

Hasan, Ahmad, The Early Development of Islamic jurisprudence, Islambad, 1988.

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 1998.

Gözübüyük, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankar, 1993.

Güler, İlhami, Allah'ın Ahlakiliği Sorunu, Ankara, 1998.

Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), İstanbul, 1998.

-----, "Felsefe, Din ve Hukuk İlişkisi Üzerine", HFSA, sy. 5,

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1992.

Hirş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 1996.

İbn Manzur, Ebu'l-Fazl Cemalüddin, Lisânü'l-Arab, I-XV, Beyrut, 1990.

Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", AÜHFD, sy. 1-4, c. 47, 1998.

Kılıç, Muharrem, "Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Forma-

lizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, sy. 1, 2003.

Kılıçer, Esat, İslam Fıkhiında Rey Ta-raftarları, Ankara, 1994.

M. M. Şerif, İslam Düşüncesi Tarihi, I-IV İstanbul, 1990.

Maturidi, Ebu Mansur, Kitâbu't-tevhîd, (thk. Fehullah Halif), İskenderiye, tsz.

Şevkani, Muhammed b. Ali, İrşâdü'l-fühûl, Kahire 1937.

Sadru's-Şer'îa, Ubeydullah b. Mesud, Tavzîh şerhu't-tenkîh, (Teftazânî'nin et-Telvîh şerhi ile), I-II, Kahire tsz.

Şaban, Zekiyüddin, İslam Hukuk İlminin Esasları, (çev. İ. Kafi Dönmez), Ankara, 1990.

Öktem, N.; Türkbağ, A. U., Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, 1999.

Uzunpostalcı, Mustafa, "Ebû Hanîfe", mad. Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, (DİA), X.

Düşünce Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Bir Sınırlama Nedeni Olarak "Cumhuriyetin Nitelikleri" (*)

Mustafa KOÇAK (**)

I. Giriş

Parg. 1. Hak ve özgürlüklerin temel rejimi bağlamında 1982 Anayasasının en çok eleştirilen yanlarından birisi, yasa organına istisnasız bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi yetkisini tanıyan bir "genel sınırlama hükmü"ne (md.13/1) yer vermiş olmasıydı⁽¹⁾. 1982 Anayasasını demokratik anayasacılıktan uzaklaştıran noktaların başında bu hüküm gelmekteydi. Çünkü böylece, "özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna" olduğu liberal anayasacılık geleneğine ters düşülmekte, sık tekrarlandığı biçimiyle adeta "sınırlılık kural, özgürlük istisna haline" dönüştürülmüş bulunmaktaydı⁽²⁾.

Parg. 2. 2001 Anayasa değişiklikleriyle genel sınırlama nedenleri kaldırılmış (md.13), yeni düzenlemeye göre temel hak ve özgürlüklerin "özlerine dokunulmaksızın" yalnızca anayasanın il-

gili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak "kanunla" sınırlanabileceği hükmü getirilmiştir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamazlar. Keza 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen kimi anayasa maddelerinde de değişiklikler yapılmış, daha önce genel sınırlama sebepleri (md.13) arasında yer alanlardan, hak ve özgürlüklerin niteliğine uygun düşenleri bu maddelerde önceden var olan sınırlama sebeplerine eklenmiştir⁽³⁾. Bu paralelde Anayasasının 26/2 maddesi de değiştirilmiş, önceden genel sınırlama nedeni olarak öngörülen "Cumhuriyetin" sözcüğü, "cumhuriyetin temel nitelikleri", biçiminde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" için bir sınırlama nedeni olarak korunmuş-

(*) Bu makale daha önce "e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi" Kasım 2003 sayısında yayımlanmıştır.

(**) Doç. Dr., Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) 2001 değişikliklerinden önce 1982 Anayasasının 13/1 nci maddesi şöyle idi: "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasasının ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasasının sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir".

(2) Bülent TANÖR, İki Anayasa 1961-1982, 2. Tıpkı Baskı, Beta yay., İstanbul 1991, s.135.

(3) Böylece İHAS'nin sistemine uyum sağlamak amaçlanmıştır. Şöyle ki; İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, İHAS'nin bu konudaki sistemini açıkladığı De Becker kararında: "Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından kabul edilen metot, her bir hak ve hürriyeti ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye söz konusu hak ve hürriyetlere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilâve etmekten ibarettir" demıştır. Bkz. Bülent TANÖR-Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul 2002, s.137.

tur. Benzer bir hüküm "Bilim ve Sanat Hürriyeti"(Any. Md.27/2) ve "Basın Hürriyeti"nin sınırlama nedenleri arasında (Any. Md.28/3) da yer almaktadır.

I- CUMHURİYETİN NİTELİKLERİNİN BELİRLENMESİ SORUNU

Parg. 3. "Cumhuriyetin nitelikleri" Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir. Sayılan bu nitelikleri şu başlıklar altında toplamak mümkündür⁽⁴⁾:

(1) Cumhuriyetçilik, (2) Toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet, (3) İnsan haklarına saygılı devlet, (4) Atatürk milliyetçiliğine bağlılık, (5) Başlangıçta belirtilen temel ilkeler, (6) Demokratik devlet, (7) Lâik devlet, (8) Sosyal devlet, (9) Hukuk devleti.

Parg. 4. İki sözcükten ibaret görünen "Cumhuriyetin nitelikleri", gerçekte içinde birçok sınırlama nedenini barın-

dırmaktadır. Bu nitelikler arasında sayılan "Başlangıç ilkeleri" ise daha karmaşık bir içeriğe sahiptir⁽⁵⁾. Başlangıç ilkelerinin neden karmaşık ve içinden çıkarılmaz nitelikte olduğu, ilkelerin yakından incelenmesiyle daha iyi anlaşılabilir.

A. Anayasanın Başlangıç İlkeleri

Parg. 5. Bir anayasayı, sadece devletin temel siyasal kurumlarını kuran kurallara özgüllemenin (hasretme), gereksiz biçimde sert olabileceği savıyla, 20'nci yüzyılın önde gelen Anayasa hukuku kuramcılarının olduğu kabul edilen Wheare⁽⁶⁾, bir başlangıç kısmının anayasalarda yer almasının arzu edilen bir şey olduğunu söylemektedir. Ancak bu kısım, anayasanın, başka bir deyişle hukukun bir parçası sayılmamalıdır⁽⁷⁾. Yazar buna örnek olarak Amerika Birleşik Devletleri⁽⁸⁾ anayasasını göstermektedir⁽⁹⁾.

Parg. 6. Anayasaların yapılış nedenlerini ve dayandıkları temel felsefeleri yansıtan başlangıç metinlerinden uygulanabilir hukuk normları belirleyebilmenin kolay olmadığı⁽¹⁰⁾, bir cümleden ibaret karmaşık ve ağır bir metinde, hangi ilkelerin felsefi ve sembolik nitelikte, hangi ilkelerin doğrudan uygulanabilir

ve hangi ilkelerin anayasanın diğer kurallarının yorumlanmasında kullanılabilir nitelikte olduğunun belirlenmesinde büyük zorlukların bulunduğu⁽¹¹⁾ ortadadır. Buna rağmen, doktrin ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına bakarak, başlangıçtaki ilkelerin neler olabileceği sorununa açıklık getirilmesi zorunludur. Çünkü bu ilkeler, düşünce özgürlüğünün sınırlanma nedenleri olarak mevcut yerini koruduğu sürece, hem mevzuattaki "düşünce suçlarına" ilişkin hükümlerin anayasaya aykırılık iddialarının önünü kesmekte ve hem de yasal düzenlemelerle bu alanda yeni düşünce suçları yaratılması ihtimaline açık kapı bırakmaktadır.

Parg. 7. Önce doktrinde, sonra da Anayasa Mahkemesi içtihatlarında, başlangıç'tan hangi ilkelerin çıkarıldığına bakılması yerinde olacaktır. Doktrinde Soysal, başlangıçta yer alan ilkeleri şu başlıklar altında toplamaktadır⁽¹²⁾: (1) Atatürk'e bağlılık, (2) Ulusal varlığın korunması ve yüceltilmesi, (3) Doğal haklar, (4) Ulus iradesinin üstünlüğü, (5) Gerçek anlamına uygun bir güçler ayrılığı, (6) Lâiklik, (7) Anayasaya bağlılık ve bekkilik.

Parg. 8. Tanör-Yüzbaşıoğlu Başlangıç'taki temel (hukukî) ilkeleri yedi başlık altında toplamakta ve şöyle sıralamaktadır: (1) Atatürk milliyetçiliği, (2) İlke ve inkılâpları, (3) uluslar arası eşitlik, (4) millet egemenliği, (5) bölünmez-

lik, (6) lâiklik ve (7) üstünlük, bağlayıcılık.

Parg. 9. Ergun Özbudun ise Başlangıç ilkelerini şöyle sıralamaktadır⁽¹³⁾:

(1) Atatürk inkılâp ve ilkelerine bağlılık, (2) Atatürk milliyetçiliği, (3) Atatürk medeniyetçiliği, (4) Çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi, (5) Milli egemenlik, (6) Anayasanın ve hukukun üstünlüğü, (7) Hürriyetçi demokrasi, (8) Kuvvetler ayrılığı, (9) Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği, (10) Lâiklik, (11) "Her Türk vatandaşının bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu ilkesi.

Parg. 10. Şeref Gözübüyük, bu ilkelere, önceki yazarların listesinde yer alanlara ek olarak "Yurtta sulh, cihanda sulh arzu ve inancı içinde yaşama hakkı bulunduğu" cümlesini de katmaktadır⁽¹⁴⁾.

Parg. 11. Anayasa Mahkemesi de bir içtihadında başlangıçtaki ilkeleri şöyle sıralamıştır⁽¹⁵⁾:

(1) Atatürkçü milliyetçilik anlayışı ve onun ilke ve inkılâpları, (2) Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu, (3) Egemenliğin kayıtsız ve şartsız Türk milletine ait bulunduğu, (4)

(4) Bkz. TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU 2002, s.73-109; Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin yay., Ankara 2000, s.69-137; Yavuz SABUNCU, Anayasaya Giriş, 9. Baskı, İmaj Yay., Ankara 2003, s.15-150.*

(5) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Mustafa KOÇAK, "Cumhuriyetin Temel Niteliklerinin Belirlenmesinde Anayasanın Başlangıcında Yer Alan İlkelerin Hukuksal Değeri", *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı, Genelkurmay Basımevi, Ankara 1998, s.189-204.*

(6) [?], "Sunuş", Kenneth C. WHEARE, *Modern Anayasalar, Çev.Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Değişim Yay., Ankara 1985, s.vii.*

(7) WHEARE 1985, s.65.

(8) ABD Anayasasının başlangıcı şöyledir: "Biz, Birleşik Devletler halkı, daha mükemmel bir birlik oluşturmak, adaleti yerleştirmek, iç huzuru sağlamak, dış karşı ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı yükseltmek ve özgürlüklerin nimetlerinden yararlanmak ve bizden sonra gelecekleri de yarandırmak amacıyla, Amerika Birleşik Devletleri için bu Anayasayı yapıyoruz". ABD Anayasasının tam metni için şu kaynağa bakılabilir: Christopher H. PYLE and Richard M. PIOUS, *the President, Congress, and the Constitution, Power and Legitimacy in American Politics, The Free Press, New York 1984, s.391-404.*

(9) WHEARE 1985, s.66.

(10) ÖZBUDUN 2000, s.71-72.

(11) Nemci YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF yay., İstanbul 1993, s.116.*

(12) Mümtaz SOYSAL, *100 Soruda Anayasanın Anlamı, Onbirinci Baskı, Gerçek yay., İstanbul 1997, s.113-115.*

(13) ÖZBUDUN 2000, s.71-72.

(14) Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 10.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.148. Başlangıçta yer alan temel ilkeler konusunda değişik yazarların listeleri için ayrıca bkz. Kemal GÖZLER, Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi yay., Bursa 2002, s.214; Zafer GÖREN, Anayasa Hukukuna Giriş, II.Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi yay., İzmir 1999, s.96.*

(15) AYM., E.1992/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/1, KT., 14.7.1993, AMKD., sy., 29, C.2, s.1040.

Hiçbir düşüncenin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma görmeyeceği, (5) Din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmaya cağı, (6) Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarında, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu ilkesidir.

Parg. 12. "Cumhuriyetin nitelikleri" ibaresinin içinde birçok sınırlama nedeni bulunduğu, bunlardan birinin de Anayasanın başlangıç ilkeleri olduğu, başlangıçtan doktrinde çok sayıda ilkeler çıkarıldığı, Anayasa Mahkemesinin içtihadında bunların altı başlık altında toplandığı görülmektedir. Bu hali ile kavram, açıldıkça içinden bir yenisi çıkan Rus bebeklerini (Matrioska) andırmaktadır. Anılan ilkelerin sayısı ve bunların çoğunun cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılanların tekrarı niteliğinde olması bir yana, metinde geçen "Türk milli menfaatleri", "Türklüğün tarihî ve

manevî değerleri", "Atatürk medeniyetçiliği", "toplumun huzuru", "milli dayanışma" gibi ibarelerin pozitif hukuka ve anayasa hukukuna özgü kavramlar olmadığı görülmektedir. Bu sözcüklerin hukuk bilimi açısından hiçbir pozitif içeriğe sahip bulunmadıkları, ideolojik, politik bir seçimi ya da dileği ifade dışında bir anlam taşımadıkları⁽¹⁶⁾, hukuk metinlerinin bu türden yüklemelerle doldurulmasında bir isabet bulunmadığı söylenebilir⁽¹⁷⁾. 1982 Anayasasındaki bu sınırlama sebebinin, yasalardaki "düşünce suçları"nın anayasaya aykırılığı yolundaki tartışmaların önünü kesmek amacı ile konulduğu bilinmektedir⁽¹⁸⁾. Doktrinde haklı olarak bu kavramların tutucu, otoriter ve keyfi yorumlara yol açabileceği endişesi de dile getirilmiştir⁽¹⁹⁾.

Parg. 13. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bu endişeyi pekiştiren içtihatları yok değildir. Yüksek Mahkeme birçok kararında bunları destek ölçü norm olarak değil, bağımsız ölçü norm olarak kullanmış veya asıl gerekçesini bunlara dayandırmıştır⁽²⁰⁾. Örneğin, Anayasa Mahkemesi yabancılara mülk satışı ile ilgili yasayı iptal gerekçesinde doğru-

dan "milli menfaatler" ölçütüne dayanmıştır⁽²¹⁾. Yüksek Mahkeme, TEK'in, teşebbüs, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlayan yasa maddesinin iptaline ilişkin davada da cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı", "insan haklarına saygılı olma", "kişilerin toplumun refah ve mutluluğu"nu sağlama ilkelerini ölçü norm olarak kullanmış ve davaya konu yasa maddesini cumhuriyetin bu niteliklerine aykırı bularak iptal etmiştir⁽²²⁾.

B. Bir hukuk Normu Olarak "Cumhuriyetin nitelikleri"

Parg. 14. "Cumhuriyetin nitelikleri" kavramı içinde yer alan çok sayıdaki bu sınırlama nedenleri acaba bir hukuk normunda bulunması gereken niteliklerle sahip midir?

1- Hukuk Normunun Özellikleri

Parg. 15. K.C.Wheare, "Bir Anayasa Neleri İçermelidir?" sorusunu cevaplandırırken, "bir Anayasa eğer yalnızca hukuk kurallarını ifade edecek ve özellikle de bunlar yürütme ve yargı ile birlikte yaşamayı da bağlayan üst hukuku oluşturan kurallar" ise "o zaman bu kuralların az olması, genel olması ve temel olması gerekir. Bir hukuk kuralı olarak düzenlemeye ve tanımlanmaya uygun ve

doğru düşecek konularla ilgili olmalıdır (...). Son olarak (...) kullanılan dil (...) olarak olduğu ölçüde müphem, coşkulu ve gayeli olmamalıdır" demektedir⁽²³⁾.

Parg. 16. Ünlü Alman hukuk filozofu Gustav Radbruch, da hukuk normunun dilinin nasıl olması gerektiğine açıklık getirmekte ve "Yasanın dili asla gazete, kitap ve alış veriş diline benzetilemez. O, fazladan hiçbir sözcük eklemeyen kısıf bir dil; temellendirmeksizin buyuran tatsız bir lisan; asla coşkulu olmayan soğuk bir deyimdir ve bütün bu özelliklerinde ancak herhangi başka bir üslup biçimi kadar haklıdır" demektedir⁽²⁴⁾.

Parg. 17. Birisi Anglo-Sakson, diğeri Kara Avrupa'sı hukuk geleneğinin iki büyük temsilcisinin yukarıda alıntılanan ifadeleri, ister anayasa, isterse normal yasa olsun, bir hukuk normunun nasıl olması gerektiğini çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Özetlemek gerekirse;(i) kurallar az olmalı, (ii) genel olmalı ve temel olmalı, (iii) bir hukuk kuralı olarak düzenlemeye ve tanımlanmaya uygun ve doğru düşecek konularla ilgili olmalı ve son olarak, (iv) kullanılan dil imkân ölçüsünde müphem, coşkulu ve gayeli olmamalıdır

2- Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Cumhuriyetin Nitelikleri

Parg. 18. Cumhuriyetin niteliklerine aykırı düşünce ve düşünce açıklamaları yasak alan içine alınınca, yasağın ihlali-

(16) Hans Kelsen'in de dediği gibi, "ideoloji...kaynağını bilgide değil, arzu ve eğilimde bulmak, dolayısıyla bazı çıkarılara hizmet etmekte gerçeği karartır yada bulandırır". KELESEN'den aktaran Vecdi ARAL, "Kelsen'in Hukuk Anlayışına Eleştirel Bir Bakış", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, sy.2, Kocaeli 2000, s. 282.

(17) Bülent TANÖR, Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği yay., İstanbul 1999, s.53; Mehmet SAĞLAM, "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara 2002, s.251.

(18) Bkz. TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU 2001, s.169. 1961 Anayasası döneminde özel sınırlama sebepleri öngörülmemiş olmakla birlikte yasalarda yer alan çok sayıda "düşünce suçu" nedeniyle yaygın tartışmalar yaşanmıştı. Bu konudaki örnekler için bkz. Bülent TANÖR, Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü yay., İstanbul 1969; Bülent TANÖR, TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, Forum yay., İstanbul 1979.

(19) TANÖR-YÜZBAŞIOĞLU 2001, s.81.

(20) Anayasa ilke ve kuralları arasında başlangıç ilkelerinin hukuksal değeri konusunda bkz. YÜZBAŞIOĞLU 1993, s.113-130; KOÇAK 1998, s.202-203;

(21) Bkz. AYM., E. 1984/14, K. 1985/7, KT. 13.6.1985, AMKD, sy. 21, s.164-174; AYM., E.1986/18, K.1986/24, KT. 9.10.1986, AMKD, sy. 22, s.254-260. Anayasa Mahkemesinin bu kararı siyasal kadrolara ait olması gereken "milli menfaatler" in takdiri yetkisine yargının müdahalesi ve yerindelik denetimine sapılması olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. Bkz. ÖZBUDUN 2000, s.72.

(22) Bkz. AYM., E.1994/43, K.1994/42-2, KT. 9.12.1994, AMKD, sy.31, C.1, s.292,293. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KOÇAK, Mustafa, Klasik Devlet Kuramı Açısından Özelleştirme Kurumsal Yapısı, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Kocaeli 1999, s.145-165.

(23) K.C. WHEARE, Modern Anayasalar, Çev.Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Değişim Yay., Ankara 1985, s.66-67.

(24) Gustav RADBRUCH, Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler, Çev. Vecdi Aral, Kocaeli Üniversitesi yay., Yayın no.71, Kocaeli 2002, s.14.

nin suç oluşturacağı, bunun da bir cezai yaptırıma bağlanacağı düşünüldüğünde anayasanın suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38 nci maddesi gözden uzak tutulamaz. Genel anlamda ceza hukukunun yaptırımları ağır, etkili ve kesindir. Hiçbir hukuk dalının yaptırımları, ceza hukukununkiler kadar kapsamlı, etkili olamaz. Gerçekten söz konusu yaptırımlar kişinin yaşamına, özgürlüğüne, hakları kullanma yoksunluğuna ve mal varlığına yöneliktir⁽²⁵⁾.

Parg. 19. Bu nedenle ceza hukukunda "kanun" kavramına verilen değer artan bir önem kazanmış, buna uygun olarak "suçların kanuniliği" (nullum crimen sine lege) ve "cezaların kanuniliği" (nulla poena sine lege) ilkesi bir anayasa normu olarak somutlaşmıştır (md.38/1,3). Bu norm, aynı zamanda hukuk devletinin temel ilkelerinden birdir. Anayasada yer alan bu ilke, TCK.nun 1 inci maddesinde "Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez." biçiminde somutlaşmıştır⁽²⁶⁾.

Parg. 20. Kanunilik ilkesinin şüphesiz bazı sonuçları vardır⁽²⁷⁾. Ancak bunların içinde en önemlisi "belirlilik"tir.

Bir fiilin cezalandırılabilmesi için onun kanunen belirlenmesi yeterli değildir. Başka bir ifade ile sadece suçların kanunda düzenlenmesi yetmez. Ayrıca bu düzenlemenin belirsiz olmaması, net ve açık olması gerekir. Aynı durum kuşkusuz cezalar için de geçerlidir. Bu nedenle kanun koyucu suç yaratırken hangi fiilin suç olarak düzenlendiğini ve onun cezasını açık bir biçimde göstermelidir⁽²⁸⁾.

Parg. 21. Bu ilkeler ışığında ifade özgürlüğünün sınırı olarak getirilen "Cumhuriyetin nitelikleri"ne bakıldığında, kuralların az olmadığı, genel ve temel olmadığı, düzenlemeye ve tanımlamaya uygun düşecek konulara ilişkin olmadığı, kullanılan dil olarak da müphem, coşkulu ve amaçlı olduğu görülmektedir⁽²⁹⁾. Hukuksal emre veya daha başka bir ifade ile genel ve özel nitelikli hukuksal buyruklara "norm" dendiği⁽³⁰⁾, özel normun, genel normdan doğduğu, soyut kuralların, özel norm biçiminde somutlaştırıldığı⁽³¹⁾ hatırlanmalıdır. İç hukukta en genel ve en soyut norm olan Anayasanın düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirdiği "sınırlama" ifadeleri müphemse, her an-

lana çekilebilir nitelikteyse, tanımlamaya ve düzenlemeye uygun düşmeyen konularla ilgili ise, buna dayanılarak yapılacak yasal düzenlemelere "kanun" dense bile, "hukuk normu" denemeyeceği, aynı sakatlıkların yasal düzenleme üzerinde de etkili olacağı kuşkusuzdur.

Parg. 22. Kısaca, Anayasanın başlangıç kısmının, hukuk normlarının sahip olması gereken öğelerden büyük ölçüde yoksun olduğu⁽³²⁾, ayrıca bu düzenlemenin Anayasanın 38 nci maddesiyle uyumlu olmadığı görülmektedir. Bütün bu nedenlerle "Cumhuriyetin korunması" yerine "Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması" kavramının kullanılmasının "daha somut ve sınırlamayı daraltıcı bir sonuç doğurduğu"⁽³³⁾ yolundaki düşünce fazla iyimser görünmektedir.

Parg. 23. "Cumhuriyetin nitelikleri" kavramının bir hukuk normu olarak değeri üzerinde durulduktan sonra, şimdi de bu sınırlama sebebinin ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerinde ve özellikle Türkiye'nin taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi karşısındaki durumu ele alınmalıdır.

II- ULUSALÜSTÜ İNSAN HAKLARI HUKUKU BELGELERİ KARŞISINDA DÜŞÜNCEYİ YAYMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK "CUMHURİYETİN NİTELİKLERİ"

A. Genel Olarak

Parg. 24. Ulusalüstü insan hakları hukukunun temel belgelerine göre hakla-

rın sınırlandırılması ancak sınırlama ölçütlerine dayalı olarak yapılabilir. Bu ölçütler hakların keyfi olarak sınırlandırılmasının önünde bir engeldir. Başlıca insan hakları belgelerinde yer alan sınırlama sebepleri şöyle özetlenebilir:

Parg. 25. Başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve saygı gösterilmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, başkalarının şöhretine saygı gösterilmesi, genel ahlâk, kamu düzeni, genel refah, kamu yararı, genel güvenlik yada kamu güvenliği, ulusal güvenlik, genel sağlık yada kamu sağlığı, özel yaşamın korunması, çocukların çıkarlarının korunması, adaletin gereği, ülke bütünlüğünün korunması yada yararı, suçun önlenmesi, gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi, ülkenin ekonomik refahının yararı, vergilerin ya da diğer iştirak ve cezaların ödenmesinin güvence altına alınması, kamu hizmeti nedeni, hukukun ve düzenin korunması, yargının yetke ve yansızlığının devamı, gibi ölçütler hakların sınırlandırılmasında kullanılmaktadır⁽³⁴⁾. Görüldüğü gibi, ulusal üstü insan hakları belgelerinde Cumhuriyetin nitelikleri türünde, mevcut bir siyasal düzeni eleştirilemez, üzerinde düşünce açıklanamaz kılan bir sınırlama nedeni bulunmamaktadır.

B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açısından

Parg. 26. Soruna daha somut biçimde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) perspektifinden bakıldığında, anılan sınırlama sebebinin Türkiye açısından daha somut sonuçlar doğurduğu

(25) Erol CİHAN, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler-(26-27 Mart 1997), İstanbul 1998, s.5.

(26) Geniş bilgi için bkz. Emin ARTUK, Ahmet GÖKÇEN, Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Seçkin yay., Ankara 2002, s.157-191.

(27) Bu sonuçlar doktrinde şöyle sıralanmaktadır: i. Ceza hukukunun gerektirdiği bir müdahalenin yapılabilmesi için mutlaka kanun tarafından getirilmiş belirli bir sınırlama ve ceza olmalıdır; ii. Ceza hukukunda kıyas yasaktır; iii. Ceza kanunları lehe olmadıkça geçmişe etkili olarak uygulanamazlar; iv. Örf ve adete dayanarak suç ve ceza yaratılması yasaktır. Bkz. Timur DEMİRBAŞ, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yay., Ankara 2002, s.109.

(28) Bkz. Bahri ÖZTÜRK, Mustafa Ruhan ERDEM, Veli Özer ÖZBEK, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 5.bası, Ankara 2001, s.43; DEMİRBAŞ 2002, s.109.

(29) "Tek bir cümleyle,...hem anayasanın meşruluğunu, hem ana doğrultusunu, hem temelindeki temel inançları, hem benimsenmiş biçimini anlatmaya çalışan bir metin ister istemez çapraşık, ağır, yüklü olur. Üslup akıcı ve berrak değilse, sözcükler iyi seçilmemişse güçlük daha çoğalır; ilkeler seçilmezleşir". SOYSAL 1997, s. 113; Ayrıca bkz. GÖREN 1999, s.97; H. Tahsin FENDOĞLU, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md.13)", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 2001, s.184.

(30) Şeref GÖZÜBÜYÜK, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.7

(31) GÖZÜBÜYÜK 2002a, s.7.

(32) SABUNCU 2003, s.18.

(33) Yılmaz ALİFENDİOĞLU, "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara 2001, s.156.

(34) Bkz. Mehmet Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4.Baskı, Beta yay., İstanbul 2003, s. 755.

görülmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu bu sözleşme 4 Kasım 1950'de imzalanmış, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiş ve 18 Mart 1954'te Türkiye tarafından onaylanarak iç hukukumuzun bir parçası olmuştur. Türkiye İHAS'ni imzalamakla, Sözleşmede yer alan bütün hak ve özgürlüklere hem kendi vatandaşları, hem de kendi ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uyma yükümlülüğü altına girmiştir (İHAS, md.1, 13, 46). Gerek 1961 (md.65/son) ve gerekse 1982 Anayasası (md.90/son); "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar"ın kanun hükmünde olduğu düzenlemesini getirmiş, ayrıca Türkiye İHAM'nin zorunlu yargı yetkisini 1989 yılı sonunda kabul etmiş ve bu beyanını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine 22.01.1990 depo etmiştir⁽³⁵⁾.

Parg. 27. Pratikte Sözleşmeye taraf devletler, yasama, yürütme ve yargı organları olmak üzere bütün organlarıyla sözleşme hükümlerine uygun işlemde bulunmayı taahhüt etmişlerdir (İHAS, md.1, 13, 19). Bu bağlamda herhangi bir ulusal işlemle Sözleşme hükümlerinden birinin çiğnendiği İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından saptandığında, davalı devlet adı geçen mahkeme kararının gereğini yerine getirecektir. Her türlü mevzuat değişikliği, değiştirilmesi gereken kural bir anayasa hükmü dahi olsa "mahkeme kararının yerine getirilmesi" çerçevesinde görülmektedir⁽³⁶⁾.

(35) Türkiye'nin Komisyonun bireysel şikayet başvurularını incelemesine ve İHAM'nin zorunlu yargı yetkisini tanımaya ilişkin geniş bilgi için bkz. GEMALMAZ 2003, s.431-434.

(36) Bkz. Feyyaz GÖLCÜKLÜ-A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.22.

(37) Geniş bilgi için bkz. Robert REED-Jim MURDOCH, A Guide to Human Rights Law in Scotland, Butterworths LexisNexis, UK. 2001, p. 441-472; GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK 2002, s.372-391.

(38) 2001 Anayasa değişikliklerinden önceki Any. 26/II'de düzenlenen sınırlama nedenlerinin İHAS md. 10/II'deki sınırlama nedenlerine paralellığı konusunda bkz. TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor", İnsan Hakları Merkez Dergisi, C.III, sy.1, Ocak 1995, s.6.

Parg. 28. İHAS'nin ve İHAM kararlarının Türkiye açısından önemine kısaca işaret ettikten sonra Sözleşmede ifade özgürlüğünün nasıl düzenlendiğine bakılabilir. İfade özgürlüğü Sözleşme'nin 10 ncu maddesinde yer almaktadır. Buna göre; "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir."

Parg. 29. Bu özgürlüğün sınırsız olmadığı ve olamayacağı kuşkusuzdur. Sözleşmede sınırlama nedenleri de sayılmıştır (md.10/2). Buna göre kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ve ya kamu emniyetinin korunması, nizamın sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasa ile öngörülen bazı merasime, şartlara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir⁽³⁷⁾. Sayılan sınırlama ölçütlerinin "cumhuriyetin niteliklerine uygunluk" dışında- Anayasanın "düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü" için öngördüğü sınırlama ölçütlerine büyük ölçüde uyumlu olduğu söylenebilir⁽³⁸⁾.

Parg. 30. Genel anlamda da demokratik ülkelerde ifade özgürlüğü konusundaki kamusal ve akademik söylem, o özgürlüğün sınır bölgeleri üzerinde yoğunlaşmaktadır. Başka bir ifade ile odaklanma, ifade özgürlüğünün merkezi bölgesinden ziyade, dış sınırları üzerindedir. Örnek vermek gerekirse pornografi, ırkçı nefret konuşmaları ve bağınaz dini ifadeler, politikacılara ve özel kişilere iftira, mahkemeye saygısızlık, şiddete tahrik, askeri ve ticari sınırların ifşa edilmesi, alkol veya sigara gibi ticari malların ya da kumar ve fuhuş gibi konuları kapsayan durumlar bu türden sınırlama nedenlerinin başlıcalarıdır⁽³⁹⁾. Görüldüğü gibi doktrinde de bir devletin mevcut niteliklerini tartışılmaz kulan bir sınırlama nedeni sayılmamaktadır. Demokratik bir toplumda korunan değerler; gerçeğin peşinden gitmek, bireysel özerklik, demokratik kendi kendini yönetme ve kendileriyle aynı fikirde olmadığımız kişilere karşı hoşgörü önemli değerlerdir. İfade özgürlüğü düzenlemesi ile bu önemli değerlerin herhangi biri arasında, en azından bir tür ilişki vardır⁽⁴⁰⁾.

C. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Açısından

Parg. 31. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarında düşünce ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasilerin olmazsa olmaz (sine quo non) koşulu olarak merkezi bir yere sahiptir. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olmadan demokratik toplum olmaz. İHAM'ne göre de-

mokratik bir toplumda ifade özgürlüğü, sadece yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, yerleşmiş inanç ve düşüncelere aykırı gelen, dehşete düşüren veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanacaktır⁽⁴¹⁾.

Parg. 32. İHAM'nin "devletin nitelikleri" ve "ifade özgürlüğü" bağlamında verdiği daha somut kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Sosyalist Parti-Türkiye kararında:

Parg. 33. "Yayında açıklanan parti programının Türkiye devletinin mevcut ilkeleriyle ve temel yapılarıyla uyumlu olmamasının, parti programını demokratik kurallarla bağdaşmaz duruma getirmeyeceği; demokrasiye bir zarar vermemek şartıyla, devletin mevcut düzenini sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasal programların önerilmesi ve tartışılmasına imkan verilmesinin demokrasinin özünü oluşturacağı" ifade edilmiştir⁽⁴²⁾.

SONUÇ

Parg. 34. AB'ne uyum yasaları içinde düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü önündeki birçok yasal engel kaldırılmıştır. Bir örnek vermek gerekirse, TCK.nun 159 ncu maddesinde değişiklik yapılarak Türklüğü, Cumhuriyeti, hükümeti, TBMM'yi, bakanlıkları, güvenlik güçlerini ve adliye tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmeyecektir⁽⁴³⁾. Zaten

(39) SADURSKI 2002, s.xiii.

(40) SADURSKI 2002, s.xv.

(41) Bkz. United Communist Party of Turkey and ors v. Turkey, para 43.

(42) Case of Socialist Party and Ors v Turkey, para 47; KOÇAK, Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları, s.189; Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Ed. Osman DOĞRU, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.3, İstanbul Barosu yay., İstanbul 2000, s.270.

(43) 3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı yasa için bkz. RG.09.08.2002-24841.

"tahkir" ve "tezyif" in bir düşünce ve düşünce açıklaması kapsamında değerlendirilemeyeceğinde kuşku bulunmamak gerekir. Böylece düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliği taşıyan düşünce açıklamalarının cezalandırılmaması öngörülmüştür.

Parg. 35. Düşünce ve düşünceyi açıklama hürriyetinin önündeki "cumhuriyetin nitelikleri"ne uygunluk ölçütü, başka bir deyişle bu niteliklere aykırı düşünce ve düşünce açıklamasının engellenmesi, "belli bir anayasanın belli bir tarihte devlete biçtiği modellerle"⁽⁴⁴⁾ sınırlanması tehlikesini beraberinde getirmektedir. Böylece mevcut siyasi-hukuki sistem kutsanmakta ve eleştirilemez bir dogma haline getirilmektedir. Türkiye'de 1982 Anayasasına gelinceye kadar hiçbir anayasa, düşünce özgürlüğünün sınırlanabileceğine ilişkin böyle bir kural öngörmemiştir. Osmanlı-Türk anayasacılığında da düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü devletin nitelikleriyle sınırlı sayan bir anayasa olmamıştır.

Parg. 36. Öte yandan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü önündeki "cumhuriyetin niteliklerine uygunluk" sebebi, ne herhangi bir ulusalüstü insan hakları belgesi, ne bunlardan biri olan İHAS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10 ncu maddesi, ne de İHAM'nin yerleşik içtihatları ile bağdaşmamaktadır. AB'ne uyum sürecinde bir kısım yasalarda değişiklik yapılmış, düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve eleştiri niteliği taşıyan düşünce açıklamaları suç kapsamından çıkarılmıştır. Şimdi ise, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü düzenleyen anayasa

hükmünün, hem bir hukuk normunun sahip olması gereken öğelere, hem de uluslararası insan hakları belgelerinde ve özellikle İHAS'nin 10 ncu maddesinde yer alan düşünce ve düşünce açıklama özgürlüğüne uygun biçimde yeniden düzenlenmesinde zorunluluk vardır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz 2001. "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara.

ARAL, Vecdi 2000. "Kelsen'in Hukuk Anlayışına Eleştirel Bir Bakış", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2, sy.2, Kocaeli.

ARTUK, Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner 2002. Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Seçkin yay., Ankara.

CİHAN, Erol 1998. "Suçta ve Ceza da Kanunilik İlkesi", Ceza Hukuku Günleri, 70.Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-(26-27 Mart 1997), İstanbul

DEMİRBAŞ, Timur 2002. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yay., Ankara.

DOĞRU, Osman (ed.) 2000. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, C.3, İstanbul Barosu yay., İstanbul.

FENDOĞLU, H. Tahsin 2001. "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md.13)", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref 2002. Avrupa İnsan Hak-

ları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 11.Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

GEMALMAZ, Mehmet Semih 2003. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4.Baskı, Beta yay., İstanbul.

GÖREN, Zafer 1999. Anayasa Hukukuna Giriş, II. Baskı, Dokuz Eylül Üniversitesi yay., İzmir.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref 2002. Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 10.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref 2002a. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara

GÖZLER, Kemal 2002. Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, İkinci Baskı, Ekin Kitabevi yay., Bursa.

KOÇAK, Mustafa, 1999. Klasik Devlet Kuramı Açısından Özelleştirmenin Kurumsal Yapısı, (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Kocaeli.

KOÇAK, Mustafa 2002. Siyasal Partiler ve Türkiye'de Parti Yasakları, Turhan Kitabevi, Ankara.

KOÇAK, Mustafa 1998. "Cumhuriyetin Temel Niteliklerinin Belirlenmesinde Anayasanın Başlangıcında Yer Alan İlkelerin Hukuksal Değeri", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı, Genelkurmay Basımevi, Ankara.

ÖZBUDUN, Ergun 2000. Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Yetkin yay., Ankara.

H. PYLE, Christopher and PIOUS, Richard M. 1984. the President, Congress, and the Constitution, Power and

Legitimacy in American Politics, The Free Press, New York

RADBRUCH, Gustav 2002. Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler, Çev. Vecdi Aral, Kocaeli Üniversitesi yay., Yayın no.71, Kocaeli.

REED, Robert-MURDOCH, Jim 2001. A Guide to Human Rights Law in Scotland, Butterworths LexisNexis, UK.

SADURSKI, Wojciech 2002. İfade Özgürlüğü ve Sınırları, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, 1. Baskı, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara.

SABUNCU, Yavuz 2003. Anayasa-yaya Giriş, 9. Bası, İmaj Yay., Ankara.

SAGLAM, Mehmet 2002. "Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu", Anayasa Yargısı 19, Anayasa Mahkemesi yay., Ankara.

SOYSAL, Mümtaz 1997. 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gözden Geçirilmiş Onbirinci Baskı, Gerçek yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1969. Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1991. İki Anayasa 1961-1982, 2. Tıpkı Baskı, Beta yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1979. TCK. 142. Madde Düşünce Özgürlüğü ve Uygulama, Forum yay., İstanbul.

TANÖR, Bülent 1999. Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği yay., İstanbul.

(44) Bülent TANÖR, Türkiye'de Demokratik Standartların Yükseltilmesi, Tartışmalar ve Son Gelişmeler, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneği yay., İstanbul 1999, s.53.

TANÖR, Bülent -YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 2002. Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul.

TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ, "Türkiye Bilimler Akademisi Düşünce Hürriyeti Hakkında Rapor", İnsan Hakları Merkez Dergisi, C.III, sy.1, Ocak 1995.

WHEARE, Kenneth C. 1985. Modern Anayasalar, Çev.Mehmet Turhan, İkinci Baskı, Değişim Yay., Ankara.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi 1993. Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF yay., İstanbul.

Hukuki Pozitivizmde Norm Üretim Sürecinde Ortaya Çıkan Epistemolojik Problemler^(*)

Jale KARAKAŞ^(**)

ÖZET

Hukuki pozitivizm, hem teorik hem de pratik düzeyde hala çok etkili bir hukuk felsefesi akımıdır. Hukuki pozitivizm, özellikle "normativizm", hukuk normunun biçimsel yapısı konusundaki araştırmaları ve vardığı sonuçlarla, hukuk bilgi alanına önemli katkılarda da bulunmuştur. Ancak hukuki pozitivizmin, teorik ve pratik düzeylerde aşamadığı bazı temel problemler hala varlığını korumaktadır. Bu problemler esas olarak hukuki pozitivizmin önemli ölçüde etkilendiği felsefi pozitivizmden kaynaklanmaktadır. Felsefi pozitivizmin bilgi-bilim anlayışını kabul eden hukuki pozitivizm, bilimsel bilgi dışında bir bilgi türü kabul etmez. Felsefi pozitivizmde olduğu gibi hukuki pozitivizmde de, sadece ampirik olarak gözlemlenebilen olgular üzerine bir bilim kurulabilir, olgular dışında kalan herşey "bilinmezlik" ilkesine tabidir. Bu nedenle de hukuki pozitivizme göre, olgu ve değer arasında herhangi bir bağlantı sözkonusu edilemez. Olgu ve değer arasında yapılan bu ayırım, toplumsal ve siyasal olan ayırımını da beraberinde getirir. Oysa toplumsal olan siyasal, siyasal olan toplumsaldır. Hukukun ya da hukuk

normunun üretilmesi biçimleri, olgu ile değer, yasal olan ile toplumsal olanın en önemli temas noktalarından biridir. Bu temas noktasını "devlet" temsil eder. Hukuki pozitivizm ise, "devlet"i siyasal olanın içinde kabul etmektedir. Böylece devlet ve onunla birlikte hukukun oluşturulması da "hukuk bilimi"nin konusu dışında kalır. Hukuki pozitivizmin epistemolojik kabulleri sonucu ortaya çıkan problemler şöyle özetlenebilir: hukuki pozitivizmin bilgi-bilim anlayışı, olgu ile değer (toplumsal ile siyasal) arasına aşılmaz bir ayrılık koymakta, bu da normlara ve norm üretme sürecine dair bir bilgi olanağını ortadan kaldırmakta ve hukukun amaçlılığını, yani "adalet"i, tamamen siyasal tercihlerin konusu olarak kabul etmeyi getirmektedir.

HUKUKİ POZİTİVİZMDE NORM ÜRETME SÜRECİNDE ORTAYA ÇIKAN EPISTEMOLOJİK PROBLEMLER

Hukuki pozitivizmin tarihsel olarak kökleri ondokuzuncu yüzyıla dek geri götürülebilir, ki "iradeci pozitivizm" olarak adlandırılan ilk dönem hukuki pozitivizminin önemli kaynaklarından biri G.W.F. Hegel'dir. Hukuki poziti-

(*) Türkiye Felsefe Kurumu'nca 10-17 Ağustos 2003 tarihinde İstanbul'da düzenlenen "Yirmibirinci Dünya Felsefe Kongresi - Dünya Problemleri Karşısında Felsefe" etkinliğinde sunulan bildirdir.

(**) Hacettepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi