

Prof. Dr. Zafer GÖREN *

ÖZGÜRLÜKÇÜ DEMOKRATİK DÜZEN

FREEDOMIST DEMOCRATIC ORDER

ÖZET

Özgürlükçü demokratik düzen, her türlü zorlama ve keyflik yolunun kapalı olduğu, halkın çoğunluğun iradesine göre kendi kaderini tayin etmesine ve eşitlik esasına dayanan bir hukuk düzenidir.

F. Almanya Anayasa Mahkemesi Kararı*

Demokrasi, öncelikle her vatandaşın, temel siyasal organların kuruluşuna katılma konusunda eşit ve serbest şansa sahip olmasını sağlayan, kendisini devamlı yenileyen ve demokratik düşünce ve irade oluşumunu açık tutan hukuksal kurullarla var olabilir.

Demokrasi, erker ayrımının varlığına bağlı olan temel hakları şart koşar. Temel haklara ve anayasal bir düzenlemeye duyduğu bu gereksinme nedeniyle demokrasi, demokratik anayasal devletin temelini oluşturamaz. Tersine demokrasi hukuken bağlayıcı bir Anayasanın varlığına bağlıdır.

İnsan onurundan kaynaklanan özgürlük ve eşitlik, klasik-batı demokrasisinin temelini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Demokrasi, temel haklar, demokratik toplum düzeninin gerekleri.

ABSTRACT

Democracy can exist primarily with legal rules that ensure that every citizen has an equal and free chance to participate in the establishment of basic political organs, that constantly renews itself and that keeps the formation of democratic thought and will open.

Democracy stipulates fundamental rights that depend on the existence of separation of powers.

Because of this need for fundamental rights and a constitutional arrangement, democracy cannot form the basis of a democratic constitutional state. But rather democracy depends on the existence of a legally binding constitution.

Freedom and equality stemming from human dignity form the basis of classical-western democracy.

Keywords: Democracy, fundamental rights, requirements of democratic social order.

* BVerfGE 2,12.

Makale Geliş Tarihi: 19.07.2021 **Kabul Tarihi:** 07.09.2021

* **ORCID ID:** <https://orcid.org/0000-0001-7115-1496>

* İstanbul Ticaret Ü. Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuk Anabilim Dalı, zgoren@ticaret.edu.tr

1. Demokrazi Kavramı

Demokrazi, ancak, her vatandaşın, temel siyasal organlarının kuruluşuna katılma konusunda eşit ve serbest şansa sahip olmasını sağlayan, kendisini devamlı yenileyen ve demokratik düşünce ve irade oluşumunu açık tutan hukuksal kurallarla var olabilir.

Bu anlamda, demokraziye siyasal partilerin plüralizmi ve kuruluş özgürlüğü, demokratik yapısı, şans eşitliği, dernek kurma, düşünce, basın, bilim özgürlükleri ve diğer başka bağlantılarla tüm temel haklar dahildir.

Anayasal demokratik düzen:

-Seçimlerle siyasal iradenin oluşumuna ve şekillenmesine doğrudan doğruya serbest ve eşit katılım;

-Siyasal yöneticilerin özgürce onaylanması;

-Azınlığın bir gün çoğunluk olma konusunda eşit şansa sahip olması;

-Serbest ve açık bir siyasal sürecin garanti edilmesi ile oluşur.

Bu olgu temel hakların normlandırılması sonucu gerçekleşecektir.

Modern demokrazinin temel koşulları olarak serbest ve eşit seçimler ve siyasal yöneticilerin onaylanması, seçim ilkelerinin garanti edilmesine; kamu oyunun ve siyasal iradenin oluşumu, düşünce, toplantı ve sözleşme özgürlüğüne dayanır.

Bu nedenle demokrazi, erkler ayrımının varlığına bağlı olan temel hakları şart koşar. Erkler ayrımı olmadan devletin hukuka bağlılığından, devletin hukuka bağlılığı olmadan, güvence altına alınmış özgürlükten söz edilemez.

Halk egemen değilse demokrasi de yoktur.

Bunun dışında, demokrasi, yasa koyan organların kuruluşu, üyelerinin hak ve ödevleri, onlara ait alt organların(komisyonların), kuruluşu ve yetkileri, buradaki görüşmelerin açıklık ve gizliliği, söz hakkı, süresi, karar yeter sayısı, gerekli çoğunluklar (mutlak-nispi, basit-nitelikli) oylama yöntemleri, kararlarının yürürlük koşulları konusunda hukuksal örgütlenme ve usul kurallarına muhtaçtır.

2.Anayasalı ve Salt Demokrasi

Şartlı ve salt monarşiyayırımı yapıldığı gibi, anayasalı ve salt demokrasi ayırımının yapılması olanaksızdır. Çünkü salt bir demokrasi olanaksızdır ve kendi içinde çelişkilidir. Salt egemen olmak, hukuka bağlı olmamak, hukukun altında değil üzerinde olmak demektir.

Hukuka bağlılık olmadan yalnız demokrasiyi öncelikle olanaklı kılan temel haklar değil, hukuka bağlılık olmadan, siyasal organlarda demokratik bir karar süreci de oluşturulamaz.

Temel haklara ve anayasal bir düzenlemeye duyduğu bu gereksinme nedeniyle demokrasi, demokratik anayasal devletin temelini oluşturamaz. Tersine demokrasi hukuken bağlayıcı bir Anayasanın varlığına bağlıdır¹.

Bu anlamda demokrasiden söz edildiğinde, bir defalık ve başlangıçtaki anayasa yaratıcı tasarruf değil, devamlı ve sürekli bir siyasal organizasyon şekli, başka bir deyimle temsilcinin egemenliği değil, temsil edilenin egemenliği kast edilmektedir.

Demokratik anayasal devlete, bir “devrimci anayasa yaratma tasarrufu” öncülük eder veya etmelidir.Bu olgu,ya anayasa koyma konusunda yetkili kılınan bir meclisin seçimi şeklinde veya anayasa taslağı konusunda bir plebisitle gerçekleşir.

¹ Kriele, Martin: Befreiung und politische Aufklaerung, Plaedoyer für die Würde des Menschen, Freiburg im Breisgau. Basel, Wein, Herder,1980, 2. Bölüm, Prf. 9-11 ve 6; Kriele, Martin: Freiheit und Gleichheit, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, Newyork, 1983, s. 143 vd.

Temsilci egemenliğin hareketle geçirilmesinin bu iki şekli, geçici bir organizasyona ve bağlayıcılıklarının halk tarafından meşru olarak tanınmasına muhtaçtırlar. Fakat temsilci egemenliği, anayasanın vaz edilmesinden ibaret olup bu görevi yerine getirmekle son bulur.

Bundan böyle, hukuken ancak bu suretle bağlayıcı bir biçimde ortaya çıkmış olan anayasa meşru olarak geçerli olur.

Bu nedenle, birçok devrimci bağımsızlık hareketinde yapılabildiği gibi demokrasi kavramını sadece temsilci egemenliği ile sınırlamak, demokrasinin geleceği açısından tehlikeli bir yanılıdır.

Halk bağımsızlığına; temsilci egemenliğini, erkler ayırımını, insan haklarını (medeni ve siyasal) ve demokrasiyi şart koşan bir organizasyon yaratıyorsa kavuşmuş olacaktır.

Özgürlük ve eşitlik ne diktatörlükte ne toplumsal güçlerin serbest hareket koşullarında var olabilir.

Diktatörlük, iktidar sahibinin ayrıcalığı ve iktidara tabi olanın ayırma tabi tutulması demektir. Güçlerin serbest hareketi ise, zayıf bağımlılığa düşüren, güçlünün hak sahipliği ile son bulur.

Her iki halde de hem özgürlük hem eşitlik aldatıcı olacaktır. Eşitlik ve özgürlük, erklerini ayıran bir demokratik anayasal düzende varolabilir ve geliştirilebilir. Böyle bir düzende demokrasi, kesinlikle esas oluşturmayıp, önce temel hakların varlığını şart koşmaktadır².

3. Demokratik Fonksiyonel Temel Hak Görüşü

Demokratik fonksiyonel temel hak görüşüne göre³, temel hakların ilk amacı, özgür, demokratik irade oluşumunu sağlamaktır. Temel haklar

² Kriele, Martin: Freiheit und Gleichheit, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, New York, 1983, s.135 vd.

³ Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, Karlsruhe, 1977, s. 66 vd.

yalnız bireysel herhangi bir subjektif özgürlüğü korumakla kalmayıp, demokratik irade oluşumu sürecine yönlendirilmiş özgürlüğü sağlamalıdır.

Temel haklar belli bir değer, yani demokrasinin korunmasına hizmet etmelidirler. Ancak bu görüşün katı bir biçimde uygulanması durumunda ise, sadece belli bir amaca hizmet eden özgürlüğün, onu belirleyen yönetiminde olması tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Bir demokraside özgürlüğü belirleyen çoğunluktur. Sadece çoğunluğun kararları ölçüsünde bir özgürlük, özgürlük değil bağımlılıktır.

Şu hâlde vatandaşa temel hakları, hem özgür, bağımsız bir birey olduğu için, hem toplumun bir üyesi olduğu için garanti eden görüşe ağırlık verilmelidir. **Yani temel hak garantisi sadece bireysel değil, aynı zamanda kamu yararı için sağlanmıştır⁴.**

4. Siyasal Özgürlük

Özgürlük düzeni olarak demokrasi, herkese gerekli güvenliğin sağlanması ile birlikte, mümkün olan en kapsamlı ve herkes için aynı oranda özgürlüğün gerçekleştirilmesi amacına yöneliktir.

Burada söz konusu edilen “felsefi bir özgürlük” kavramı değil, Rousseau’nun anladığı anlamda, bir toplum içinde, insan onuruna yakışır ve adilce bir arada yaşama düzeninin sağlanması ve insanların bir devlet olarak birleşmesinin koşulu olarak “siyasal bir özgürlük” kavramıdır⁵.

⁴ Arndt, H. Walter/ Rudolf, Wolfgang: Öffentliches Recht, Vahlens Handbücher der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, München, 1983, s. 114.

⁵ Krş., Maihofer, Werner: Politik für Nicht politiker, Ein ABC zur aktuellen Diskussion, Bd.I, 1972, s. 171 vd.

5. Her İnsanın Özgür Olması Koşuluyla İnsanlar Arası Bir İlişki Düzeni Olarak Özgürlük

İnsan onurundan kaynaklanan ve doğuştan kazanılmış olması nedeniyle dokunulmaz devredilmez bir insan hakkı olarak anlaşılan özgürlüğü, Kant “tek orijinal, her insanın, insan oluşu dolayısıyla sahip olduğu hakkı” olarak tanımlamaktadır⁶.

Ancak Kant bununla özgürlüğü, insanın sadece kendine özgü bir özelliği olarak düşünmemiş, *her insanın özgür olmasına olanak veren insanlar arası bir davranış ve ilişki düzeninin koşulu olarak düşünmüştür*. Bundan aynı zamanda insanların hukuk kuralları altında birleşmesi olarak *devlet* kavramı ortaya çıkmaktadır⁷.

6. Toplumsal Sözleşme

Bu nedenle Kant ve Rousseau’ya göre böyle bir devlet, ancak başlangıçtaki sözleşme düşüncesine, yani özgür ve eşit kişilerin -her insanın özgürlük ve aynı zamanda bağımlılığının karşılıklı ve her taraftaki eşit koşulları altında, tıpkı her insanı tatmin edici nitelikte bir “*bir özgürlüğün genel yasası*”nı yaratırcasına- yaptıkları, bir anlaşmaya uygunsuz hukuka uygundur.

Kant’a göre, bu tür devlette, insanın doğuştan sahip olduğu özgürlüğünden bir bölümünü, bir amaç uğruna feda etmesi değil, tersine vahşi ve kanunsuz özgürlüğünü, *-yasal birbağımlılık içinde hukuksal bir ortamda eksilmeden yeniden bulabilmesi için-* tümünden terk etmesi söz konusudur. Çünkü bu bağımlılık kendi yasama iradesinden kaynaklanmaktadır⁸.

⁶ Kant, Immanuel: Methaphysik der Sitten, Ausgabe Vorlaender bei Meiner, Hamburg, 1972, s. 43.

⁷ Hukuk kavramı için:Bkz. Kant, Immanuel: Methaphysik der Sitten, Ausgabe Vorlaender bei Meiner, Hamburg, 1972, s. 43 vd.

⁸ Maihofer, Werner:Prinzipien freiheitlicher Demokratie, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, Newyork, 1983, s. 206.

7. Batı Uygarlığınca Benimsenmiş Demokrasi

Liberal devlet anlayışı, kişinin özgürlük ve onurunun en kolay ve olabildiğince kapsamlı bir şekilde, bireyin kendi yaşamını kendi iradesine göre şekillendireceği, devletin müdahalesinden arındırılmış bir alanın garanti altına alınması ile korunabileceği görüşünden yola çıkmaktadır.

Bununla birlikte, bireyin bağımsızlığı ile onun bugünkü koşullarda toplu halde yaşamasından doğan gereksinimleri, hakları ve ödevleri arasındaki gerilim ilişkisinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Ne sınırsız bir individualizm ne de özgürlüğü hiçe sayan bir kolektivizme tabi olan bir anayasal düzen özgürlük ile baskının, bireye saygı ile onun topluma katılmasının zıtlığından doğan sorunları cevaplandırmak zorundadır.

Anayasanın kalitesi, önemli ölçüde, bu tür kaçınılmaz çatışma durumlarını önleme konusundaki başarısına bağlıdır.

Bireysel özgürlük ve kamu yararının olabildiğince bağdaştırılması, politikanın en önemli ödevi olmalıdır.

Anayasa birey-toplum ilişkisini bir taraftan temel hakların garantisi, diğer taraftan sınırlar ve sosyal ödevler konusunda koyduğu normlarla dengelemeye çalışmalıdır.

Sosyal devlet, adil bir ekonomik ve sosyal düzen kurmaya; hukuk devleti, kişisel özgürlüğün çekirdek alanının tehlikeye girmesini engellemeye çalışmalıdır.

Anglo-Amerikan ve İskandinav ülkelerinde demokrasi siyasal bir mekanizma olmak dışında, bir yaşam biçimi olup “sosyal demokrasi” anlamında yorumlanmaktadır.

İnsan onurundan kaynaklanan özgürlük ve eşitlik, klasik-batı demokrasisinin temelini oluşturmaktadır.

Temsili nitelikte olsa bile, demokrasi, bireyin devletin bütün işlevlerine özgürlük ve eşitlik içinde katılımını sağlamaktadır⁹.

Temel hak ve özgürlükler demokratik yaşamın vazgeçilmez öğeleridir.

Düşünceyi açıklama özgürlüğü, seçme seçilme, siyasal faaliyette bulunma, siyasal parti kurma, siyasal partilere girme, partiden çıkma, dernek kurma özgürlükleri demokrasinin özgürlük öğesinin, yani *siyasal katılma özgürlüğünün* uzantılarıdır.

Demokrasiler, bu hakların çoğunluğa karşı korunmasını gerektirir. Çoğunluk ilkesi, çoğunluğun azınlık üzerindeki diktatörlüğü şeklinde yorumlanmamalıdır.

İçeriği çoğunluğun iradesi ile belirlense bile, ancak bütün vatandaşların hukuk düzeninin yaratılmasına katılmasına izin verilmesi halinde bir demokraside çoğunluk ilkesine uyulmuş olur.

8. Keyfi İktidarın Önlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, "demokrasi kesinlikle çoğunluğun görüşlerinin her zaman egemen olması anlamına gelmez; egemen durumun kötüye kullanılmasından kaçınılmalı ve azınlık görüşü temsil edenlere düzgün ve gerekli biçimde davranmayı, sağlayacak kurullarla bir denge oluşturulmalıdır"¹⁰.

⁹ Karpén, Ulrich: Human Rights in the Constitutions of the Western World: Some Interpretational Trends comparative constitutional law, Mahendra P. Singh Lucknow: Eastern Book Co., 1989, s. 376.

¹⁰ 13.8.1981 tarihli karar A/44, s. 25.

Keyfi iktidarın önlenmesi ve sınırlı devletin gerçekleştirilmesi özgürlükçü, çoğulcu demokrasilerin en önemli özelliğidir¹¹.

9. Demokraside Hukuksal Standartlar

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1983 yılında aldığı 800 sayılı kararında demokraside hukuksal standartlarınaşağıdaki şekilde saptandığına işaret edilmiştir¹².

“1. Demokrasi halkın halk tarafından yönetimidir;

2. Demokrasinin temel ilkeleri, hukuk devleti ve erkler ayrılığıdır;

3. Demokratik bir sistemde hükümetin ve yönetimin işleyişi, hukuk devleti ilkesine uygun olmalıdır;

4. Demokrasi yargıya, yönetimin hukuk devletine uygun davranıp davranmadığını saptama yetkisi verir;

5. Hükümet ve yönetimin etkili davranabilmesi ile vatandaşların hak ve özgürlüklerinin korunması arasında uygun bir denge sağlanması demokratik sistemin sorumluluğundadır;

6. Demokratik bir sistem, topluluğun genel yararının gerekleriyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan bireylerin temel haklarının korunması arasında böyle bir dengeyi koruyabilmelidir;

7. Bu olgu çoğunluğun, azınlığın haklarına saygı göstermesini gerektirir;

8. Kişi hakları ve siyasal hakların korunmasının yanında, vatandaş-

¹¹Turhan, Mehmet:Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Tartışma Bölümünde, Anayasa Yargısı. 8, s. 406.

¹²Turhan, Mehmet:Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Tartışma Bölümünde, Anayasa Yargısı. 8, s. 422 vd.

ların ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan da tam anlamıyla yararlanabilmeleri için özel bir özen gösterilmelidir;

9.İnsan haklarının kusursuz bir biçimde korunmasını sağlayan yeni kurallara açık bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir;

10.Olağanüstühallerde, istisnai önlemlerin alınmasından önce, normal hukuk düzeninin sağladığı bütün araçların kullanılması gerekir. Eğer böyle aşırı bir önlem gerekiyorsa, o zaman bu önlemin durumun gerektirdiği ölçüde olması ve hiçbir biçimde bu önlemlerden İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesinde yazılı olan sert çekirdekli hakların etkilenmemesi gerekir¹³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 29 Nisan 1988 tarihli kararında (Belilos vakası)genel nitelikteki çekincelerin sözleşmeye aykırı olduğunu saptamıştır¹⁴.

Böylece Komisyona bireysel başvuru hakkını kayıtsız kullanabilme olanağı doğmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisi bütün üye devletler ve dolayısıyla Türkiye tarafından da kabul edilmiştir. Gerek komisyon gerek mahkeme, temel haklara ilişkin olarak ortak kuralları tanımlama yoluyla üye devletlerin pozitif hukukunun bir parçası olan Avrupa liberal kamu hukukunu oluşturmaktadırlar. Yasa koyucunun hareketsiz kalması durumunda hak ve özgürlükler hukukunun liberalleştirilmesi görevi yargıç tarafından üstlenilecektir¹⁵.

Anayasamızın 138. maddesine göre, yargıçlarAnayasaya,kanuna ve hukuka uygun karar verirler. Bu maddenin Anayasa md.15 ile bir-

¹³ Çeviri: Turhan, Mehmet:Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Tartışma Bölümünde, Anayasa Yargısı, 8, s. 422 vd.

¹⁴ Cohan.G., Jonathan: " Les réserves à la Convention Européenne des droits de l'homme,A propos de l'arret Belilos du 29 Avril1988" , Revue générale de droit international public,1989,s.274 vd.

¹⁵ Çağlar, Bakır:Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, Anayasa Yargısı,7, Ankara 1990,s.98.

likte değerlendirilmesi halinde yargıç yasayı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak yorumlayabilmelidir¹⁶.

10. Anayasamızda Demokratik Devlet İlkesi

Cumhuriyetin niteliklerinin belirlendiği 1982 Anayasasının 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti “İnsan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletidir”.

Yine Anayasanın 4. maddesi gereğince, 2. maddede yer alan devletin “demokratik” olma niteliği değiştirilemez ve değiştirilmesi önerilemez.

Anayasanın 13. maddesi ise, ilk şeklinde ve 2001 tarihli anayasa değişikliğinden sonra da temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların, “demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırı olamayacağı düzenlemesini içermektedir.

Şu hâlde demokratik olma, bir taraftan Türk Devletinin değiştirelemeyen, değiştirilmesi önerilemeyen bir niteliğini, demokratik toplum düzeni ise, temel hak ve özgürlüklerde anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yasayla yapılacak sınırlamaların sınırını oluşturmaktadır.

Özgürlükleri sınırlamanın sınırı olarak anayasaca kabul edilen “demokratik toplum düzeni gerekleri”nden çağdaş, çoğulcu ve özgürlükçü bir demokrasi anlayışının mı, amaçlandığı öğretide tartışılmıştır.

Anayasanın Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Gereğince; “genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı”ndan söz edilmekte, “esasen uluslararası sözleşme veya bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir” denilerek, uluslararası sözleşmelere yollama yapılmaktadır. Danışma Meclisi Tutanak Dergisinde “genellikle kabul gören; içinden bir parçasını seçmek değil, herkesin kabul ettiği, genelin kabul ettiği” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁷.

¹⁶ Çağlar, Bakır: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, Anayasa Yargısı, 7, Ankara 1990, s.98.

¹⁷ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C.8, s. 88-89.

Bu durumda, demokratik toplum düzeni gereklerinden çağdaş, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışı benimsenmiştir görüşüne varılabileceği savunulmuştur¹⁸.

Maddenin sözüne göre bir yorum yaptığımızda, 13. maddede “bu Anayasada” şeklinde bir belirleme yoktur. Her fırsatta “bu Anayasada” sözcükleriyle vurgulama yapan böyle ayrıntılı bir Anayasanın bu maddede bu sözcükleri kullanmamasından “çağdaş özgürlükçü demokrasi” anlayışını benimsediği ileri sürülebilir¹⁹.

Bununla birlikte, Başlangıç Kısımının 3. paragrafında “bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi”den söz edilmektedir ve 2.maddeye göre Cumhuriyetin niteliklerinden sayılan Başlangıçtaki temel ilkeler, 4. madde uyarınca hiç değiştirilemeyen kurallardandır.

Ancak söze göre yorum her zaman sağlıklı sonuçlara ulaştırmamaktadır. Kaldı ki, yine Anayasanın Başlangıç kısmında, Anayasanın, “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde” anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu durumda değişmezlik kuralı da göz önünde tutularak Anayasadaki tüm kuralların “çağdaşlık” esas alınarak yorumlanması gerektiği düşüncesinde isabet vardır²⁰.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası zamanında verdiği bir kararında da demokrasiyi; “çağdaş özgürlükçü demokrasi, Batı Uygarlığınca benimsenen demokrasi” olarak kabul etmiştir²¹.

1982 Anayasası zamanında Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeni konusunda birbirini izleyen iki ayrı kararında farklı görüş bildirmiştir.

¹⁸ Turhan, Mehmet: Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Anayasa Yargısı 8, s. 408; Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2017, s. 120; Kaboğlu, İbrahim Özden: Kolektif Özgürlükler, Diyarbakır, 1989, s. 272; Tanör, Bülent: İki Anayasa 1961-1982, İstanbul, 1986, s. 136- 137.

¹⁹ Turhan, Mehmet: Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s.409.

²⁰ Turhan, Mehmet: Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991, s. 409.

²¹ E.1970/48, K.1972/3, k.t. 8-9.2.1972, AMKD, S. 10, s. 128.

Bir kararında “Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”²² görüşünü savunurken, çok kısa bir süre sonra, “klâsik demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekliliğiyle uyum içinde sayılmaz”²³ yönünde bir görüş bildirmiştir.

Mahkemeye göre, “özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu hâlde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil; kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve “demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde” sınırlandırılabilir”²⁴.

Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre, hak ve özgürlükler demokrasinin ayrılmaz birer parçasıdır. Özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalar da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı kısıtlamalardır. 1982 Anayasasında 2001 değişikliğinden önce yer almayan “öz” kavramını, Anayasa Mahkemesi, demokrasinin temel değerleri içinde kabul etmiştir. Bu karara göre Anayasa Mahkemesinin demokrasi anlayışı, çağdaş, özgürlükçü, batı demokrasisi anlamındadır.

Şu hâlde Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeni” gerekleri konusundaki içtihadında²⁵, genelde özgürlükçü demokrasi anlayışı yer almaktadır²⁶.

²² E.1985/21, K.1986/23, k.t. 6.10.1986, AMKD, S. 22, s. 224.

²³ E.1985/8, K.1986/27, k.t. 26.11.1986, AMKD S. 22, s. 365 vd.

²⁴ E.1985/8, K.1986/27, k.t.26.11.1986, AMKD S. 22, s. 365-366.

²⁵ Bkz.E.1990/9, K.1990/13, k.t. 21.6.1990, RG.3.2.1991-20775, s. 534.

²⁶ Turhan, Mehmet:Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekliliği, Anayasa Yargısı 8, Ankara 1991,s. 418.

Anayasa Mahkemesi son yıllarda verdiği kararlarından birinde : "Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlükler getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yoları gibi güvenceler, demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle temel hak ve özgürlükler istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşulu ile demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamaylagüdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmaması gerekir²⁷."

Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzenini, çağdaş özgürlükçü demokrasilerde genellikle kabul gören demokratik düzen anlayışı olarak yorumu, Anayasa Mahkemesi kararlarında "Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası insan hakları sözleşmelerinin ve bu sözleşmelere taraf ülkelerin iç düzenlerindeki, ortak standartların " en azından destek ölçü norm olarak kullanılmasını sağlayabileceği" ifade edilmiştir²⁸.

11. Temel Hakların Demokratik Fonksiyonu

Temel hakların çoğu birden çok amaca yöneliktir. Örneğin düşünceyi açıklama özgürlüğü, negatif statüye dahil edilmekle birlikte, seçimlerle ortaya koyan halkın siyasal iradesinin korunması onun, daha derin bir anlamını ortaya koymaktadır. Bu nedenle **kamusal düşünceyi açıklama özgürlüğü aynı zamanda bir vatandaşlık hakkıdır.** (status activus)

²⁷ E.2013/108, K.2014/15, 29.1.2014, RG.9.5.2014.S.28995.

²⁸ Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku Ankara 2017 s. 120 vd.

Ayrıca basın ve radyo-TV ile düşüncayı açıklamak bir kurumsal garanti de içermektedir.

Birçok temel hakkın özellikle klasik olanların salt negatif statü içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüş, özgürlüklerin sadece devlet dışı alanda var olabileceği sonucuna götürecektir. Oysa toplumun artan oranda çapraşık bir hal alması devletin daha geniş alanlarda aktif olmasını gerektirmektedir, Bugün devletten bağımsız alan sadece konuta ilişkin özel alanla sınırlıdır bile denilebilir.

Temel haklarda Smend²⁹ birinci planda “objektif bir entegrasyon özelliği” görmektedir. Temel haklar objektif içerikleri nedeniyle tamamlayıcı ve bütünleştirici bir etkiye sahiptirler.

Temel haklar özgürlükçü, demokratik düzenin temel öğeleridirler. Onlar sayesinde devlet, vatandaşlarının büyük bir çoğunluğu tarafından onaylanmaktadır.

Böylece temel haklar bireyin, devletten yana kısmen bağımlılıktan kurtulması ve devlet karşısında güvence altına alınması ile sınırlı kalmayıp, devlete bağlayıcı bir bağ ve siyasal anlaşmanın temeli olarak görülmelidirler³⁰.

F. Almanya AnayasaMahkemesi “Yüksekokul Kararında”³¹ bir özgürlük hakkından (bilim özgürlüğü) *katılma hakları* çıkarmıştır. Bir bilim adamının bir yüksek organizasyona girmesi, F. Almanya Anayasası md. 5 (3)’ te düzenlenmiş olan bilim özgürlüğünün etki gücünü, katılma hakları yönünde güçlendirmiştir. Çünkü kamu hizmetlerine katılma, bilim özgürlüğünün gerçekleşmesinin zorunlu koşulunu oluşturmaktadır. Mahkeme bu kararında 4. bir temel hak fonksiyonu yaratmıştır. Bir bilim adamının bir yüksekokula girmesiyle bilim özerkliğinden, üniversi-

²⁹ Smend, Rudolf: *Verfassung und Verfassungsrecht*, München, Leipzig, 1928, s.119 vd.

³⁰ Smend, Rudolf: *Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht*, Berlin 1933, s.30 vd, 313 vd.

³¹ BVerfGE 35,79 vd. 115 vd.

tenin karar organlarında etkili olma hakkı, yani üniversite yönetimine katılma hakkı doğmaktadır³².

Katılma teriminin burada da kullanılması, devlet *edimlerine katılmanın* söz konusu olduğu yanlışlığına götürmemelidir. Devlet edimlerine katılma “Georg Jellinek”in terminolojisinde *pozitif statü haklarına* dahildir.

Buna karşılık burada, devlet edimlerine katılmaya hak değil, aktif statü, yani kamu yönetimi içinde *idari kararların oluşumuna katılma hakkı* söz konusudur. Bu kararda bağımsız olarak çeşitli bilim adamlarının bilimsel önem taşıyan belli konularda tek bir kararın gerekli olduğu bir bilimsel organizasyonda çalışmaya başlamasıyla, temel haklarla garanti edilmiş bilimsel özerklik haklarının, demokratik bir oylamaya eşit haklarla katılma hakkına dönüşeceği kabul edilmiştir. Buna “*özgürlük haklarının demokratik fonksiyonu*” da denmektedir³³. Bu fonksiyon savunma, koruma ve katılma fonksiyonları dışında mevcut olup, toplumun artan orandaki entegrasyonu ve inceden inceye organizasyonu ile gittikçe daha büyük bir önem kazanacaktır.

Anayasamızın da 2. maddesinde yer alan insan haklarına saygılı olmak ibaresinden, temel haklarla korunmuş bireysel menfaate tecavüz yasağı anlamı çıkmaktadır (negatif statü). Anayasamızın 5. maddesindeki “kişinin temel hak ve özgürlüklerini... sınırlayan.... engelleri kaldırmaya ilişkin devletin amaç ve görevinden”, devletin temel hakkı koruma ödevi çıkmaktadır. Bu ödev tüm devlet organları için temel haklarla korunan menfaatlerin gerçekleşmesini tehdit eden tehlikelere karşı önlem almak, karşı koymak, engellerle savaşmak emrini içermektedir³⁴.

Bu kavramlar Georg Jellinek’in kavramlarıyla karşılaştırıldığında savunma fonksiyonu ve negatif statünün aynı şeyleri garanti ettikleri,

³² BVerfGE 35,79 vd. 128.

³³ Stein, Ekkehart: Staatsrecht, Tübingen 1984, s.254 vd.

³⁴ Krş.BVerfGE 39, I vd.

buna karşılık bir temel hak taşıyıcısının özgürlük haklarını kullanmak istediği bir organizasyon içinde demokratik oylamaya katılma hakkının, Jellinek'in aktif statü ile amaçladığı hakkı (özellikle seçme seçilme) tam olarak karşılamadığı ifade edilmektedir³⁵.

12. Demokrasi İlkesinin Sosyal Devlet İlkesiyle İlişkisi (Demokratik -Sosyal Yorum)

Alman hukukçusu Ridder, F. Almanya Anayasasının, 20. maddesinde düzenlenmiş olan “sosyal devlet ilkesi”nden, “demokrasi ilkesi” ile bağlantılı olarak, **devletin toplumu, demokratik bir organizasyona bağlama zorunluluğunu** geliştirmiştir: “Devletin ve toplumun homojenleştirilmesi”³⁶

Sosyal devletin bu boyutu ve yorumu, devletin sosyal yükümlülüğünü daha güçlü bir şekilde somutlaştırmaktadır. Ridder bunu yaparken başka anayasa ilkelerine de başvurmuştur. Özellikle demokrasi ilkesini (F. Almanya Anayasası md. 20) ve devletleştirme kuralını (F. Almanya Anayasası md. 15) buna dahil etmektedir.

Ridder'in ortaya koyduğu, sosyal devlet ilkesinin bu boyutuna göre, sözü edilen anayasa kurallarından, toplumsal status-quo'nun üstesinden gelenebilmesi ve ekonominin farklı bir şekilde düzenlenebilmesi için bir emir çıkmaktadır. Ridder'egöre bu kurallardan devletin ekonomik güç dengesizliklerini ve bağımlılıkları ortadan kaldırmak, ekonomik kararları toplumsal demokratikleşmeye ve denetim mekanizmasına tabi tutma görevi kaynaklanmaktadır³⁷.

Devletin sosyal yükümlülüğünü daha güçlü bir şekilde somutlaştıran, bunu yaparken başka anayasa ilkelerine, örneğin *demokrasi ilkesi* ve anayasanın *devletleştirme* kuralına başvuran bu görüşe göre, bu anayasa

³⁵ Stein, Ekkehart: Staatsrecht, Tübingen 1984, s.255.

³⁶ Ridder Helmut, Zur Verfassungsrechtliche Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960 s. 18 vd;

³⁷ Ridder, Helmut; Die Soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen, 1975, s. 44 vd.

normlarının bütününden “toplumsal statüko’nun aşılması” ve ekonominin farklı şekilde düzenlenmesi emri kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre, devletin ekonomik güç dengesizliklerini ve bağımlılıkları ortadan kaldırma ödevi vardır. Ekonomik kararlar “toplumsal demokratikleşme ve denetime” tabi kılınmalıdır³⁸

Anayasanın demokrasi ilkesinin, devlet teşkilatı alanı ile mi sınırlı olduğu yoksa toplumsal alt sistemleri de mi kapsadığı (teşebbüsler, dernekler gibi) konusundaki tartışmalar sosyal devlet alanında da bu suretle devam etmiştir.

Ridder’in geliştirdiği sosyal devlet ilkesinin demokrasi ilkesine ilişkin bu boyutu, literatürde çoğunluk tarafından benimsenmemiştir. Devlet ve toplum için genel anlamda bir homojenlik isteği abartılı bulunmuştur³⁹.

Toplumsal demokratikleşmenin, F. Almanya Anayasası tarafından açıkça emredilmiş ve yasaklanmış olmadığı, F. Anayasanın devletleştirme ile ilgili kuralının, devletleştirme konusunda bir anayasa emri olmayıp sadece bir yetki olduğu, bu nedenle “demokratik -sosyal yorum” un sosyal devlet ilkesinden zorunlu olarak kaynaklanan hukuksal bir ödev olmaktan çok, gerçekleşmesi politik sürece bırakılmış olan sosyo-politik bir durum olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰.

Kabul etmek gerekir ki devletin demokratikleşmesi sadece onun temelini oluşturan toplum demokratik bir şekilde yapılanmışsa mümkün olabilir. Ancak toplumun demokratikleşme isteği sosyal devlet ilkesinin değil, demokrasi ilkesinin bir sonucudur⁴¹.

³⁸ Abendroth, Wolfgang; Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, s.114; Hartwich, Hans Hermann: Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status-quo. Opladen 1978, s.344 vd; Ridder, Helmut; Ridder, Helmut; Die Soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen, 1975, s. 44 vd.; Stein, Ekkehart: Staatsrecht, Tübingen 1993, s.175.

³⁹ Stein, Ekkehart: Staatsrecht, Tübingen 1993, s.172.

⁴⁰ Maier Walter: Staats und verfassungsrecht, Achim 1993, s.229

⁴¹ Stein, Ekkehart: Staatsrecht, Tübingen 1993, s.172.

Anayasanın demokrasi ilkesinin, devlet teşkilatı alanı ile mi sınırlı olduğu yoksa toplumsal alt sistemleri de kapsadığı yolundaki tartışmaların (teşebbüsler, dernekler gibi) sosyal devlet alanında da süreceğine dikkat çekilerek⁴² bu yorum eleştirilmektedir: Anayasanın devletleştirmeye ilişkin kuralının, devletleştirmeye ilişkin bir anayasa emri olmayıp, sadece bu konuda bir yetki içerdiği, böylece **demokratik sosyal yorumun** sosyal devlet ilkesinin emrettiği bir hukuksal ödev olmaktan çok gerçekleşmesi siyasal sürece bırakılmış sosyo-politik bir pozisyon olduğu, tüm bireylere olabildiğince eşit özgürlük sağlamak isteyen temel hakların sosyal- devletsel yorumunun bu güne kadar mütevazı bir biçimde uygulanabildiği belirtilerek bu yorum metodunun savunulamayacağı ileri sürülmektedir⁴³.

⁴² Maier Walter: Staats und verfassungsrecht, Achim, 1993, s.229.

⁴³ Maier Walter: Staats und verfassungsrecht, Achim, 1993, s.229.

KAYNAKÇA

Abendroth, Wolfgang; Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt, 1968.

Arndt, H. Walter/ Rudolf, Wolfgang: Öffentliches Recht, München, 1983.

Çağlar, Bakır: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi, Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi Yayınları 15, Ankara 1990, s.57-127.

Hartwich, Hans Hermann: Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher status-quo. Opladen, 1978.

Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, 1977.

Kaboğlu, İbrahim Özden: Kollektif Özgürlükler, Diyarbakır, 1989.

Kant, Immanuel: Methaphysik der Sitten, Hamburg, Ausgabe Vorlaender bei Meiner, Hamburg, 1972.

Karpen, Ulrich: Human Rights in the Constitutions of the Western World, Some Interpretational Triends comparative constitutional law, Mahendra P. Singh Lucknow: Eastern Book Co., 1989.

Kriele, Martin: Befreiung und politische Aufklaerung, Plaedoyer für die Würde des Menschen, Freiburg im Breisgau; Basel; Wein : Herder, 1980.

Kriele, Martin: Freiheit und Gleichheit, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, Newyork, 1983.

Maier Walter: Staats und verfassungsrechtrecht, Achim, 1993,

Maihofer, Werner: Prinzipien freiheitlicher Demokratie, Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin, Newyork, 1983.

Maihofer, Werner: Freiheit, Politik für Nicht politiker, Ein ABC zur aktuellen Diskussion (edt.) v.Hans Jürgen Schulz, Bd.I, 1972, Hamburg, 1972.

Marcic, Rene: Ein neuer Aspekt der Menschenwürde, Festgabe für E. Fritz von Hippel, Hrg. Josef Eser, Hans Thieme, Tübingen Mohr, 1965.

Meier, Walter: Staats und verfassungsrechtrecht, Achim1993, s.229. Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2017.

Ridder, Helmut; Die Soziaale Ordnung des Grundgesetzes, Op-laden,1975,

Ridder, Helmut:Zur Verfassungsrechtliche Stelung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz ür die Bundesrepublik Deutschland, Suttgart, 1960.

Smend, Rudolf :Bürger und Bourgeoisie im deutschen Staatsrecht,Berlin,1933.

Smend,Rudolf:Verfassung und Verfassungsrecht,München, Leipzig,1928.

Stein, Ekkehart: Staatsrecht, Tübingen, 1984.

Stein, Ekkehart: Staatsrecht,Tübingen, 1993.

Tanör, Bülent: İki Anayasa 1961-1982, İstanbul, 1986.

Turhan, Mehmet:Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Anayasa Yargısı 8,Anayasa Mahkemesi Yayınları 21, Ankara 1991, s. 401-420.

KISALTMALAR

AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
Bd	Band
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts= F. Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları
C	Cilt
E	Esas
f	fikra
GG	Grundgesetz =F. Almanya Anayasası HeftSayı
Hrg	Herausgeber= yayımcı
K	Karar
k.t.	Karar Tarihi
KN	Kenar Notu
md	Madde
Prf	Paragraf = madde
RG	Resmi Gazete
S	sayfa
S	sayı
s	sayfa
t	tarihli
vd	ve devamı