

«ANAYASA İLE TEMEL HAK VE HÜRRIYETLER İLİŞKİSİ» ÜSTÜNE İKİ SORUN VE BİR ÖRNEK OLAY

Asis. Dr. Bülent TANÖR

Türkiye'de, demokratik hak ve hürriyetler sorunu, gerek siyasi gerekse hukuki açıdan gündemde kalmaya devam ediyor. Demokratik hak ve hürriyetlerin genişletilmesi, güvencelerin pekiştirilmesi yolundaki siyasi mücadele artan bir hızla gelişirken, hukuk ilmi, özellikle Anayasa Hukuku açısından da yeni yeni sorunlar ortaya çıkmakta. Ülke hukuk pratiğinin çok ilersinde kalan bir Anayasanın varlığı bir yandan, tarihimizde ilk defa bir Anayasa yargısı sistemini kurmuş ve iyi kötü işletiyor olmamız diğer yandan, bütün bu sebepler, elde şimdiden hayli teorik-pratik sorunun birikmesine imkân hazırladı.

Bu yazıda ortaya konacak teorik sorunların hemen hemen tümü. «Anayasa ile temel hak ve hürriyetler arasındaki ilişki» konusuyla ilgili. Bu ilişki de iki kademedede, iki ana sorunda düğümlenmekte:

I) Anayasanın sözünü ettiği «Temel hak ve hürriyetler» (md. 10/1, 11/1) den ne anlaşılmalı gerekir? Bir eylemin ya da faaliyetin, Anayasanın temel hak ve hürriyetler için koymuş olduğu garantilerden yararlanıp yararlanamayacağı nasıl bir ölçüye göre tayin olunabilir?

II) «Temel hak ve hürriyetler» sadece Anayasada açıkça belirtilen kategorilerden ibaret midir?

Bu iki teorik sorunu bir örnek olaydan, Anayasa Mahkemesinin bir kararından hareketle incelemeye çalışıyoruz. Zaten teorik sorunlar, bir bakıma bu kararın yayınlanmasından sonra günlük önem kazanmıştır. Ülke sorunları, bu karardan sonra doğmuş sayılabilir. Biz de karardan yola çıkarak soyut ve teorik ilke sorunlarını

ortaya koyup çözmeye çalıştıktan sonra, yenibaştan örnek olaya dönerek, soyut ve teorik çözümleri buna uygulayacağız. Böylece, teorik ve genel olanla, pratik ve özel olan arasındaki karşılıklı ve iki yönlü bağıllık birbirinden ayrılmadan, sorun aydınlığa çıkmış olacak.

Sorunların ortaya çıkışı ve konumu

Anayasa Mahkemesi 1963 yılında 5680 sayılı Basın Kanununun 31 nci md. siyle ilgili bir karar verdi (1). Dâvacı tarafından, sözü geçen hükmün (2) Bakanlar Kuruluna ve İçişleri Bakanına sınırsız bir yetki tanıdığı, Anayasanın 17 nci md. sindeki Haberleşme hürriyetini, 20 ve 21 nci md. lerdeki düşünce, bilim ve sanat hürriyetlerini açıkça çiğnediği, basında sansürü yasaklayan 22 nci md. nin ilk fıkrasına, aynı maddenin 3 ncü fıkrasına ve 24 ncü md. ye aykırı olduğu ileri sürülmekteydi. Anayasa Mahkemesi bu iddiaların yerinde olmadığına karar vererek dâvayı reddetti.

Mahkemenin bu konuda öne sürdüğü gerekçeleri ve yürüttüğü muhakeme biçimini şöyle özetlemek mümkün:

(1) Anayasamızda «Yabancı yayınların yurda sokulmasına ilişkin bir hüküm yer almadığından, bu konu temel hak ve hürriyetlere girmez; dolayısıyla bir aykırılık meselesine de imkân bırakmaz.

(2) Kaldı ki bir an için dâva konusu hükmün, düşünce, bilim ve sanat hürriyetlerinin (A.Y. md. 20, 21) konusuna girdiği kabul edilecek olsa dahi, yine de olayda bu hürriyetlerin özüne dokunur bir yön yoktur. Çünkü, Bakanlar Kuruluna verilen yetki sınırsız olmayıp, dışardaki muzır ve yıkıcı faaliyetlerin yurda intikaline vasıta olacak nitelikteki basına mahsus ve münhasır olup, bu maksat ve amaç ile sınırlıdır.» Ayrıca, Bakanlar Kurulunun bu yetkiye dayanarak vereceği kararlar, objektif kaideler koyan tanzimî tasarruf-

(1) E. 1963/170 K. 1963/178 K. t. 5.7.1963 R.G. 4 Kasım 1963 - 11546 AYMKD, sayı 1, sf. 302-307.

(2) Basın Kanununun 31 inci md. si hükmünün bizi ilgilendiren ilk fıkrası şöyledir: «Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması Bakanlar Kurulu kararıyla men olunabilir. Bu gibi eserlerin, Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak üzere İçişleri Bakanlığınca karardan evvel dağıtılmaları menolunabileceği gibi, dağıtılmış olanlar da toplattırılabilir.»

lardan olmayıp, belli bir veya birkaç eserin yurda sokulmasını yasaklayan ve toplattırılmasını öngören tasarruflardan ibaret bulunduğundan, ortada yasama yetkisinin devri diye bir şey yoktur.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetini verdiğimiz gerçeğinin özellikle birinci bölümü bizi ilgilendirmektedir. Çünkü bu gerekçe ile bir ilke meselesi çözülmüş olmakta, bundan da birtakım önemli sorunlar doğmaktadır. Mahkemenin bu kararının getirdiği yan ve sırf bu olaya özgü sorunları değerlendirmeyi az sonraya erteleyerek (3), yazımızın ana konusunu meydana getiren sorunlara öncelik verelim.

Bu karardan çıkan ana sorunlar şöyle özetlenebilir:

(1) Bir eylem ya da faaliyetin (olayda: yurt dışında basılan eserlerin yurda sokulması, dağıtılması ve okunması) Anayasanın temel hak ve hürriyetler için koymuş olduğu güvencelerden yararlanıp yararlanamayacağı hangi ölçüye göre belirlenebilir?

(2) Bir hak ya da hürriyet kategorisinin Anayasada öngörülmemiş olması karşısında Anayasa Mahkemesinin nasıl bir tutum takınması doğru olur?

I) Bir eylemin Anayasa garantisi altında olup olmadığı nasıl bir ölçüyle belirlenebilir?

A) Anayasa Mahkemesinin tutumu :

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşünü yenibaştan ve genişçe aktarmakta yarar var. İncelediğimiz örnek olayda Anayasa Mahkemesi «Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması» eyleminin, Anayasamızca güvence altına alınmış bir faaliyet olmadığı yolundaki görüşünü şöyle ispatlamaya çalışıyor:

«Önce, dâvacı tarafından dayanılan Anayasa maddelerinin hiç birinde yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları konusu ile ilgili açık veya kapalı herhangi bir hükmün mevcut olmadığını (altını biz çizdik) belirtmekte fayda vardır.»

«Zira yabancı memlekette basılmış gazete, kitap ve sair herhan-

(3) Bkz. ilerde s. 207 v.d.

gi bir eserin Türkiye'ye gönderilmesi veya getirtilmesi işinin Anayasanın 17 nci maddesinin hedef tuttuğu (Haberleşme hürriyeti) ile bir ilgisi mevcut değildir. Çünkü bir gazete veya kitabının bir şahsa gönderilmesi veya getirtilmesi işi bir haberleşme değildir.»

«Yine Anayasanın 22 nci maddesi de Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserlerle ilgili hükümleri kapsadığından, yabancı memleketlerde basılan ve yayılan eserleri bu maddenin çevresi içinde görmekte isabet yoktur.» (4).

Anayasa Mahkemesi, dâva dilekçesindeki sıralanmaya uyarak, söz konusu faaliyetin önce Anayasanın 17 nci maddesindeki haberleşme hürriyetinin kapsamına girip girmediğini incelemekle işe başlamaktadır. Aynı işi, Anayasa maddelerinin numara sırasına göre yapması beklenir ve gerekirken, bu maddelere (A.Y. md. 20 ve 21) hiç uğramadan 22 nci maddeye atlamakta ve bu defa da aynı incelemeyi bu madde açısından yaptıktan sonra, söz konusu eylemin bu maddedeki hürriyetle (basın hürriyeti) ilgisi olmadığını belirtmektedir. Fakat, «Anayasamızın 24 ncü maddesi dolayısıyla Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmelerin de konuyu aydınlatması bakımından önemi vardır» diyen bir sonraki cümle, Mahkemenin neden 20 ve 21 nci maddelere uğramadığı, 17 nci ve 22 nci maddeler için haklı olarak yaptığı incelemeyi bu maddeler için neden yapmadığı sorusunun cevabını da vermektedir. Çünkü Anayasanın 24 ncü maddesinin Temsilciler Meclisindeki görüşümünden çıkan sonuç, Mahkemeye, yabancı yayınlar konusunun bir Anayasa meselesi teşkil etmediğini, dolayısıyla 20 ve 21 nci maddelerin de meselede bir payı bulunamayacağını ileri sürme imkânını verecektir. Şöyle ki, maddenin görüşülmesi sırasında sorulan bir soruya Anayasa Komisyon sözcüsü «Yurt dışındaki yayınlarla ilgili hükümleri, Yüksek heyetiniz tamamen kanuna bıraktı. Bunların Türkiye'ye girmesi her zaman men edilebilir» cevabını vermiş, bu açıklama üzerine de madde oylanmış ve kabul edilmiştir. Bu olguya dikkati çeken Mahkeme «Anayasamız bir prensip olarak, yabancı memleketlerde basılan ve yayınlanan eserlerle ilgili olarak (Temel Haklar ve Ödevler) arasında bir hüküm koymamış (altını biz çizdik), bu konunun düzenlenmesini kanuna ve kanun koyucunun takdirine bırakmıştır... Bu itibarla Anayasanın temel hak ve hürriyetler arasına almadığı (Yabancı yayınların yurda sokulması) konusuna (altı-

(4) AYMKD. sayı 1, sf. 304.

nı biz çizdik) ilişkin bir hükmün temel haklara ve hürriyetlere aykırı bulunduğu yolundaki iddiada isabet yoktur» (5) diyecek, Anayasanın 17 nci maddesinden 22 nci maddesine, oradan da 24 ncü maddenin meclis görüşmelerine sıçradıktan sonra ele geçirmiş olduğu bu «delil»i kullanmak üzere birkaç madde geriye dönerek şu tündengelimini yapacaktır: «Bu sebeplerle Anayasanın 20 nci ve 21 nci maddelerine de konu ile ilgili görmek mümkün değildir» (6).

Şu ana kadar özetlediğimiz bölüm, Anayasa Mahkemesinin «Temel hak ve Hürriyetler» kavramına ne anlam vermediğini göstermesi bakımından üzerinde durulmaya değer niteliktedir. Mahkeme bu ifadeleriyle, bir yurttaşın herhangi bir faaliyetinin, bir eyleminin Anayasa güvencesi altındaki temel hak ve hürriyetlerden birine girip girmediğinin nasıl tayin edilebileceğini göstermekte, bunun ölçüsünü vermektedir. Bu ise, önümüzdeki davanın dar boyutlarını aşan bir ilke sorunudur; mahkemenin genel tutumuyla ilgili bir davranıştır.

Şimdiden belirtelim ki, mahkeme hem meseleyi koyuş biçimi bakımından hatalı bir tutum içindedir, hem de çözüm yöntemi bakımından başarısızdır. Bu yanlışları göstermek ve eleştirmek gerekiyor.

B) Anayasa Mahkemesinin tutumunun eleştirisi :

1) Mahkemenin meseleyi koyuş biçimi hatalıdır :

Mahkemenin (hangi eylem ya da faaliyet Anayasa garantisi altındadır?) sorusunun cevabını araştırırken incelediği nokta şudur: söz konusu eylem ya da faaliyetlerle ilgili olarak Anayasada açık ya da kapalı herhangi bir hüküm mevcut mudur? Değil midir? (7). Eğer mevcutsa, bu eylem Anayasa garantisinden, yine Anayasanın izin verdiği ölçülerde yararlanır. Eğer Anayasada böyle bir hüküm yoksa, ortada bir Anayasa meselesi (8) de yoktur. Konunun düzenlenmesi kanuna ve kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır (9).

(5) AYMKD, sayı 1, sf. 305.

(6) Aynı dergi, aynı sayfa.

(7) «Önce, davacı tarafından dayanılan Anayasa maddelerinin hiç birisinde yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları konusu ile ilgili açık veya kapalı herhangi bir hükmün mevcut olmadığını belirtmekte fayda vardır.» (AYMKD., sayı 1, sf. 304).

(8) Anayasa Mahkemesinin bir başka kararından çıkan anlama gö-

Anayasa Mahkemesinin meseleyi ortaya koyuştaki temel yanılı-
gısı şuradadır: Mahkemeye göre Anayasamız (ve Anayasalar), soyut
birtakım hürriyet kategorilerini değil, somut bazı faaliyet konularını
(10) düzenlerler. Dolayısıyla, sözü edilen faaliyet konusu, eğer
kendi somut ve özel adıyla Anayasada açık ya da kapalı olarak dü-
zenlenmişse, o faaliyette bulunmak hakkı Anayasaca garanti altına
alınmıştır; aksi halde değildir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararda yansıyan «Anayasa» anlayı-
şı son derece casuistique, «hürriyet» anlayışı da son derece pratik,
dar ve somut bir anlayıştır. Mahkemeye göre Anayasamız (ve Ana-
yasalar), akla gelebilecek tüm faaliyet biçimlerini içinde toplaya-
bilen bir somut kurallar yığını, adeta bir Mecelle'dir. Anayasa eğer
bir konuyu düzenlememişse, bunu böyle istediği içindir. Aynı şe-
kilde, «Temel hak ve Hürriyetler» kavramından anlaşılması gereken
de soyut kategoriler değil, somut ve pratik faaliyet biçimleridir (11).

Bu görüş tamamiyle isabetsizdir. Bir kere Anayasalar en soyut,
en genel kuralları getirdiklerinden tek tek somut faaliyet biçimleri-
ne konularına yer vermezler, veremezler. Birtakım genel ve soyut
hürriyet kategorileri koyarlar. Somut faaliyet örnekleri ise tek baş-
larına ayrı birer hürriyet değil, soyut bir hürriyet kategorisinin
kullanılış, gerçekleşiş biçimleridir. Bir örnek verelim: Anayasamı-
zın 17 nci maddesi, bir hürriyet kategorisi, soyutlaması olarak ha-
berleşme hürriyetine yer vermiştir. Artık bundan ötesi, yani değişik
araçlarla ya da değişik alanlarda (yurt içi ve yurt dışı) yapılacak
haberleşmeler, bu soyut hürriyetin kullanılışı ile ilgili şekillerden

re, «bir hükmün Anayasaya aykırılığının bahis konusu olabilmesi için o
hükmün bir Anayasa meselesi teşkil eden bir hususa dair olması gerekir
(16.3.1965; 63/199; 65/16).. Bundan anlaşıldığına göre, hakkında Anayasa-
da hüküm bulunmayan hususlar Anayasa meselesi teşkil etmeyecek ve
binaenaleyh bu hususlara dair kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığı
da ortaya sürülemezdir» (Bülent Nuri ESEN, *Anayasa Mahkemesine
göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*. AÜHF yayınları, No: 206, Ankara,
1966, sf. 14.

(9) Aynı karar. AYMKD sayı 1, sf. 305.

(10) «Yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları
konusu» (altını biz çizdik).

(11) Mahkemenin bu casuistique anlayışı en iyi yansıtan cümlesi:
«Bu itibarla Anayasanın temel hak ve hürriyetler arasına almadığı (Ya-
bancı yayınların yurda sokulması) konusuna ilişkin bir hükmün temel
haklara ve hürriyetlere aykırı bulunduğu yolundaki iddiada isabet yoktur»
(AYMK sayı 1, sf. 305).

başka bir şey değildir. Kişilerin bunlardan birini kullanabilmesi için, o somut faaliyet konusunun, biçiminin, Anayasada ayrıca ön-görölmüş olması gerekmez. O somut faaliyet biçimi anayasal hak ve hürriyetlerden birinin kapsamına giriyorsa, Anayasa garantisinden de yararlanacak demektir (12).

Eğer Anayasa, işi biraz daha ayrıntısına vordirmek için, tanıdığı bir hürriyet kategorisinin gerçekleşme biçimlerinden herhangi birini ayrıca özel olarak da düzenlemişse (örneği tekrarlayalım: haberleşme hürriyetini tanıdıktan başka, yurt içi haberleşmeyle ilgili özel hükümler de getirmişse), bundan «yurt dışı haberleşme hürriyeti (!)» nin tanınmadığı sonucu çıkmaz. Sadece, yurt içi haberleşmeyle ilgili olarak konan özel hükümlerin yurt dışı haberleşmenin hukukî rejiminde uygulanmıyacakları sonucu çıkar. Aksi halde, daha demokratik ve hürriyetçi olmak için ayrıntılı olan Anayasanın bu niteliği, bu özeni, Anayasanın aleyhine yorumlanmış olur. Bundan da: (az düzenlersen garantileri getiremezsin, çok düzenlersen de düzenlemediğin konuları bütün bütün Anayasa garantisinden yoksun bırakmış olursun) dilemması, kısır döngüsü ve saçmalığı çıkar.

Olayımıza dönelim: «Yabancı memleketlerde basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması» hürriyeti diye ayrı ve bağımsız bir hürriyet yoktur. Bu faaliyet, ya Anayasanın tanıdığı hürriyet kategorilerinden birinin kapsamına girer, ya da girmez. Anayaca Mahkemesinin böyle bir faaliyet biçimini Anayasa maddeleri arasında araması ne kadar gereksiz bir çaba ise, «yurt içinde basılı eserlerle ilgili hüküm koyan bir Anayasanın yurt dışında basılı eserler için herhangi bir kural getirmemiş olması, yurt dışında basılı eserleri yurda sokma ve dağıtma eyleminin bir anayasal hak ve hürriyet sayılamıyacağını gösterir» yollu muhakemesi de o derece sakattır. Yukarki örnekte de belirttiğimiz gibi, bu farktan (yani yurt içinde basılan eserler konusunun ayrıca düzenlenmiş, ötekinin ise düzenlenmemiş olması farkı) sadece şu sonuç çıkarılabilir: kanun koyucu yurt dışında basılı eserler konusunu düzenlerken, yurt içinde basılı eserler için konmuş olan özel hükümlere (A.Y. md. 22/5,24/2) uymak zorunda değildir. Yine bu hürriyetin özüne dokunmamak ve Anayasanın diğer hükümlerine uymak şartıyla daha sıkı kayıtlar geti-

(12) Bülent TANÖR, *Anayasa Hukuku Meseleleri, Temel Hak ve Hürriyetlerin rejimi ve Anayasa Yargısı*, Filiz kitabevi, İstanbul, 1969, sf. 83-84.

rebilir. Meselâ, yabancı ülkelerde basılı eserlerin yurda sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklama yetkisini, 22/5 ve 24/2 nci maddelerde aranan «hâkim kararı» şartını bir yana iterek, Bakanlar Kuruluna verebilir. Belirtmeye gerek yok ki, hürriyetlerin *her* düzenlenmesinde, düzenlemeye ya da sınırlamaya yetkili merciin ancak bir yargı merci olabileceği yolunda bir kural yoktur. Bu yetkinin, Anayasanın öngördüğü diğer şartlara, özellikle yetki devri yasağına (AY. md. 5) uyulmak şartıyla yürütme organına verilmesi mümkündür.

O halde, Anayasa Mahkemesi ne yapmalıydı? Mahkeme, yabancı memleketlerde basılan ve yayınlanan eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması hareketiyle ilgili olarak Anayasada açık veya kapalı bir hükmün var olup olmadığını değil, bu hareketin Anayasanın öngördüğü temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin teorik, mukayeseli tahlillerle belirlenecek kapsamına girip girmediğini araştırmak ve buna göre hüküm yürütmek zorundaydı. Başta 7 nci maddede için yaptığını, sırayı bozmadan ve 24 ncü madde ile ilgili meclis görüşmelerine hiç sığramadan 20 ve 21 nci maddeler için de yapmalıydı. Belki o zaman, 24 ncü madde ile ilgili meclis görüşmelerinin konuyla ilgili olmadığını görür, varacağı sonucun yerindeligi (opportunité) ne olursa olsun, muhakemesini sağlam bir temel üzerine oturtmuş olurdu. O zaman da, bugün, kendi vardığı bu sonuçtan memnun kalmayınca yaptığı gibi, bir geriye dönüşle «..kaldı ki, bir an için Anayasanın Düşünce ve Bilim ve sanat hürriyetleri hakkındaki 20 nci ve 21 nci maddelerinin konu ile ilgili bulunduğunu... düşünelim» (13) demek zorunda da kalmazdı (14).

Olayda söz konusu faaliyet ya da eylemin, Anayasada gösterilen temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin kapsamına girip gir-

(13) Aynı karar, AYMKD sayı 1, sf. 305.

(14) Mahkemenin çoğunluk görüşünün bu «faaliyetle hürriyeti bırakan» yanlış tutumu, kararı eleştiren azınlık grubunun 7 üyesinin ortak muhalefet şerhinde de aynen mevcut:

«Bu beyandan (Anayasa Komisyonu sözcüsünün) yabancı yayınlar konusunun Anayasa dışında bırakıldığı, ancak bu konunun, kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.»

Az sonra ise, bu görüşle çelişik olarak, konunun Anayasanın 21 nci md. sindeki hürriyetin konusuna girdiği belirtilmektedir (bkz. Aynı dergi sf. 307).

mediği özgül (spesifik) meselesini bizzat çözmeyi ileriye erteleyerek, bir başka noktadan daha eleştiriye devam edelim.

2) Mahkemenin yorumlama yöntemi de hatahdır :

Mahkeme, önündeki meseleyi incelerken, Temsilciler Meclisinde konuyla ilgili olarak yapılan görüşmelere kesin bağlayıcı bir değer tanımakta, adeta bütün muhakemesini bu «delil» üzerine kurmaktadır. Zaten genel olarak Anayasa Mahkemesinin, belirli bir kanun hükmünü anlamlandırmak için Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu sözcülerinin ya da meclis genel kurul üyelerinin sözlerine aşırı bir bağlılık gösterdiğine sık sık şahit olunmaktadır (15). Ancak bu yol, kolay ve zahmetsiz olmakla beraber bilimsel değildir. Tarihi yorum yönteminin genel olarak yetersizliği, özel olarak da Türkiye'de 1961 Anayasası hükümlerinin yorumlanmasında başvurulması iyiden iyiye imkânsız bir yorum biçimi olduğu konusunda yeteri kadar duruldu (1). Burada sadece şu özetlemeyi yapmakta yarar var.

Birincisi : Herhangi bir meselenin çözümünde kanun koyucu ya da Anayasa koyucunun görüşünü öğrenmek, ancak pozitif metnin yorumunun bir yere götürmemesi halinde mümkündür. Oysa, önümüzdeki olayda böyle bir durum yoktur. Anayasa Mahkemesi pekâlâ meseleyi Anayasanın objektif bütünlüğü ve sözünün taşıdığı anlam çerçevesinde çözümleyebilirdi.

Kaldı ki, meclis görüşmelerinin yedek de olsa açıklayıcı ve aydınlatıcı bir yorum kaynağı sayılabilmesi için, bunların bilimsel nitelikte olması, hukuk biliminin objektif veri ve kurallarıyla tersliğe düşmemesi gerekir. Olayda başvuru ve yardımından yararlanan meclis görüşmeleri ve Anayasa Komisyonu sözcüsünün konuşmaları bu nitelikte sayılamazlar. Anayasa Mahkemesinin yukarıda eleştirdiğimiz yanı, meseleyi yanlış koyup yanlış muhakeme yü-

(15) Bülent Nuri ESEN, s.g.e., sf. 7. — Metin KIRATLI, *Anayasa Yargısında somut norm denetimi*, AÜHF yayını, Ankara, 1966, sf. 153.

(16) bk. Mümtaz SOYSAL, *Dinamik Anayasa Anlayışı*, Anayasa diyalettiği üzerine bir deneme, SBF yayınları, No: 272, Ankara, 1969, sf. 4-5, 68-69, 88-89, 92-93 105. — Anayasa açısından kapalılık, açıklık kavramları, SBF, C. XXIII, sayı 1, sf. 262. — Bülent Nuri ESEN, s.g.e., sf. 7 v.d. — Bülent TANÖR, *Siyasi düşünce hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü kitabevi, İstanbul, 1969, sf. 121-125.

rütmesi, aynen bu tartışmalarda da mevcuttur. Kısacası, tartışmalar bilimsel değerden yoksundur.

Ayrıca, «Kanun Koyucu» nun ya da «Anayasa koyucunun iradesi» ni, kanunu hazırlayanların, psikolojik, ferdî irade ve görüşleri diye anlamak da, tarihçi yorum yönteminin en ilkel biçimini seçmek demektir. «Kanunun amacı» derken anlaşılması gereken, kanunun objektif yapısından belli bir tarihi anda çıkan objektif ve aktüel anlam olabilir.

İkincisi : 1961 Anatasanın kural ve kurumlarını anlamakta, tarihçi yorumun bu en ilkel biçimi bütün bütüne başarısız kalmaya mahkûmdur. Çünkü, Anayasa Temsilciler Meclisinin iradesinden ibaret değildir; Kurucu Meclis tasarısının Halk Oyu tarafından kabulüyle hukukî anlamda oluşmuştur. «Kanunun amacı» nin ya da «Kurucuların iradesi» nin bu en ilkel bio-psikolojik biçimiyle anlaşılması, Halk Oyu'nun psikolojisinin tespitindeki imkânsızlık sebebiyle tamamen bilim dışı bir tutumdur.

C) Örnek olaydaki mesele nasıl çözümlenmek gerekirdi?

Burada sözü doğrudan doğruya meselenin çözümüne getiriyoruz.

Yukarki genel ve teorik bilgilerin ışığında, meselenin doğru konumu ve çözümü nasıl yapılabilir?

Bu da şu noktanın aydınlanmasına bağlıdır: söz konusu eylemin Anayasayla bağlantı, ilgi noktası nerededir? Mahkeme nerede yapılmıştır?

Mesele şu: Yurt dışında basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması işi, Anayasa Mahkemesinin iddia ettiği gibi, «Anayasa meselesi» teşkil etmeyen bir konu mudur?

Bize göre, söz konusu eylem, Anayasa tarafından hukukiliği tanınmış ve Anayasa güvencesi altına konmuş bir eylem olup, Anayasa maddeleriyle bağlantı derecesi de şöyledir.

1) Haberleşme hürriyeti (A.Y. md. 17) açısından :

Mahkeme, konunun haberleşme hürriyetiyle ilgili bulunmadığını, bir gazete veya kitabın bir şahsa gönderilmesi ve getirilmesi işinin bir haberleşme olmadığını belirtiyor. Bu görüş tamamiyle yanlış sayılamaz. Gerçekten de, Anayasanın bu maddesinde sözü

edilen haberleşme, kitle haberleşmesi değil, özel haberleşmedir ve kişiler arasında umuma intikal etmeyen yazışmaları ifade eder (17).

Şu var ki, 17 ci maddede ifadesini bulan özel haberleşme hürriyeti (liberté de correspondance) nin telefon, telgraf, özel mektuplar yoluyla yapılan haberleşmeler kadar, adrese gönderilen basılı bülten, broşür, duyuru v.s. yi de koruduğu kabul edilecek olursa, meselelerin Anayasanın 17 nci maddesini ilgilendiren bir yönünün de bulunduğu kendiliğinden ortaya çıkar.

2) Düşünce ve Bilim ve Sanat hürriyetleri (A.Y. md. 20, 21) açısından :

Söz konusu eylem, uzun tartışmalara meydan bırakmayacak bir açıklıkta, bu iki hürriyetin alanına girmektedir. Gerçekten de, yurt dışında basılı eserler, düşünce hürriyetinin ayrılmaz parçası olan «düşünceler edinebilme» ya da düşüncelere ulaşabilme hürriyetinin önemli ilkel maddesi durumundadırlar. Dolayısıyla, Basın Kanununun 31 nci maddesinde yer alan sınırlama, düşünce ve kanaat, bilim ve sanat hürriyetleriyle yakından ilgilidir (18). Nitekim, düşünce ve ifade hürriyetinin muhtevasını belirleyen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 19 ncu maddesi de «Her ferдин düşünce ve açıklama hürriyetine hakkı vardır. Bu hak, düşüncelerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve düşünceleri her yolla aramaya, elde etmek... hakkını gerektirir.» şeklindeki ifadesiyle bunu doğrulamaktadır.

Bu açık gerçeği, Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmelere atıf yoluyla dahi örtmek mümkün değildir. O kadar ki, bu atfı yapan çoğunluktaki üyeler, sonradan bu «delil» den kendileri de pek tatmin olmamış olacaklar ki, «. bir an için Anayasanın (Düşünce ve (Bilim, sanat) hürriyetleri hakkındaki 20 nci ve 21 nci maddelerinin konu ile ilgili bulunduğunu.» farzetmek ihtiyacını duymaktadırlar (13). Aynı ihtiyaç, yabancı yayınlar konusunun Anayasa dışında bira-

(17) Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Haberleşme Hukuku, Basın, Radyo, T. V., AÜSBF yayını, No: 292, Ankara, 1970, sf. 47, 60.*

(18) Aynı görüş: Sulhi DÖNMEZER, *Yabancı yayınlar ve Türk Anayasası, Mahkeme kararları kroniği, İFJHFM, Cilt XXX, sayı 1-2, (1964), sf. 386-387.* — Feyyaz GÖLCÜKLÜ, s.g.e.; sf. 62-63. — Sait GÜRAN, *Anayasa ve kitap toplatma, Cumhuriyet, 9.5.1965.*

(19) Aynı karar, AYMKD sayı 1, sf. 305.

kıldığı görüşünü paylaşan azınlıktaki üyelerce de duyulmuş, konunun Bilim ve Sanat hürriyetiyle ilgili bulunduğu görüşü, bir önce savunulan kanaatle çelişkiye düşülmek pahasına ileri sürülmüştür (20).

3) Basın Hürriyeti (AY. md. 22) açısından:

Mahkemenin, «Anayasanın 22 nci maddesi, Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserlerle ilgili hükümleri kapsadığından yabancı memleketlerde basılan ve yayılan eserleri bu maddenin çevresi içersinde görmekte isabet yoktur» (21) şeklindeki görüş de, 22 nci madde eğer sadece Basın Hürriyetinden söz etmiş olsaydı belki doğru sayılabilirdi. Oysa 22 nci maddenin 2 nci ve 3 ncü fıkraları «Basın ve HABER ALMA hürriyeti» nden söz etmektedirler. Yurt dışında basılı eserlerin ise, haber alma hürriyetinin önemli bir ham maddesi olduklarına şüphe yoktur. Bu sebeple, meselenin Anayasanın 22 nci maddesini de ilgilendirdiği, haber alma hürriyetinin konusuna girdiği meydandadır (22).

Sonuç olarak, Basın Kanununun 31 nci maddesinde sözü edilen (Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması) eylemi, Anayasa Mahkemesinin ileri sürdüğünün aksine, «Anayasa meselesi» yaratan bir konuyla ilgilidir. Anayasa, bu konu ya da faaliyetin düzenlenmesini yasamanın mutlak takdirine bırakmış değildir. Konu, doğrudan doğruya Anayasanın yukarıda sözünü ettiğimiz maddelerinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin teorik ve soyut muhtevasına, kapsamına girmektedir. Mesele, Anayasa seviyesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise, söz konusu faaliyetin, Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin kapsamına girip girmediğini incelemek durumundayken (23), sanki «yurt dışında

(20) «Öğrenimin ve araştırmanın en önemli kaynaklarından birisi de yabancı yayınlardır... Yalnızca yayınların yurda sokulmasının yasaklanması, bir temel hak olan öğrenme ve araştırma yapmak hakkının da sınırlanması sonucunu doğurduğuna göre...» (Aynı yerde).

(21) AYMKD, sayı 1, sf. 304.

(22) Aynı görüş için bkz. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, s.g.e., sf. 27, 48, 62.

(23) Meselâ Mahkeme bir kararında E. 8963/124 K. 1963/243 K.C. 11.10.1963 RG. 4 Aralık 1963 - 11572, vasiyetin Anayasanın 36 ncı maddesindeki mülkiyet ve miras haklarının «tabii bir sonucu» olduğuna işaretle, bu isabetli yolu tutmuş bulunuyordu. Vasiyet hakkının Anayasa teminatı

basılı eserleri yurda sokma, dağıtma ve okuma» diye bir hak ve hürriyet varmış, ya da Anayasa akla gelecek her konuyu düzenleyebilmiş gibi, Anayasada bu konuyla ilgili hüküm aramaya koyulmuştur.

II) Anayasanın bir hürriyet kategorisini öngörmediği durumlarda Anayasa Mahkemesinin tutumu ne olmalıdır?

Önce, bu soruna nereden gelindiği noktası üzerinde duralım.

Anayasa Mahkemesi, yurt dışında basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması konusunu Anayasanın düzenlemediğini ileri sürmekteydi. Mahkeme bu yorumun sonucu olarak da, bu alanda eylemde bulunmayı Anayasa güvencesi dışında saymıştı:

Biz, Anayasa Mahkemesinin bu yorum biçiminin yanlış olduğunu, söz konusu eylemin de Anayasanın bazı maddelerinde düzenlenen bazı hak ve hürriyetlerin kapsamına girdiğini gösterdik.

Ancak, pekâlâ mümkündür ki, bir başka konu, bir başka faaliyet, yine *insan* hak ve hürriyetlerinden birinin kapsamına girsin, fakat bu defa da bu hak ya da hürriyet Anayasada öngörülmemiş olsun. Bu takdirde ne olacaktır? Söz konusu eylem ya da faaliyet, Anayasanın öngördüğü hak ve hürriyetlerden birinin konusuna girmedi diye Anayasa meselesi sayılmayacak mıdır?

Önümüze gelen bu sorun, daha çok, hak ve hürriyetleri etraflıca sayıp düzenlemeyen kısa Anayasaların yürürlükte bulunduğu ülkelerde pratik bir öneme sahipmiş gibi görünür. Ve, hak ve hürriyetlerin gerek listesi gerekse muhtevalarının tayini bakımından hiç de yüzeysel sayılamayacak bir Anayasa olan 1961 Anayasası var olduğu sürece, bu gibi bir sorun'un bizim için sadece teorik bir değer taşıyacağı akla gelebilir. Böyle bir düşünce, hiç şüphe yok ki, isabetli bir düşünce sayılamaz. Çünkü unutmamak gerekir ki, hiçbir Anayasa, en ayrıntılı bile olsa, *İnsan* hak ve hürriyetlerini sayıp tüketebilmeyi, bunların eksiksiz bir dökümünü sunmayı başarama-

altındaki haklardan birinin kapsamına girdiğini ispatlama yolunda bu «genişletici yorum» başvuran Anayasa Mahkemesinin, aynı özeni düşünce, bilim ve sanat hürriyetleri gibi çok daha temel hak ve hürriyetlerin söz konusu olduğu bir dâvada göstermemiş olması ve bu yanlış yolu seçmesi düşündürücüdür.

mıştır, başaramaz. Bizim Anayasamızdan da bu eksiklere örnek bulunabilir (24).

O halde sorun, temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemeler bakımından «Anayasada boşluk» ve bu «boşluk» karşısında Anayasa Mahkemesinin nasıl bir tavır takınması gerektiği noktasında düğümlenir.

Anayasada «boşluk» ve Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi yukardan beri sözünü edegeldiğimiz dâva ile ilgili kararını 5.7.1963 tarihinde vermişti. Bu tarihten bir buçuk yıl kadar sonra 21.12.1964 tarihinde verdiği bir başka kararda mahkeme şöyle diyordu:

«Devletimiz, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edildiği gibi, bir hukuk Devletidir. *Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır*» (altını biz çizdik) (25).

Mahkemenin bu kararının isabetli olup olmadığı noktası: hukuk dogmatığı ve politikası yönünden tartışılabilir. Fakat şurası açıktır ki, Türk Anayasa Mahkemesi bu önemli ilke kararıyla kendisine yeni bir yörünge çizmiş, kanunların Anayasaya uygunluklarını denetlemekle yükümlü bir merci oluşunu dar bir anlamda yorumlamıyarak, kanunları «Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun... (genel) prensiplerine» uygunlukları açısından denetleme yetkisini kendinde bulmuştur.

Mahkeme daha sonraki bir kararında (26) bu yorumu daha da geliştirerek bizim konumuza benzer bir olayda şu ilkeyi getirmiştir: Anayasanın belirli hükmü gereğince kanunla düzenleneceği söylenen hususlarda yürüyen yukarki ilke, Anayasanın temas etmediği bir konunun düzenlenmesinde de göz önünde tutulmalıdır (27). Mahkemenin kendi deyişiyle Anayasamız herhang ibir konuya, müesseseye değinmemiş, bunun düzenlenmesini kanun koyucuya bırakmışsa, «kanun koyucunun bunu düzenlerken hukukun genel

(24) Sözün gelişi, Anayasamız «vatandaşlıktan çıkma hakkı» nı ön görmemiştir.

(25) E. 1963/166 K. 1964/76 K. t. 22/121964 R.G. 28 Nisan 1965 - 11985 AYMKD sayı 2, sf. 237.

(26) E. 1944/47 K. 1965/8 K.t. 18.2.1965 AYMKD.; sayı 3, sf. 31 v d.

(27) Bülent Nuri ESEN, *Anayasa Mahkemesine göre..*, sf. 43.

esaslarına ve özellikle Anayasanın ilkelerine bağlı kalacağı şüphesizdir» (28).

Anayasa Mahkemesinin, kanun koyucunun hukukun genel esaslarıyla ve Anayasanın ilkeleriyle bağlı bulunduğunu belirtmesinin anlamı, Anayasadaki boşlukların yorum yoluyla hukukun genel esasları ve Anayasanın ilkelerinden sağlanacak yardımlarla doldurulması gerektiğidir.

Bu kararlar, incelemekte olduğumuz kararda ortaya çıkan meselenin çözümüne de ışık tutacak niteliktedirler. Anayasa Mahkemesi, yabancı memleketlerde basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması meselesinin Anayasaca öngörülmemiş ve kanun koyucunun mutlak takdirine bırakılmış olduğunu öne sürmüştü, kanun koyucunun Anayasanın 11 nci md. sinin ikinci fıkrasında yer alan «öze dokunmama» ilkesiyle bağlı olmadığını ileri sürmüştü. O halde, bu yeni kararların ışığında Mahkeme, söz konusu faaliyetin Anayasanın düzenlemediği bir konu olduğu yolundaki yanlış kanaatini (29) taşımaya devam etse dahi, bundan sonraki dâvalarda tutumu artık şu olmalıdır: Madem ki kanun koyucu, Anayasanın düzenlemediği bir konuyu düzenlerken dahi hukukun genel ilkeleriyle bağlıdır, o halde mahkeme konuyu ele alırken, hukukun genel esasları ya da ilkeleri arasından:

(1) Yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması hürriyeti» nin Anayasamızca öngörülmemiş bir faaliyet olmamakla beraber (Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yanlış kanaatini taşımaya devam ettiğini farzettik. B.T.), yine de bu faaliyetin bütün bütüne Anayasa dışı sayılmasına engel olabilecek, onun anayasaca öngörülen haklardan sayılmasına yardımcı olabilecek,

(2) Bu faaliyetin asgarî bir anayasal güvenceden yararlanmasını sağlayabilecek delillerin çıkarılmasına imkân olup olmadığını incelemelidir. Bir başka deyişle Mahkeme, hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen ilkeleri arasında, Anayasamızca öngörülmediği ileri sürülen bir hak ya da hürriyetin yine de:

(1) Anayasal hak ve hürriyetler arasında sayılmasını

(28) Aynı karar, AYMKD, sayı 3, sf. 32-33.

(29) Bu görüşün eleştirisini yukarıda yapmıştık. Bkz. sf. 191 v.d.

- (2) Anayasal güvencelerden yararlanmasını sağlayacak ilkeler var mıdır? sorusunun cevabını aramalıdır.

Biz, önümüzdeki olayda «hukukun genel ilkeleri» açısından meseleyle şu şekilde bakmanın doğru olduğu görüşündeyiz.

Hukukun Genel İlkeleri açısından sorun'umuz

«Hukukun genel ilkeleri», hukukun «bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensipleri» demek olduğuna göre, bu prensipleri yabancı hukuk sistemlerindeki uygulamada aramak, oradan çıkarmak gerekir. Özellikle Anayasa yargısı alanındaki uygulamadan alınacak örnekler konuya ışık tutacaktır.

Konumuzla ilgili iki örneği A.B.D. Yüksek Mahkemesinin içtihadlarından çıkarabiliriz. Bunlar Mahkemenin, Federal Anayasanın açıkça kabul ve ilân etmediği hareket (seyahat) ve dernek kurma hak ve hürriyetlerinin, yine de anayasal hak ve hürriyetlerden olduklarını bildiren kararlarıdır.

Yüksek Mahkeme, seyahat hürriyetini, Anayasa metni içinde öngörülen bir hürriyet olmamakla beraber «Kurucu Atalardan kalan mirasın bir parçası», «ferdi hürriyetin bir vasfı..» saymış ve anayasal hürriyetlerden olduğunu ilân etmiştir (30).

Yüksek Mahkemenin bir başka «içtihadı Anayasa tadili veya ilâvesi» de, ifade hürriyetini düzenleyen Ek 1.'in kapsamına, dernek kurma hakkını ithal etmesidir. Başkan Warren'i deyişiyle «(Amerikan) Devlet sistemi, her vatandaşın siyasî ifade ve cemiyet hakkına sahip bulunduğu faraziyesi üzerine bina edilmiştir.» Yüksek Mahkeme, Anayasada açıkça öngörülmemiş bu hakkı, başlangıçta söz veya toplanma hürriyetleri vesilesiyle ve onların bir kullanma şekli olarak görmesine karşılık, son kararlarında, ifade hürriyeti içinde yer alan, özel ve ayrı mahiyette, bağımsız yeni bir «Anayasa hakkı» niteliğinde saymıştır (31).

Görülüyor ki, herhangi bir hak ya da hürriyetin Anayasada açıkça öngörülmemiş olması halinde, Anayasa yargısı yetkisiyle

(30) Bkz. W. GELLHORN, *Amerikan Hakları, Anayasanın uygulanması*, Çev. Ünsal Oskay, Türk Siyasî İlimler Derneği yayınları, Siyasî İlimler sergisi, No: 9, Ankara, 1965, sf. 122-136.

(31) Sait GÜRAN, *İfade Hürriyeti üzerinde İdarenin Yetkileri*, Doktora tezi, İÜHF yayınları, İstanbul, 1969, sf. 26-29.

donatılmış olan Mahkeme geliştirici ve hürriyetçi yönde bir tutum takınmaktadır. Mahkeme bu yorumlarında, söz konusu hak ve hürriyetlerin ya ferdi hak ve hürriyetlerin bir niteliği olduklarına, ya da bunların gelenekselleşmiş niteliklerine dikkati çekmekte, bu esaslara dayanmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu yönde davranan tek örnek değildir. Almanya'da da Anayasa Mahkemesinin yeni Anayasa hakları inşa etmesi, siyasi organların bağımsızlığına aykırı görülmele beraber, Mahkemenin Anayasanın metninde *çekirdek* halinde bulunan hakları genişletebileceği fikri kabul edilmektedir (32). İsviçre'de de, Anayasada açıkça belirtilmiş olmasalar bile, liberal Anayasa ve hukuk geleneği, mevcut Devlet anlayışı açısından doktrinin ve mahkeme kararlarının gerçek birer Anayasa hakkı saydığı haklar, Anayasada açıkça gösterilen haklar mertebesine yükseltilmektedir (33).

Bütün bu yorumlar aslında köklerini «Hürriyet asıl ve kaide, sınırlama ise istisnadır» ya da «Açıkça yasaklanmamış olan serbest bırakılmış demektir» ilkelerinden, ferdi hak ve hürriyetlerin devlet tarafından verilmiş bir şey olmadığı varsayımından almaktadırlar. Bunlar ise, *batı liberal hukukunun genel ilkeleridir*.

Bu hürriyetçi tavır, Türk hukuk uygulamasında da takınılması gereken tavidir. Anayasa Mahkemesi resmi hukuk sistemiyle tutarlı kalmak için, demokratik hak ve hürriyetleri genişletici ve geliştirici yorum yapmak durumundadır. Kaldı ki Anayasa Mahkememiz, Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olacak normlar arasında önceliği hukukun genel ilkelerine verdikten sonra başka bir yol da seçememek gerekir. Mahkeme, herşeyin öncesinde ve üstünde hukukun genel esaslarına yer vermekle, zaten «droit régalien» teorisini reddetmiş, Devletin yapacağı kanundan önce hukukun mevcut olamayacağı görüşünden, pozitivist ve Kelsen'ci görüşlerden ayrılmış, ferdi hakların Devletçe verilmiş bir şey olamayacağı yolundaki görüşlere bağlanmıştır (34).

(32) Metin KIRATLI, *Anayasa Yargısında somut norm denetimi*, SÜSBF yayını, Ankara, 1966, sf. 171.

(33) KÜNDIG, *Les Droits constitutionnels en Suisse*, in *Essai sur les Droits de l'Homme*, premiere serie, T. 1, Bibliotheque européenne, 1959, p. 70.

(34) Bülent Nuri ESEN, s.g.e.; sf. 41-42.

Hürriyetçi ve geliştirici tutum, Anayasamızın sözüne ve ruhuna da uygun düşen yorumdur. Şu sebeple ki, Anayasanın Başlangıcı (paragraf 5) ve 2 nci maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin «insan hakları» na dayanan demokratik bir Cumhuriyet olduğunu bildirmektedir. «İnsan hakları» terimi ise, pozitif hukukun açıkça tanıdığı hakların da üstünde var olan ve ulaşılmaması gereken «ideal hürriyetler» anlamına gelir. Dolayısıyla, pozitif hukukun tanıdığı hakların çevresini aşan bir anlama sahiptir. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin niteliğiyle ilgili 10 ncu madde herkesin «kişiliğine bağlı» temel hakların varlığından söz etmekle, belli bir tarihî aşamada «insan kişiliği» nin gerektirdiği bütün hak ve hürriyetlerin — bunlar Anayasada açıkça öngörülmüş olmasalar dahi — temel haklardan sayılmak gerektiğini ifade etmiş olmaktadır. Dahası, Anayasanın 10 ncu maddesinin 2 nci fıkrası Devlete, temel hak ve hürriyetlere sadece saygı göstermek değil, aynı zamanda onları geliştirmek ve arttırmak ödevini yüklemiş bulunmaktadır. Bu, Anayasamızın, ucu gelişmeye açık bir hürriyet anlayışını benimsediğini gösterir. Bir başka deyişle, «temel hak ve hürriyetler» terimi sadece anayasanın açıkça öngördüğü temel hak ve hürriyetler şeklinde değil, tarihî gelişim içerisinde ulaşılan her aşamada, demokrasi anlayışının zorunlu kıldığı bütün hakları ve hürriyetleri de içine alacak şekilde yorumlanmak gerekir (35).

Sonuç olarak, Anayasa Mahkememizin, Anayasada açıkça öngörülmemiş bir hak ve hürriyet karşısında bulunduğu zaman, bu hak ya da hürriyeti anayasal haklar arasına sokmaya çalışması gerektiği düşüncesindeyiz. Eğer tabii bu hak ya da hürriyet hukukun genel ilkelerinden ve Anayasamızın ruhundan çıkarılabiliyorsa ve Anayasamızın içine kaynaştırılması, Anayasanın açıkça öngördüğü hak ya da hürriyetlerden birinin özüne dokunulması sonucunu yaratmıyorsa (36).

(35) Bülent TANÖR, *Anayasa Hukuku Meseleleri...*, sf. 84-85.

(36) Bir örnek verelim: Lokavt hakkı, Anayasanın sosyal niteliği, devletin sosyal ödevleri, tam çalışma düzeni ilkeleri ve nihayet işçi sınıfına Anayasada açıkça tanınan birtakım haklarla (grev, toplu sözleşme..) ilişkili halindedir. Lokavt hakkının kullanılması, işçi sınıfının bu haklarının kullanılmasını «..ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte.» (Anayasa Mahkememiz «hürriyetin özü» konusundaki kriteri: E. 1962/208, K. 1963/1 K.t. 4.1.1963 R.G. 13 Mart 1963 - 11354, AYMKD, sayı 1, sf. 61.) bir eylem olduğundan, bir hak olarak tanınması da Anayasaya açıkça aykırıdır.

III) Örnek olayda ortaya çıkan bazı yan sorunlar :

Örnek olaydan, yukarda incelediğimiz iki kalkış sorunundan başka, Anayasa Mahkemesinin muhakeme tarzından doğan başka birtakım sorunlar da çıkmaktadır. Bunların en önemlilerini ortaya koyalım ve eleştirmeye çalışalım.

A) Mahkemenin, söz konusu eylemin Anayasanın 20 ve 21 nci md. lerindeki hürriyetlerle ilgili olduğunu kabul ettikten sonra, bu hürriyetler sınırlanabilirmiş gibi hüküm yürütmesi yanlıştır :

Anayasa Mahkemesi söze şöyle başlıyor:

«Kaldı ki, bir an için, Anayasanın (düşünce) ve (Bilim, sanat) hürriyetleri hakkındaki 20 nci ve 21 nci maddelerin konuyla ilgili bulunduğunu ve bu sebeple yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulması işinin bu maddelerin ve Anayasanın 11 nci maddesinin ışığı altında incelenmesi ve bu hususta konulacak hükümlerin 20 nci ve 21 nci maddelerdeki hürriyetlerin özüne dokunmaması gerektiğini düşünelim.» ve arkasından da «..Basın Kanununun 31 nci maddesi iddia edildiği gibi idareye kayıtsız ve şartsız yani keyfiliğe gidebilecek olan bir yetki vermiş değildir» diyerek olayda «öze dokunur» bir sınırlamanın söz konusu olmadığını ileri sürüyor.

Böylece Mahkeme, Düşünce ve Bilim ve Sanat hürriyetleri konusunda hürriyetin özü meselesini sadece yasama yetkisinin devredilmemesi (A.Y. md. 5) ve hürriyetlerin kanunla düzenlenmesi (A.Y. md. 11/1) ilkelerine uyulmasından ibaret bir mesele olarak görmüş oluyor. Öze dokunmanın tek gerçekleşme şekli, Mahkemeye göre, bu yetkinin yasamaya devri halinde söz konusudur.

Bu tutumuyla Mahkeme, söz konusu hürriyetlerin özüne asıl, bunların muhtevalarının sınırlanması halinde dokunulmuş olunacağını gözden kaçırmakta, meseleyi sadece organlar arasında bir yetki paylaşımı meselesi olarak almakta, sınırlama işleminin niteliğini hesaba katmamaktadır.

Oysa, düşünce ve Bilim ve sanat hürriyetleri muhtevaları bakı-

mından sınırsız hürriyetler olduklarından (37), her muhteva sınırlaması öze dokunma sonucu doğurur. Bu sınırlamanın yasama organı tarafından yapılmış olması, «idareye kayıtsız şartsız yani keyfilige kadar gidebilecek olan bir yetki» nin verilmemiş olması bir şey değiştirmez. Bu hürriyetler muhtevaları bakımından sınırlanamaz hürriyetler ise — ki, Anayasa Mahkemesi de en azından Bilim ve Sanat hürriyetinin bu nitelikte olduğuna hükmetmiştir (38) — bu hürriyetleri muhtevaları bakımından yasama dahi sınırlayamaz.

Bu sebeple, gerek muhalefet serhi yazan üyelerin (39) gerekse mahkemenin bu kararını eleştirenlerin (40), Anayasaya aykırılığı sadece sınırlama sebeplerinin kanunda gösterilmemiş olmasında, yani bir yetki devri meselesinde aramaları bizce isabetsizdir. Yasama, muhtevası üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı bu hürriyetleri kendisi dahi sınırlayamazken, nasıl olur da, kendisinde olmayan bu yetkiyi bir başka organa aktarabilir?

Anayasa Mahkemesine, bu hürriyetlerin Anayasanın 20 ve 21 nci maddelerindeki hürriyetlerle ilgili olduklarını tespit ettikten sonra yapacak bir tek şey kalmaktaydı: yabancı ülkelerde basılı eserlerin bir düşünce ve bilim hürriyeti konusu olmaları sebebiyle yurda sokulmalarının önlenemeyeceğini bildirmek.

B) Anayasa Mahkemesinin, kanunla düzenleme (A. Y. md. 11/1) ve yetki devri yasağı (A. Y. md. 5) ilkelerinin aşılp aşılmadığını sadece kanunun maksat unsuru bakımından denetlemesi yanlıştır :

Anayasa Mahkemesine göre «5630 sayılı Basın Kanununun 31 nci maddesi iddia edildiği gibi idareye kayıtsız ve şartsız yani keyfilige kadar gidebilecek olan bir yetki vermiş değildir. Her ne kadar madde metninde (Men) ve (Toplatma) konusunda idareye verilmiş bulunan yetkinin, bir sınırı yok gibi görülmekte ise de, bir hukuk rejiminde idare, kanunların maksadına ve amacına göre onları uygulamakla görevli olup hiçbir zaman bu maksat ve amaç dışına çı-

(37) Bülent TANÖR, *Siyasi düşünce hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü ktiabevi, İstanbul, 1969, sf. 173 v.d.

(38) E. 1963/170 K. 1965/140 K.t. 26.9.1965, AYMKD, sayı 4, sf. 267.

(39) AYMKD., sayı 1, sf. 307.

(40) Sulhi DÖNMEZER, s.g.m.; sf. 392.

kamaz. Yani idarenin yetkisi, kanunların maksat ve amaçları ile sınırlıdır. Kanunların maksat ve amaçları ise gerekçelerde gösterilir ve meclislerde geçen görüşmelerle belli olur.»

Yukarda (A) başlığı altında yazdıklarımızı bir an için yazılmıŝ sayarak ve kendimizi, düşünce ve bilim ve sanat hürriyetlerini sınırlı sayan Anayasa Mahkememizin yerine koyarak, burada önümüze çıkan meseleye eğilelim. Anayasa Mahkemesinin yukarki kararında savunulan Basın Kanununun 31 nci maddesinin kanunla düzenleme ve yetki devri yasağı ilkelerine aykırı düşmediğı yolundaki görüş isabetli midir?

Anayasa Mahkemesine göre, söz konusu maddenin gerekçesi, bu hükmün maksat ve amacını açıkladığından, yürütme organı bu kanundan aldığı men ve toplatma yetkilerini ancak kanunda belirtilen (muzır ve yıkıcı faaliyetleri önlemek) maksadıyla kullanabilecektir. Őu halde Mahkemeye göre, bir hürriyetin hangi amaçla sınırlandırıldığına kanunda (daha doğrusu o kanunun gerekçesinde) belirtilmiş olması, söz konusu hürriyetin kanunla sınırlanmış sayılması için yeterlidir.

Bu düşünce isabetli sayılamaz. Kanunla sınırlama ilkesi (A.Y. md. 11/1) nin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, yürütme organına verilen yetkinin sadece hangi amaçla kullanılabileceğı hususunun kanunla belirtilmiş olması yetmez. Ayrıca bu yetkinin ne gibi sebeplerle ve ne gibi eserler hakkında kullanılabileceğı hususu da kanunda açıkça belirtilmiş olmak gerekir. İnceleme konusu madde ise bu sebep ve şartları göstermediğinden, Bakanlar Kurulu yabancı eserlerden dilediğini «muzır ve yıkıcı faaliyetleri önlemek» gerekçesiyle yasaklayabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin, maksat (amaç) yönünden denetimi herşey sayan, konu (mevzu) yönünden denetimi ihmal eden bu tutumu, yasama yetkisinin devredilip devredilmediğı konusunda tek ölçü olarak «amaç» unsurunu ele aldığından sakattır, amaç denetiminin diğere unsurlar açısından denetim (sebeup, saik, konu) aleyhine anormal genişlemesine, bir amaç denetimi emperyalizminin doğumuna sebep olur. Mahkeme, amaç yönünden denetimle yetinip, konu yönünden denetime girişmediğı için, kanunun gerekçesinin halisane» olmasını yeterli bulmakta (sanki başka türlü olabiliymiş gibi), maddenin yürütmeye keyfi ve sınırsız yetki veren, sınırlamanın esaslarını ve şartlarını göstermeyen niteliğine dikkat etmemektedir.

Oysa Anayasa Mahkemesi başka kararlarında, kanunun maksat (amaç) unsuru bakımından hukuka ve Anayasaya uygun olmasının, konu bakımından da öyle olması sonucunu doğurmayabileceğine işaret etmekte, konu yönünden de ayrıca denetleme yapma yoluna haklı olarak gitmektedir. Mahkeme, «..herhangi bir kanun hükmünün yukarıda belirtilen (A.Y. md. 36 ve 11) Anayasa hükümlerine aykırı olması için, mülkiyet hakkını sınırlaması ve bu sınırlamanın kamu yararına dayanmaması veya *kamu yararına dayansa bile, mülkiyet hakkını özünü zedeleyecek nitelikte olması gerekmektedir* (41), yine bir başka kararında «..Bu hükümlerde *ne kadar iyi erek ve niyetler var sayılırsa sayılsın*, herkesin kanun önünde eşit olması ilkesinin bozulmuş olduğu gerçeği değiştirilemez» (42) demek suretiyle «konu yönünden denetim» ilkesinin, hiçbir zaman hiçbir şekilde ihmal edilemeyeceğini göstermiştir. Ne var ki Mahkemenin, iktisadî haklara özellikle mülkiyet hakkına ilişkin konularda gösterdiği bu titizliği, düşünce ve Bilim ve Sanat hürriyetleri için göstermemiş olması olumsuz bir noktadır.

Sonuç olarak, Mahkeme, kanun maddesinin «yıkıcı ve muzır» eserlerden ne anlaşılmalı gerektiğini açıklamaması sebebiyle, konu açısından Anayasaya aykırı bulunduğunu, yetki devri niteliğinde olduğunu tespit etmeliydi.

C) Anayasa Mahkemesinin, söz konusu kanun hükmünün Bakanlar Kuruluna objektif mahiyette kararlar alma yetkisi vermediği yolundaki görüşü isabetsizdir :

Gerçekten de, maddenin kesin ve sınır tanımayan ifadesi karşısında, Anayasa Mahkemesinin nasıl olup da «..Bakanlar Kurulunun bu yetkiye dayanarak vereceği kararlar, objektif kaideler koyan

(41) Bunu derken, yurt dışında basılı eserlerin yurda tamamen denetimsiz girebileceklerini söylemiyoruz. Bir düşünce, bilim ve sanat hürriyeti konusuna girmeyen (adî, bayağı, müstehcen, suça itici, yayınların yurda sokulmasının önlenmesi Anayasaya aykırı düşmez. Hattâ A.Y. md. 28/5 ve 24/2 deki hâkim kararı şartı bunlar için aranmayabilir ve bu yetki yürütmeye verilebilir (bkz. yuk. sf. 196).

(41) E. 1964/32 K. 1964/33 K.t. 2.10.1964 R.G. 18 Aralık 1964 - 11885 AYMKD sayı 2, sf. 193.

(42) E. 1966/1 K. 1966/21 K.t. 19.4.1966 R.G. 26.7.1966 - 12358, AYMKD sayı 4, sf. 127.

tanzimi tasarruflardan olmayıp belli bir veya birkaç eserin yurda sokulmasını yasaklayan veya toplattırılmasını öngören idari tasarruflardan ibarettir» görüşünü savunabildiğini anlamak zordur. Aslında madde, okunuşu bakımından da, böyle bir kayıt getirmeyecek kadar sınırsız bir yetki vermektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bu kararı vermesinden sonra çıkan Bakanlar Kurulu kararında, Anayasa Mahkemesinin bu yorumunun tamamen aksine *bütün* kürçe yayınların yurda sokulması yasaklanmıştır. Burada söylenmesi gereken, Bakanlar Kurulunun kanunun kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullandığı, yani tanzimi tasarrufda bulunduğu değil, Anayasa Mahkemesinin sırf kanunu iptal etmemek için, onun mutlak ve sınırsız ifadesini görmezlikten geldiğini belirtmek olmalıdır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin yukarda incelediğimiz kararı, hukuk biliminin, Anayasa Hukukunun esaslarıyla birçok noktada temelden çelişki halindedir. Mahkemeyi bu kadar ciddi yanlışların içine iten sebeplerin başında yerindelik (opportunit ) endişelerinin geldiği farkolanmaktadır. Aynı kaygunun, karara karşı olanlarda da varlığı açıkça görülmektedir.

Fakat, Anayasa Mahkemesinin bir defa incelediği ve sonuçlandırdığı bir dâvayı yenibaştan incelemesine engel bir husus olmadığına göre, ilerde ortaya çıkacak yeni fırsatların iyi kullanılması, yanlış noktalarda isrardan vazgeçilmesi imk nı yine de mevcuttur.