

2001 YILI ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN YARATABİLECEĞİ BAZI SORUNLAR VE BUNLARIN ÇÖZÜM OLANAKLARI

*Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM**

Giriş

2001 Anayasa Değişiklikleri, partiler arasında varılan uzlaşmanın bir ürünü. Başka bir deyişle partiler, Anayasa değişikliği konusunda hangi noktalarda uzlaşmaya varabilmişse, o noktalarda yapılmış bir değişiklik. Bu nedenle bütüncül bir yaklaşım, bütüncül bir bakış içermiyor. Oysa beğensek de beğenmesek de 1982 Anayasası'nın bir çok noktada kendi içinde tutarlı bir bütünlük taşıdığını görmek gerekir. Anayasa'da yer alan belirli bir sistemi kaldırmaya karar verdiğimiz zaman, onun yerine, yapmak istediğimiz değişikliğe uygun, iç tutarlığı olan yeni bir sistem getirmek zorundayız. Aksi takdirde tutarsız, hatta abes sonuçların doğması kaçınılmaz olur. 2001 Anayasa değişiklikleri böyle olmuştur. Köklü değişiklikler yapılmıştır. Ancak bu değişikliklerin gerektirdiği iç tutarlılık Anayasa'nın bütününe yansıtılmadığı ve buna uygun yeni bir sisteme geçilmediği için, yeni sorunlar ve buna bağlı olarak da yeni tartışmalar gündeme gelmiştir. Bu sempozyumun ana başlıkları, bu gerçeği sergilemek bakımından yeterlidir.

Bu tebliğimizde Anayasa değişikliğinin getirdiği sorunları iki ana grupta ele almak istiyoruz. Bunlardan birincisi, temel hak ve özgürlüklerde genel sınırlama sisteminin kaldırılmasıyla ilgili sorunlar; ikincisi ise siyasal partiler alanında yapılan değişikliklerin getireceği sorunlardır. Tabii bu sorunları belirlerken, çözüm olanaklarını da birlikte düşünmeye çalışacağız.

Ancak hemen belirtelim ki bu çalışma, işaret edilen sorunları tüketici bir biçimde ele alma iddiasını taşımıyor. Esasen bir tebliğin yer ve zaman bakımından sınırlı olan çerçevesi içinde buna olanak da yoktur. Sorunların belli başlılarına işaret etmeyi; bunlara ve benzer sorunlara ilişkin çözüm olanaklarının özünü ortaya koymayı bu tebliğ bağlamında yeterli görüyoruz. Bu yönde yapılacak başka çalışmalarla eksikliklerin tamamlanabilir.

* Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF Öğretim Üyesi

I. Temel Hak ve Özgürlüklerde Genel Sınırlama Sisteminin Kaldırılmasının Yaratacağı Sorunlar ve Bunlara İlişkin Çözüm Olanakları

A. Sorunun Kaynağı

2001 Anayasa Değişikliği'nde göze çarpan en radikal reform, temel hak ve özgürlüklerde genel sınırlama sistemini kaldırmış olmasıdır. Bilindiği gibi, Anayasa'nın 13. maddesinin değişiklikten önceki metninde, tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama nedenlerine yer verilmişti. Bu sisteme uygun olarak temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde bazı istisnalar dışında¹ bu sınırlama nedenlerine ayrıca yer vermeye gerek görülmemişti. Ancak belli maddelerde genel sınırlama nedenlerine ek olarak o hak ve özgürlüğe ilişkin özel sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Bu sistem, sınırlamayı ön plana alan yaklaşımı içinde mantıklı bir tutarlılık göstermektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan köklü değişiklikte ise, genel sınırlama nedenlerinin tamamı bu maddeden çıkarılmış ve buna koşut olarak "*temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılacağı*" ilkesi öngörülmüştür. Böylece temel hak ve özgürlükler, 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerinin baskı ve ağırlığından kurtarılmış, özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna olarak düşünülmesi gerektiği anlayışına geçilmiştir.

Ancak bu anlayış değişikliği aynı zamanda bir sistem değişikliğidir. **Genel sınırlama sisteminden farklılaşmış - kademeli sınırlama sistemine geçiş**, belli bir ön çalışmayı gerektirir. Böyle bir sistem değişikliğine gidilirken, her bir temel hak maddesinin yeniden gözden geçirilmesi ve o temel hakkın koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve bu alanın içeriğine uygun sınırlama nedenlerinin ilgili maddeye eklenmesi gerekir. İşte aşağıda değineceğim sorunlar, 2001 Anayasa Değişikliği'nde böyle bir çalışmanın ve düzenlemenin yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Oysa 2001 Anayasa değişikliklerinden önce TÜSİAD, TOBB ve TBB girişimi ile değişik zamanlarda Anayasa Hukuku alanından çalışan değişik uzmanlarca hazırlanan gerekçeli Anayasa önerilerinin

¹ Bu konuda mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddede yer alan "kamu yararı", bir örnek olarak verilebilir.

tümünde bu yönde çalışmalar yapılmış, farklılaşmış - kademeli sınırlama sisteminin örnekleri, birbirine çok yakın ve paralel bir çizgi izlenerek, birbirini tamamlar bir biçimde sunulmuştu. Anayasa değişiklikleri formüle edilirken, bu çalışmaların kısmen örnek alındığı, ancak bu örneklerin, çalışmanın bütünlüğünü dikkate almayan parçacı bir yaklaşımla seçildiği anlaşılmaktadır.

Şu halde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması alanından yapılan köklü değişiklik, özünde olumlu, ama Anayasa'nın bütünlüğü içinde yeni sorunlara ve tartışmalara yol açacak derecede eksik bir değişikliktir. Bu eksiklikten kaynaklanan sorunların önemli bir bölümü, "**abes sonuçlar**" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların örnekleri, genç meslektaşımız Kemal GÖZLER'in makalesinde sıralanmıştır.²

B. Sorunun Belirlenmesinde ve Değerlendirilmesinde Yöntem

Ancak hemen belirtelim ki bu tür "abes sonuçlar"ın önemli bir bölümü, birazdan açıklanacağı üzere, "**görünüşte sorun**" niteliğindedir. Bu bağlamda neyin gerçek anlamda bir "anayasal sorun" ve neyin "görünüşte sorun" olduğunu, farklılaşmış - kademeli sınırlama sistemi ile bağlantılı bir temel hak ve özgürlük anlayışı içinde değerlendirmek gerekir. Aksi takdirde sözünü ettiğimiz "görünüşte sorunlar", anayasal yaşamı çözümsüz bir sorun yumağına dönüştürür.

Sınırlamanın farklılaşması ve sınırlama gereksinimin farklı ve kademeli bir nitelik kazanması, her bir temel hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel yaşam alanı kesitinin farklı olmasından kaynaklanır. Bu farklılık, siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel olduğu kadar tarihsel nedenlerle belirlenir. Bu anlamda **soyut ve içeriksiz bir özgürlük yoktur**. Çünkü her şeyden önce soyut ve içeriksiz bir özgürlüğün yasaları neyle (hangi nesneyle) bağlayacağı sorusuna mantıki bir cevap getirmek mümkün değildir. Şu halde temel hak ve özgürlükler, yasal düzenleme ya da sınırlama olmasa da sınırsız bir kullanım olanağı sağlamamakta, nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma cevaz vermektedir. Burada temel hak normunun geçerlilik içeriğinin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Bu konu "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" başlıklı kitabımızda

² Bkz. Kemal GÖZLER, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri": Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2001/4, Yıl:59, s.53 – 67.

ayrıntılı olarak açıklanmıştır.³ Bu bağlamda anılan çalışmamızdan bir bölümü aktarmakla yetiniyoruz.:

Temel hak normunun geçerlilik alanının belirlenmesinde "... özellikle gözönünde tutulması gereken nokta, temel hak kullanımı olarak gözükebilecek eylem biçim ve olanaklarının o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanı içindedir. Yani burada normun koruduğu temel hak kullanımı, yalnızca norm alanının sağladığı spesifik (özgöl) eylem olanaklarıdır. Buna karşılık bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal bir bağlantı (arızı bir ilişki) içinde gözüken eylem biçimleri, o temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmazlar."⁴

Öte yandan her bir temel hak ve özgürlük, nesnel sınırları yanında, yine aynı anayasada güvence altına alınmış başka temel hak ve özgürlük alanıyla çatıştığı oranda, pratik uyum ilkesinin⁵ sonucu olarak, yasal sınırlamadan bağımsız ayrı bir sınırlamaya maruz kalmaktadır.

Şu halde bir temel hak ve özgürlüğün nesnel ve anayasal sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığı saptanmadan, sınırlama sorununun gerçek mi yoksa görünüşte bir sorun mu olduğunu değerlendirmek yanıltıcı olur.

C. Sorunun Belli Örnekler Çerçevesinde Değerlendirilmesi:

Genel sınırlama sistemi kaldırılırken, farklılaşmış - kademeli sınırlama sistemine geçişin gerektirdiği düzenlemelerdeki eksikliğin yaratacağı sorunları bu perspektifle değerlendirirsek, ilk bakışta absürd bir sonuç olarak karşımıza çıkan sorunların, aslında ilgili temel hak ve özgürlüğün nesnel ya da anayasal sınırları dışında kaldığını görebiliriz.

³ Bu konuda bkz. Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s. 49 vd., 129 vd..

⁴ SAĞLAM, age, s. 49 vd.

⁵ Bu ilkeye göre çatışan haklar ya da anayasal normlardan her birine optimal normatif etki sağlayacak bir çözüm bulmak gerekir. Bu da çatışan haklardan her birinin belli ölçüde sınırlamaya uğraması demektir, bkz. SAĞLAM age., s. 39 vd., 136 vd.

1. Sözleşme Özgürlüğü – BK m.20 – MK m.23:

Anayasa'nın sözleşme özgürlüğünü güvence altına alan 48. maddesinde belirli bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında : *“Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”* denildikten sonra 2. fıkrada: *“Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”* hükmüne yer verilmiştir. Burada geçen **“milli ekonominin gerekleri”** ve **“sosyal amaçlar”** teknik anlamda sınırlama nedeni olmayıp, anayasanın bu alanda devlete yüklediği ödevin unsurları niteliği taşımaktadır. Devlet bu ödevini yerine getirdiği oranda sözleşme özgürlüğü de belirli bir sınırlamaya uğrayacaktır. Ancak bu sınır, **anayasal sınır** niteliği taşımaktadır.

Kamu düzeni ve genel ahlak ve kamu yararı, bu özgürlük bakımından akla gelebilecek sınırlama nedenleridir. Örneğin TBB Anayasa önerisinde bu özgürlüğün sınırlama nedeni olarak kamu yararı öngörülmüştür.

Ne var ki genel sınırlama nedenleri kaldırıldıktan sonra da bu maddeye herhangi bir sınırlama nedeni eklenmemiştir. Bu durum, kuşkusuz sistemin gerekleri bakımından önemli bir eksikliklerdir.

Bu durum sözleşme özgürlüğü bakımından bazı soruları gündeme getirmektedir: Örneğin Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan: *“Bir sözleşmenin konusu ... hukuka veya ahlaka aykırı ise, o sözleşme batıldır.”* hükmü, itiraz yoluyla AYM önüne gelirse, Mahkeme bu hükmü anayasaya aykırı bulup iptal mi edecek ?

Ya da Medeni Kanun'un 23. maddesinde yer alan :*“Kimse hürriyetini kanuna ve umumi adaba aykırı bir şekilde sınırlayamaz.”* hükmüne veya İş Kanunu'nun ya da diğer yasaların zayıfı koruyucu hükümlerine aykırı bir sözleşme Anayasa açısından geçerli mi olacak?

Sözleşme özgürlüğü ile ilgili maddede bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olmasına rağmen, bu sorulara olumlu cevap vermek mümkün değildir.

Çünkü bir kere kişilik haklarına aykırı bir sözleşmenin Medeni Kanununun 23. maddesi uyarınca batıl sayılması⁶ ya da İş Kanunu'nun işçiyi, kadını ya da çocuğu koruyucu hükümlerine aykırı bir sözleşmenin geçersiz olması, bu sözleşmelerin içerikleri bakımından başka anayasal normlarla ve başka temel haklarla (örneğin Anayasanın 12. maddesi, sosyal devlet ilkesi ve çalışma ile ilgili hükümleri ile) çatışma içinde olması nedeniyle anayasal sınır kapsamı içinde değerlendirilmek gerekir. Böyle bir sözleşmenin geçersizliğini sağlamak için sözleşme özgürlüğü ile ilgili maddede basit ya da nitelikli bir yasa kaydının ya da özel bir sınırlama nedeninin yer almasına gerek yoktur.

Konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmeler⁷, sözleşme özgürlüğünün nesnel koruma alanı ile spesifik bağlantı içinde olmayan, yalnızca arızı ya da tesadüfi bağlantı olarak ortaya çıkan kullanım biçimleridir. Sözleşme özgürlüğünün iktisadi ve sosyal içeriğinin ötesinde **salt tarihsel perspektifle bakılsa bile**, konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmelerin "akit serbestisi" kavramı dışında kaldığını çeşitli ülkelerin Medeni Kanunları ya da Borçlar Kanunları hükümlerine bakarak belirlemek mümkündür. Bu yasalar, temel hak ve özgürlüklerin yasaları da bağladığı anlayışının henüz ortaya çıkmadığı ve bu bağlılığın Anayasa yargısı ile sağlanmadığı dönemlerin yasalarıdır. Sözleşme özgürlüğünün, yasaları da bağlayacak şekilde anayasal güvence altına alınması, anılan özgürlüğün ilke olarak bu yasalardaki geleneksel içeriği ile resepsiyonu anlamına gelir. Anayasal güvenceye, bu çerçeveyi aşan, ahlaka aykırı sözleşmeleri de anayasal koruma alanı içine alacak bir anlam yüklemenin hiçbir nesnel ya da mantıksal açıklaması olamaz.

Ancak **konusu hukuka aykırı sözleşmeler** bakımından aynı savunmayı yapmak mümkün değildir. Çünkü burada sözleşme konusunun hukuka aykırılığı, kişilik haklarına ve genel ahlaka ve zayıfın korunması amacına aykırılığın dışında bir anlam taşıyacaksa, bunun kamu düzeni, kamu yararı gibi bir sınırlama nedenine dayanması gerekir.

⁶ Bu konuda düşünülebilecek örnekler için bkz., Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, s. 101 vd.: "din değiştirmeyi belli şahısla evlenmeyi veya evlenmemeyi, belli bir partiye üye olmayı veya olmamayı öngören sözleşmelerin batıl olması"

⁷ Örnekler için bkz. Safa REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, s. 102 vd. "Evlilik dışı ilişki için bir edim vaadi, fuhuş için ev kiralanması, yabancı bir ülkeye kaçak eşya sokmayı öngören sözleşmeler, bir doktorla bir eczacı arasındaki, tedavi ücretinden veya eczanenin kazancından pay ayrılması karşılığında hasta göndermeye ilişkin sözleşmeler"

2) Karantina Örneği:

1961 Anayasası'nda "salgın hastalıkların önlenmesi", seyahat ve yerleşme özgürlüğünün sınırlama nedeni olarak öngörülmüştü. 1982 Anayasası'nda buna yer verilmemiştir. Çünkü 13. maddede "genel sağlığın korunması", bir sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. Bunun "salgın hastalıkları önleme" amacını da kapsadığı açıktır. Ancak, 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olması, artık bir bölgenin salgın hastalıkları önleme amacıyla karantinaya alınmayacağı anlamına gelmemektedir.⁸ Bu özgürlüklerle ilgili anayasa kuralları, salgın hastalık tehlikesi altında dahi seyahat ve yerleşme özgürlüklerine koruma sağlayacak bir nesnel içeriğe sahip değildir. Çünkü bu özgürlüklerin salgın hastalık tehlikesi altında kullanılması, seyahat ve yerleşme özgürlüğünün norm alanı ile özgül bir bağlantı içinde olmayan ve bu norm alanları ile sadece arızı ve tesadüfi bir bağlantı içinde kalan bir kullanım biçimidir.

Aynı şey, karantina bölgesinde yapılmak istenen toplantı ve gösteri yürüyüşü, ya da ibadet özgürlüğü açısından da geçerlidir. Bunun gibi, İnşaat, yangın ve salgın hastalıklarla ilgili yasal önlemleri, toplantı, dernek, din ve vicdan özgürlüklerinin norm alanı içinde saymak da mümkün değildir.⁹

3) İsteyenin İstedığı Yerde Kurban Kesmesi – Kamuya açık yerlerde Sigara İçilmesi:

GÖZLER'in makalesinde yer alan bu örnekler, bu sorun üzerinde düşünmeyi provoke edecek niteliktedir. Ancak tesbitlerindeki kesinliğe katılmak mümkün değildir. Çünkü hukuk öğretisinin işlevi, çözümsüzlüğün tasviri değil, çözümün üretilmesinde yol göstermedir.

Özellikle bir kişinin "yolun ortasında kurban kesip, trafiğin işlemlerine engel olmasına polisin müdahale etmesini" anayasaya aykırı bulmak¹⁰ mümkün değildir. Çünkü bu müdahale ibadet özgürlüğünün norm alanı ile tam anlamıyla arızı bir bağlantı özelliğini taşıyan ve bu niteliği ile de onun nesnel koruma alanı içinde yer almayan bir kullanım biçimine yöneliktir. Aynı şekilde yolun ortasında

⁸ Farklı görüş için bkz. GÖZLER agm., s. 64 vd.

⁹ SAĞLAM, age., s. 51 vd..

¹⁰ GÖZLER, agm, s.65.

namaz kılmak, ya da sehpa kurup resim çizmek de ilgili özgürlüklerin nesnel koruma alanları dışında kalan kullanım biçimleridir.

Başkasına zarar vermeyecek bir yerde kurban kesilmesi ise, bu alanda kamu düzeni ve genel sağlığın korunması gereksinimi açısından bir sınırlama sorununun varlığına işaret eden bir örnektir.

Kamuya açık yerlerde sigara içilmesine ilişkin yasağa gelince, burada başkalarının hak ve özgürlükleri ile ve özellikle herkesin “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” ile sigara içme özgürlüğü arasında yapılacak bir pratik uyum çerçevesinde sorunun aşılabilirliğini belirtmek gerekir. Kaldı ki isimsiz temel hak ve özgürlükler, aşağıda da açıklanacağı gibi, “evleviyet” kuralı (argumentum a fortiori) gereği basit yasa kaydına bağlı sayılmalıdır.

D. Sorunun Yeni Bir Anayasa Değişikliği İle Çözülmesi Zorunluğu:

Genel sınırlama sisteminin kaldırılmasıyla ortaya çıkan sorunların çözümsüz bırakılmamasını sağlamak amacıyla yukarıda işaret ettiğimiz olanaklar, sorunu bir ölçüde hafifletse bile, bir çok noktanın tartışmalı kalmasını önleyememektedir. Bu nedenle sorunun asıl çözümü, yeni Anayasa değişikliği paketi içinde farklılaşmış, kademeli sınırlama sisteminin gereklerine uygun bir düzenlemenin yapılmasıdır. Bu konuda daha önce yapılmış olan çalışmalar örnek alınabilir. Bu bağlamda bazı noktaların altını çizmek gerekir:

1) Kimi özgürlüklerde bir **sınırlama nedeninin öngörülmemiş olması**, farklılaşmış – kademeli sınırlama sistemini içinde mümkündür. Anayasa'nın 25. maddesinde yer alan “düşünce ve kanaat hürriyeti” bunun en tipik örneğidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de 9. maddenin 1. cümlesinde düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olma hakkı herkese herhangi bir sınırlama nedenine tabi olmaksızın ve mutlak bir anlamda tanınmıştır. Bu anlamda kimse bu değerlere ilişkin kanısını açıklamaya zorlanamaz, inançları nedeniyle suçlanamaz; kimseye serbest iradesini etkileyecek herhangi bir yolla belli bir inanç dayatılamaz veya kimse bu yollarla inancından vazgeçirilemez. Ayrıca bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğünü de kapsar. burada önemli olan nokta şudur: AİHS'nin 9. maddesinin **1. cümlesinde yer alan hak, 2. fıkradaki sınırlamalardan bağımsızdır. 2. fıkradaki meşru sınırlama halleri, yalnızca din ve inancını açıklama özgürlüğü ile ilgilidir.**

Savunma ve adil yargılanma hakkını da içeren hak arama özgürlüğü (AY m.36), Bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkı (AY m.27), vatandaşın yurda girme özgürlüğü (AY m.23 son) gibi haklar da bu niteliktedir. Bu gibi hakların kendi nesnel sınırları ve anayasanın bütünlüğü ilkesinden doğan sınırları dışında ayrı bir sınırlama nedenine bağlı kılınmaması, nesnel içeriklerinin ve niteliklerinin özgürlükçü ve çoğulcu bir demokratik yapı içinde böyle bir sınırlamaya elverişli olmamasından kaynaklanmaktadır. Bunların belirlenmesi, anayasa koyucunun takdir alanı içindedir.

2) Anayasa koyucu aynı şekilde diğer temel hak ve özgürlüklerde koruma yoğunluğunu değişik ölçülerde güvenceye bağlayabilir. Bir çok temel hak için yasa koyucuya en geniş anlamda sınırlama yetkisi verebileceği gibi (**basit yasa kayıtları**), başka haklar için belli neden ve koşullara bağlı yasa kayıtları (**nitelikli yasa kayıtları**) getirebilir. Bu şekilde nitelikli yasa kayıtlarından basit yasa kayıtlarına kadar uzanan bir farklılaşmaya gidilmesi farklılaşmış – kademeli sınırlama sisteminin özelliği gereğidir. Bu farklılaşma her temel hakkın kendine özgü bir norm alanına sahip oluşunun doğal bir sonucudur. Genellikle temel hak ve özgürlüklerin sosyal uzantıları ve etkileri arttıkça, sınırlama gereksinimi de artmaktadır. Çoğulcu demokratik rejimi gözönünde tutarak bunları değerlendirme de Anayasa koyucunun takdir alanı içindedir.

Yürürlükteki Anayasamızda da **basit yasa kayıtları** mevcuttur. Örneğin 42. maddenin 6. fıkrasına göre, “*Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar Devlet Okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir*” Bunun gibi ücretli izin hakları (AY m. 50/4), grev hakkının kullanılması ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları (AY m. 54/1), vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi (AY m. 66/3) de bu niteliktedir Bunlar 1961 Anayasasının sınırlama sistemi içinde de benzer bir biçimde basit yasa kaydına bağlı kılınmıştı. Burada değinilmesi gereken asıl sorun, **basit yasa kayıtlarında nedene bağlı sınırlama ilkesinin eksik kalmış olmasıdır**. Bu eksikliği gidermek için 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin ilk metni ile sınırlı tutulacak bir nedenler dizisinin, yalnızca basit yasa kayıtlarında geçerli olmak üzere 13. maddeye eklenmesi yeterli olur.

3) Nitelikli yasa kayıtları bakımından altı çizilmesi gereken önemli bir nokta **ifade özgürlüğü** ile ilgilidir. 2001 Anayasa değişikliği, ifade özgürlüğünü genişletmek isterken belki de en geniş

sınırlama nedenlerini bu maddede sıralamıştır. Değişiklikten önce bu maddede yer alan sınırlama nedenlerine ek olarak, “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, ulus ve ülke bütünlüğünün korunması” gibi nedenler maddeye eklenerek sınırlama alanı genişletilmiştir.

Demokrasinin kurucu unsuru olan ifade özgürlüğünün sınırlama nedenlerinin ağır baskısından kurtarılması gerekir. Bu da iki türlü olur:

a) Anayasa Mahkemesi, sınırlama nedenlerini AİHM'nin uygulamasında olduğu gibi dar yorumlama yoluna gider. Bunu kolaylaştırmak için 13. maddeye şöyle bir hüküm eklenmesi yararlı olur:

“Sınırlama sebep ve ölçütlerinin yorumlanmasında Türkiye koşulları yanında Türkiyenin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalarda öngörülen denetim organlarının kararları da gözönünde tutulur.”¹¹

b) İfade özgürlüğünün, ilke olarak nesnel ve anayasal koruma alanı ile sınırlılığı benimsenerek, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 20. maddesinde öngörülen yasaklayıcı hükümlere, aşağıda formüle edildiği şekilde ifade özgürlüğünün sınırlama nedenleri olarak yer verilir:

“Bu hürriyetlerin kullanılması, savaş propagandasının, ayırım, düşmanlık yahut şiddete yol açan ulusal, ırksal yahut dinsel nefret savunuculuğun önlenmesi, amacıyla sınırlanabilir.”¹²

¹¹ Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, TBB Yayını Ankara 2001, s. 17 vd. Bu hükmün gerekçesi anılan öneride şöyle açıklanmaktadır: “Dördüncü bir fıkrada bu maddede öngörülen sınırlamanın sınırı niteliğindeki ölçütlerle temel hak maddelerindeki sınırlama nedenlerinin yorumlanmasında Türkiye'nin yetkisini kabul ettiği uluslararası denetim organlarının kararlarının da gözönünde tutulması ilkesi getirilmiştir. Esasen Medeni Kanununun 1. maddesinde yer alan: “**Hakim, hükümlerinde ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder**” kuralına göre yargıçlarımız, bu tür kavramların yorumlanmasında başka ülkelerin yargı kararlarından da yararlanma yetkisine sahiptir. Ancak ülke olarak yetkisini kabul ettiğimiz denetim organlarının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin ölçüt ve nedenleri yorumlayış biçiminin gözönünde tutulması, yararlanmanın da ötesinde uluslararası yükümlülüğe uygun bir davranış olacaktır. Başka bir deyişle bu tür belirsiz kavramlar, Türkiye koşulları çerçevesinde değerlendirilirken, AİHM gibi yargı yetkisini kabul ettiğimiz uluslararası denetim organlarının bu kavramlardan ne anladığı da gözönünde tutulacaktır.

¹² Bkz. ibid, s. 25 vd. Bu hükmün gerekçesi anılan öneride şöyle açıklanmaktadır: “Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 20. maddesinde öngörülen yasaklayıcı hükümler, ifade özgürlüğünün sınırlama nedenleri olarak öngörülmüştür. Bunların uluslararası düzeyde benimsenen bir eğilimin ifadesi olarak Anayasada yer almasının yol gösterici bir etkisi olacaktır./ Buna karşılık yürürlükteki metinde yer alan: “suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması,

Tabii her iki yol birbirini tamamlar nitelikte önerilerdir. Ayrıca ifade özgürlüğünün sınırlama nedeni olarak Anayasa koyucunun takdirine göre zorunlu görülen eklemeler yapılabilir. Ancak bunların olabildiğince sınırlı tutulması, Batı standardında bir demokrasi için zorunludur. Kaldı ki ifade özgürlüğünün, basın, toplantı, dernek ya da parti kurma yoluyla kullanıldığı ve böylece sosyal, kamusal yoğunluk ve etkisinin arttığı durumlarda, Anayasa'nın ilgili maddeleriyle zaten yeterli sınırlama nedeninin öngörüldüğünü de gözönünde tutmak gerekir.

II. Siyasal Partilerle İlgili Değişikliklerin Yaratacağı Sorunlar ve Çözüm Önerileri

A. Siyasal Partiler Alanında Yapılacak Anayasa Değişikliğinin Ana İlkeleri

Bu konudaki sorun ve önerilerin açıklanmasına geçmeden önce yapacağımız değerlendirmeye esas teşkil edecek ana ilkelerin altını çizmek yerinde olur. Bunları iki noktada toplamak mümkündür

1) Anayasa Değişikliği Parti Yasaklarını Uluslararası Standartlara Taşımaya Nitelikte Olmalıdır

Parti yasaklama rejimi bakımından Türkiye bağlamında önem taşıyan uluslararası ilkeleri, Tsatsos Raporu, Venedik Komisyonu Raporu, AİHM kararları esas alınarak şöyle özetlemek mümkündür:

a) Partilerin kapatılması, ancak istisnai durumlarda, demokratik bir toplumda zorunlu sayılabilecek bir önlem olarak düşünülmelidir.

Ancak şiddete başvurma veya şiddeti övme veya kışkırtma, parti yasaklamanın tek ölçütü değildir. Bunun gibi **ırkçılığı, yabancı düşmanlığını ve hoşgörüsüzlüğü benimsemek ve savunmak,** buna bağlı olarak ırk, din ve mezhep temelinde nefret

başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sıralarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi ” gibi nedenlerin önemli bir kısmı, zaten düşünce özgürlüğünün nesnel ve anayasal koruma alanının dışında kalır. Bunların düşünce özgürlüğü maddesinde yer alması, bu açıdan şart değildir. Buna karşılık bu tür nedenlerin düşünce özgürlüğünün sınırlama nedeni olarak belirtilmesi, bu özgürlüğün niteliği ile bağdaşmayan sınırlamalara kapı aralaması bakımından sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Kaldı ki düşünce özgürlüğünün kamusal boyutu olan (basın, dernek, toplantı, siyasal parti özgürlüğü gibi) uzantılarında gerekli sınırlama nedenlerine yer verilmiştir.”

savunuculuğu ve kışkırtıcılığı yapmak ve/veya bu tür amaçlara uygun bir para-militer örgüt yapısı oluşturmak da partilerin kapatılmasında söz konusu olabilecek ölçütlerdir.

b) Yukarda (a) altında açıklanan ölçütler dışında **siyasal partiler yalnızca anayasada değişiklik yapılmasını istedikleri gerekçesiyle kapatılmamalıdır**. Ancak, örneğin Türkiye’de ulus ve ülke bütünlüğü (üniter yapı) gibi devletin değişmez nitelikteki temel ilkelerine aykırı parti eylemleri de parti kapatma nedeni olarak düzenlenebilir. Ancak bu açıdan herhangi bir aykırılığın değil, üniter yapının varlığını **tehlikeye düşürmeye yönelen bir parti eyleminin** aranması gerekir.

c) Yasaklara aykırı tüzük, program ve eylemlere karşı alınacak **önlemler ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır**. Buna göre parti kapatma en ağır önlem olarak ancak Anayasa’da açıkça öngörülen istisnai ve zorunlu durumlarla sınırlı tutulmalı, diğer aykırılıklar fiilin ağırlık derecesine göre derecelendirilecek farklı yaptırımlara bağlı kılınmalıdır.

d) **Henüz eyleme geçmeyen bir partinin tüzük, program ve bunlara eşdeğerdeki mevzuatında yer alan amaç ve söylemlerin doğrudan kapatma nedeni sayılması, ilke olarak doğru değildir**. Tabii olayın somut özelliğine göre bunların istisnaları söz konusu olabilir. Ancak bu gibi istisnai durumlarda da henüz eyleme geçmemiş bulunan partilere, **kapatma girişiminden önce amaçlarını aşan ifadeleri düzeltme imkanı** tanınmalıdır.

e) Yalnızca parti üyelerinin bireysel söz, beyan ve eylemleri, parti üst organlarınca açık ya da örtülü bir biçimde benimsenmedikçe kapatma nedeni sayılmamalıdır. Ayrıca bu tür eylemlerde partiye mal edilebilecek derecede bir yoğunluk ve kararlılık, Anayasa’daki deyimiyle bir odaklaşma aranmalıdır. Ancak partiyi temsil eden organların söz ve beyanlarının ilke olarak partiyi bağlaması bir **odaklaşma karinesi** olarak benimsenebilir.

2) Anayasa Değişiklikleri Yasal Reformu Belirleyici Nitelikte Olmalıdır

a) Anayasada yapılacak değişiklikler, bir yandan uluslararası standartları gözönünde tutarken, diğer yandan uyum yasaları ile sağlanacak reformu belirleyici bir nitelik taşımalıdır. Başka bir deyişle Anayasa’da siyasal partiler alanında yapılacak değişiklikler, yasa

koyucuyu siyasal partiler yasasında değişiklik yapmaya zorlayacak bir içerik taşımaktadır. Çünkü siyasal planda en büyük gereksinim bu alanda kendini göstermektedir.

b) Bu ilke özellikle parti içi demokrasi ilkesi bakımından önemlidir. Parti içi demokrasi ilkesi, hukuk düzenleri içinde sanıldığı kadar yaygın değildir. Bu ilke, Avrupa da yalnızca **Almanya, Türkiye ve İspanya**'da anayasal bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Ülkelerin çoğunda parti içi demokrasi ve parti iç düzeni genellikle parti tüzüklerine bağlı bir konu olarak görülmektedir. Bu durum parti içi demokrasi ilkesinin hukuksal olmaktan çok bir siyasal kültür konusu olduğunu gösterse de, bu ilkenin Tsatsos raporu ile uluslararası norm ve ölçüler alanında hukuk gündemine girdiği de bir gerçektir. Parti içi demokrasi ilkesine Anayasasında yer veren ender ülkelerden biri olan Türkiye'de bu ilkeye bağlılığı sağlayıcı düzenlemelerin yapılması, uluslararası normlara uyum sağlamanın ötesinde Anayasanın bir gereğidir.

B. Siyasal Partilerle İlgili Yeni Anayasa Değişikliğinin Değerlendirilmesi

Anayasa değişikliği yeni sorunlar yaratmak için değil, mevcut sorunları çözmek için yapılmalıdır. Oysa siyasal partiler alanında partilerarası pazarlıkların sonucu olarak yürürlüğe giren Anayasa değişiklikleri, sorun çözmekten çok yeni sorunlar yaratmaya elverişlidir.

1) Siyasal Partilere İlişkin Anayasa Değişikliği

Siyasi Partiler Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen¹³ odak tanımına ilişkin 103/2. madde hükmü, Anayasa'ya monte edilmiştir. Bu tanımda odaklaşma olgusu iki aşamalı olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

-- ilk planda üyelerle üst kademe parti organ ya da mercileri arasında kesin bir ayırım yapılmış ve odaklaşma için üyelerin parti yasaklarına aykırı fiilleri yoğun bir biçimde işlemesi ve bunun üst kademe organlarınca zımnen ya da açıkça benimsenmesi aranmıştır.

¹³ Kararın metni için bkz. AYMKD 36/2, s. 896-914.

-- ikinci aşamada bu fiillerin doğrudan doğruya üst kademe organlarınca kararlılık içinde işlenmesi yeterli bulunmuştur.

-- üst kademe organları ise şunlardır: büyük kongre, genel başkan, merkez karar ve yönetim organı, TBMM grup genel kurulu ve grup yönetim kurulu.

Anayasa değişikliğinde odak tanımı yanında ayrıca parti kapatma kararının 3/5 çoğunlukla verilebileceği ve kapatma yaptırımı yerine devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma yaptırımının da uygulanabileceği, gibi yeni kurallar getirilmiştir.

2) Bu değişiklik sorunları çözmeye elverişli değildir.

a) Bir kere siyasal parti özgürlüğü ile insan haklarına dayalı demokratik rejimin kendini koruma hakkı gibi hassas bir ikilemi, özgürlüğü tehdit etmeyecek bir dengede tutmak gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu açıdan sakıncalı görerek iptal ettiği bir tanımda ısrar etmek anayasal organlar arasındaki kollegial ilişki ve işbirliği bakımından da yanlıştır.

b) İkinci olarak tanım yetersizdir. Üst kademe parti organları arasında yer verilmeyen parti genel başkan yardımcıları, parti genel sekreteri, daha da vahimi, partinin söylem ve eylemleri yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı gibi iki ayrı zırhın koruması altındaki milletvekilleri ve bakanları, demokratik rejim için tehdit ve tehlike yönünden basit üyelerle aynı statüye sokulmuştur. AİHM'nin Refah Partisi ile ilgili kararı göz önünde tutulursa bu tanımın nasıl yetersiz kaldığı açıkça ortaya çıkabilir.

c) Üçüncü olarak Parti kapatma yerine, odak tanımına girdiği belirlenen bir parti eylemine kapatma yerine devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının uygulanabilmesi ayrı bir paradokstur. Kapatma dışı yaptırımlar, ancak bunun dışındaki aykırılıklar için söz konusu olmalıdır.

ç) Dördüncü olarak Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile Anayasada öngörülen yasaklara aykırı bulduğu bir parti kapatılamayacak ve özgürlükçü demokratik rejimin kaderi Anayasa Mahkemesi'nin azınlıkta kalan üyelerinin oylarıyla belirlenmiş olacaktır. Bunun yaratacağı siyasal sorunlar, bir çözümsüzlük yumağına dönüşebilecek riskler içermektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin diğer konularda bu orana erişmemiş kararları da

tartışma konusu olacak ve bundan anayasaya uygunluk denetimi ve anayasal düzen büyük bir yara alacaktır.

d) Nihayet yapılan değişiklik, yasa koyucuyu siyasal partiler yasasında değişiklik yapmaya zorlayacak bir içerik taşımamaktadır. (Tabii geçici 15/3'ün kaldırılması bazı değişiklikler sağlayacaktır. Ama bunlar, yasakoyucunun değil, Anayasa Mahkemesi'nin eseri olacaktır.)

C. Çözüm Önerileri

1) Parti Yasakları Açısından

Önce şunu belirtmem gerekir: Bu konuda sizlere sunacağım çözüm, siyasal partilerle ilgili olarak TBB Anayasa Önerisi çalışmaları çerçevesinde tarafımdan hazırlanmış bulunan maddelerden ve madde gerekçelerinden oluşmaktadır. Ancak bu öneriler, çalışma grubu¹⁴ içinde tartışılarak son şeklini almıştır. Bu nedenle önerilerin somutlaşmasında çalışma arkadaşlarımdan önemli payı vardır. Bu çalışmada siyasal partilerle ilgili olarak önerilen maddelerin ve maddelere ilişkin ortak gerekçenin tam metni tebliğ ekinde sunulmuştur.

Aşağıda da açıklanacağı üzere bizim önerimizde yer alan "tehdit ve tehlike ölçütü", odak tanımı konusunda kendini gösteren ihtiyacı, hem parti özgürlüğünün geniş tutulması ve hem de özgürlükçü demokratik düzenin kendisini koruma hakkı açısından daha belirgin bir çözüme kavuşturmaktadır. Önerilen değişiklikleri bu çerçevede özetlemek gerekirse:

a) Parti kapatmaya yol açan yürürlükteki yasaklar (AY m. 68/4) korunmuş, ancak parti kapatma anayasal yasaklarla sınırlı tutulduğundan, antilaik eylemlerle ilgili olarak yürürlükteki Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasında somutlaştırılmış olan temel yasağın bu fıkrada belirtilmesi, ileride gereksiz yorum ihtilaflarına yol açmama açısından zorunludur. Ancak hemen belirtelim ki bu **ekleme konstitüf değil deklaratif niteliktedir. Yani böyle bir ekleme olmasa da Anayasa Mahkemesi antilaik eylemlerin belirlenmesi ve değerlendirilmesinde din istismarı ile ilgili yasağın unsurlarını**

¹⁴ Çalışma grubu içinde yer alanlar alfabetik sıraya göre aşağıda belirtilmiştir: Atilla SAV, Fazıl SAĞLAM, İbrahim KABOĞLU, İlhan ÖZAY, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Rona AYBAY, Ülkü AZRAK, Yavuz SABUNCU, , Yekta GÜNGÖR ÖZDEN, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Zafer ÜSKÜL

gözönünde tutmak zorundadır. Çünkü bu yasak laikliğe aykırı eylemleri ve laikliğin ana unsurlarını somutlaştıran bir yasak niteliği taşımaktadır.

b) Tüzük, program ve bunlara eşdeğerdeki düzenlemelerin anayasada öngörülen parti yasaklarına aykırılığı nedeniyle kapatma kararı verilmeden önce yasanın belli bir süre ile sınırlı olarak öngöreceği bir ihtar yönteminin uygulanması esası benimsenmiştir.

c) Anayasal yasaklara aykırı parti eylemleri bakımından odaklaşmaya yeni bir tanım getirilmiştir. Buna göre, odak olgusu, ancak, parti içindeki **eylemlerin anayasada öngörülen parti yasaklarıyla korunan değerlere yönelik bir tehdit ya da tehlike oluşturacak yoğunlukta veya etkide olması** halinde gerçekleşmiş sayılacaktır. Böylece odaklaşma olgusu , gerek nicelik ve gerekse nitelik bakımından daha açık bir ölçüte, “tehdit ve tehlike” ölçütüne bağlanmaktadır.

ç) Yürürlükteki Anayasanın 69. maddesinin 6. ve 8. fıkralarında yer alan iki ayrı parti yasağı, ayrı bir fıkrada birleştirilerek formüle edilmiştir. Kapatılan bir partinin devamına ilişkin yasak, “**Eylemi, söylemi veya örgütsel yapısıyla özünde, kapatılan bir siyasal partinin devamı**” şeklinde somutlaştırılarak açıklığa kavuşturulmuştur. Yabancılardan maddi yardım yasağında da “Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olmayan kişilerden” ibaresi arkasına “veya bunların oluşturduğu kuruluşlardan” ibaresi eklemek suretiyle Türk uyruğundaki kişilerce yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişilerin maddi yardımlarını yasak kapsamı dışında tutacak bir düzeltmeye gidilmiştir.

d) Anayasa’da öngörülen parti kapatmaya ilişkin yasakların yasalarda genişletilmesini önlemek amacıyla açıklayıcı bir hüküm önerilmiştir. Buna göre Anayasanın parti yasaklarıyla ilgili maddesinde öngörülen parti kapatma nedenleri dışında, anayasada ve yasalarda yer alan yasaklar, parti kapatma yaptırımına konu olamayacaktır. Bu çeşit yasaklar, yasa koyucu tarafından eylemin ağırlık derecesine göre, farklı yaptırımlara bağlanacaktır.

e) Önerilen maddenin son fıkrasında siyasal partilerin kapatılmasına veya siyasal parti yasaklarının farklı yaptırımlara bağlanmasına ilişkin somutlaştırıcı hükümlerin, maddedeki esaslar içinde kalmak koşulu ile yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.

2) Parti İçi Demokrasi ve Parti İ Düzeni Açısından:

a) Partilere yapılacak yardımın, alacakları ye aidatının ve bağışların tabi olduğu esasların yasa koyucu tarafından düzenlenmesi yükümlülüğü korunmuş, ancak bu düzenlemenin **saydamlık ilkesi gözetilerek yapılması öngörülmüştür**. Bu düzenlemeye koşut olarak yasa koyucuya “*Siyasal partilerin ve adayların seçim harcamaları konusunda bu harcamalarının sınırlarını ve denetim usullerini, saydamlık ilkesi çerçevesinde düzenleme*” yükümlülüğü getirilmiştir.

b) Aynı şekilde parti içi demokrasi ilkesi bakımından yasa koyucuya yalnızca düzenleme değil, bu ilkenin gerçekleşmesini sağlama yükümlülüğü öngören bir vurgu yapılmıştır.

Anayasanın 68 ve 69. maddelerinde önerilen bu değişiklikler, yasada yapılması gereken değişiklikleri hızlandırıcı bir nitelik taşıması bakımından gerekli gözükmektedir.