de l'homme de la troisième génération", *Droit Constitutionnel et Droits de l'Homme*, Economica, Paris 1987, p. 125-137.

SAÇLIOĞLU, N.; "Askerî yargının 1924, 1961, 1982 Anayasaları dönemlerindeki durumu", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1988, s. 406-432.

SAĞLAM, F.; *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, AÜSBF yay., Ankara 1982.

SAĞLAM, F.; "Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırları", *Anayasa Yargısı 1984*, AYM yay., Ankara 1984.

SAĞLAM, F.; "1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükler bakımından getirdiği sorunlar", *Bahri Savcı'ya Armağan*, Ankara 1988, s. 433-442.

SAN, G.; "Toplumsal gerçekçilik ve anayasal düzenlemeler", *Ekonomik Yaklaşım*, 1982, sayı 7, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Ekonomi Fakültesi yay., s. 1-14.

SAV, A.; "Devlet GÜvenlik Mahkemeleri", *Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi*, c. 4, s. 918-919.

SAVCI, B.; *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, AÜSBF yay., Ankara 1980.
SELÇUK, S.; *Çürütmeler*, Tekin yay., Ankara 1990
SEROZAN, R.; *Tüzel Kişiler*, Filiz ktb., İstanbul 1990.
SİNANOĞLU, N.; *Toplattırılan Yayınlar, Yargıtay Kararları*, Yeni Elif yay., Ankara 1980.
SOKULLU-AKINCI, F.; *Polis. Toplumsal bir Kurum Olarak Gelişmesi. Polis Alt-kültürü ve İnsan Hakları* (Doktora Tezi), İstanbul 1990.
SOYSAL, M.; *Anayasanın Anlamı*, 6. baskı, Gerçek yay., İstanbul 1986.
States of Emergency, CIJ, Geneva 1983.
TAN, T.; "1982 Anayasası yönünden yürütme görevi ve yetkisinin niteliği", *Anayasa Yargısı 1984*, AYM yay., Ankara 1984.
TANİLLİ, S.; *Nasıl Bir Demokrasi İstiyoruz?*, Amaç yay., İstanbul 1987.
TANÖR, B.; Sıkıyönetim sonrasında askerî mahkemeler", *Saçak*, sayı 24, Ocak 1984.
TANÖR, B.; *İki Anayasa (1961-1982)*, Beta yay., İstanbul 1986.
TARHANLI, İ.; "Sinemada sansür üstüne", İHİD, 1983, sayı 1-3, s. 123-132.
TENEKIDES, M.G.; "Rapport sur 'raports entre démocratie et droits de l'homme'", *Colloque: Démocratie et Droits de l'Homme*, Thessalonique 24-26 septembre 1987, Conseil de l'Europe, Strasbourg 1987.
TEZİÇ, E.; "Kanunların anayasaya uygunluğunun esas açısından denetimi", *Anayasa Yargısı 2*, Ankara 1986.
TEZİÇ, E.; *Anayasa Hukuku*, Beta yay., İstanbul 1986.
TOMUSHAT, CH.; "Constitution of the Republic of Turkey", *Report*, Council of Europe, Strasbourg 1982.
TROPER, M.; "Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?", *Pouvoir*, no 16, 1981, p. 5-15.
TUNAYA, T.Z.; *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 4. bası, İstanbul 1980.
TUNCAY. A.C.; "Sendika özgürlüğü, üyeliği, sendikaların faaliyetleri ve denetimi", *1984 Yılı Konferansları*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, İÜHF yay., 1985, s. 51-75.
TUŞALP, E.; *Eylül İmparatorluğu. Doğuşu ve Yükselişi*, Bilgi yay., Ankara 1988.
TUTUMLU, M. A.; "Ceza Yargılamasında tutuklama tedbiri", *Ankara Barosu Dergisi*, 1987/5-6.
UYGUN, O.; "1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin anayasal sınırları", *MHB*, sayı 2, yıl 8, 1988, s. 357-389.
ÜNEN, E.; "Anayasa kanunu anayasa hukukuna aykırıdır", *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/1, s. 45-49.
ÜSKÜL, Z.; *Siyaset ve Asker*, Afa yay., İstanbul 1989.
VELİDEDEOĞLU, H. V.; *12 Eylül, Karşı-Devrim*, Evrim yay., İstanbul 1989.
WEYL, R.; "Des droits-libertés au droit-pouvoir", *La Pensée*, no 227, 1982, p. 85-94.
YILDIRIM, A.; "Sanığın susma hakkı, *Ankara Barosu Dergisi*, 1988/5, s.682-701.
YILDIRIM, T.; "Anayasa Mahkemesi kararlarında yürütme organı", *Hukuk Araştırmaları*, MÜHF yay., c. 1, sayı 3, 1986.
YILDIZ, M.; "Federal Almanya'da siyasal partiler", *Hukuk Araştırmaları*, MÜHF yay., c. 2, sayı 1, 1987, s. 20-30.

BU KİTAP
1991 YILININ EYLÜL AYINDA
İSTANBUL'da ÇETİN MATBAASI'nda
BASILMIŞTIR.



BÜLENT TANÖR

1940'da İstanbul'da doğdu. Galatasaray Lisesi'ni (1959) ve İstanbul Hukuk Fakültesi'ni (1963) bitirdi. 1969'da Hukuk doktoru,1977'de de doçent oldu. 1983'de 1402 sayılı yasaya dayanan Sıkıyönetim Komutanı tarafından İstanbul Hukuk Fakültesi'ndeki görevinden alındı. Bu tarihten sonra Paris (X), Dijon ve Cenevre Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinde "konuk öğretim üyesi" olarak "Üçüncü Dünya'da Liberal Demokrasi" konulu dersler verdi. 1990'da Danıştay kararıyla İstanbul Hukuk Fakültesi'ndeki görevine döndü. Başlıca yayımları: Türk Anayasaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları (T. Beygo ile birlikte/1966), Diktatörlük üstüne (Çeviri), Anayasa Hukuku Meseleleri (1969), Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası (1969), Faşizm ve Büyük Sermaye (Çeviri 1975), Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar(1978), TCK 142. Madde, Düşünce özgürlüğü ve uygulama (1979), İki Anayasa (1986),Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu (1. baskı 1990), Osmanlı İmparatorluğu'nda Anayasal Gelişmeler (1991).

Fiatı: 20.000 TL. 91.34.Y.0175.27