

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

IRAK'TA MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
BADRADDİN DABBAGH

Tez Danışmanı
Prof.Dr. Attila ÖZER

Ankara - 2011

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

IRAK'TA MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

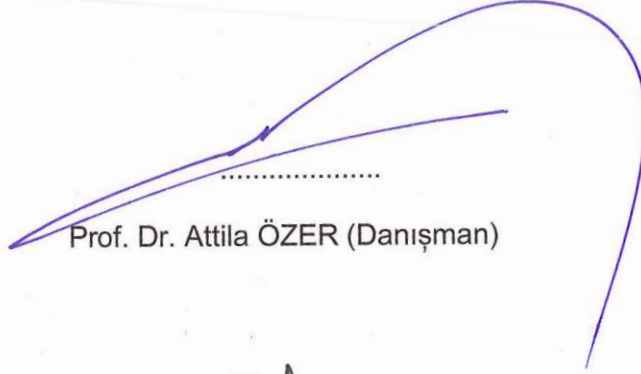
Hazırlayan
BADRADDİN DABBAGH

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Attila ÖZER

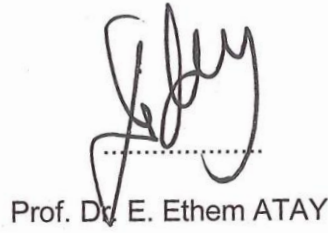
Ankara - 2011

ONAY

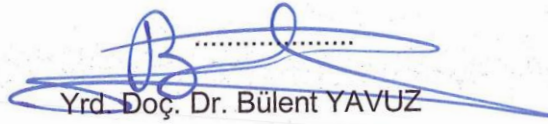
BADRADDİN DABBAGH tarafından hazırlanan "İRAK'TA MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR" başlıklı bu çalışma 14/06/2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Kamu Hukuku dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



Prof. Dr. Attila ÖZER (Danışman)



Prof. Dr. E. Ethem ATAY



Yrd. Doç. Dr. Bülent YAVUZ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

I. HAKLARIN TANIMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	5
1. Hakların Tanımı	5
2. Tarihsel Gelişim	10
A. Eski Çağlarda (Yunan ve Roman’da)	11
B. Ortaçağda	13
C. Mutlak Monarşiler Devrinde	16
D. 17 nci ve 18 nci Yüzyıllarda	16
E. Ferdietçi Doktrin	18
F. Günümüzde.....	19
II. MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR	21
1. Medeni Haklar.....	21
A. Yaşama Hakkı	21
B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğı Hakkı:	23
C. Eşitlik Hakkı	25
D. Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü Hakkı	27
E. Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Özgürlüğü Hakkı	29
a. Konut Dokunulmazlığı Hakkı	29
b. Haberleşme Özgürlüğü Hakkı	30
2. Siyasi Haklar	31
A. Vatandaşlık Hakkı	31

B. Seçme, Seçilme, Siyasi Faaliyette Bulunma, Parti Kurma, Partilere	
Girme ve Partilerden Ayrılma Hakları	32
C. Din, Vicdan ve Düşünce (İfade) Özgürlüğü Hakkı	34
a. Din ve Vicdan Hürriyeti Hakkı	34
b. Düşünce (İfade) Özgürlüğü Hakkı	37
D. Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü Hakkı	41
a. Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı (Dernek Kurma Hürriyeti)	41
b. Toplanma Özgürlüğü Hakkı	42
E. Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı	44
III. HAKLARIN SINIRLANMASI VE KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI	45
1. Hakların Sınırlanması	45
A. Olağan Rejimlerde Hakların Sınırlandırılması	46
B. Olağanüstü Rejimlerde Hakların Sınırlandırılması	50
a. Olağanüstü Rejimin Önlemlerine Konu Olan Haklar	50
b. Olağanüstü Rejimin Önlemlerine Konu Olamayan Haklar	52
2. Hakların Kötüye Kullanma Yasağı	54
IV. TEMEL HAKLARIN ULUSLARARASI HUKUKİ METİNLERDEKİ	
 YERİ	57
1. Birleşmiş Milletler Antlaşması	59
2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	61
3. Medeni ve Siyasi Haklar Bildirgesi	63
4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	64
5. Magna Carta Libertatum (1215)	66
6. Virginia Haklar Bildirgesi (1776)	68
7. Fransız İnsan Hakları Bildirgesi	70

İKİNCİ BÖLÜM

IRAK ANAYASALARINDA MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

I. 1925 KRALİYET DÖNEMİ ANAYASASININ MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA YÖNELİK TUTUMU	74
1. 1925 Irak Esasi Kanununa Göre Medeni ve Siyasi Haklar	74
A. Medeni Haklar	74
a. Yaşam Hakkı	74
b. Özgürlük ve Şahsi Güvenlik Hakkı	75
c. Eşitlilik Hakkı	76
d. Seyahat Etme Özgürlüğü	79
e. Konut Dokunulmazlığı ve haberleşme Gizliliği Hakkı	80
B. Siyasi Haklar	82
a. Vatandaşlık Hakkı	82
b. Genel Meselelere Katılma Hakkı	83
c. Toplantı Yapma Özgürlüğü, Dernekler Kurma ve Bu Derneklere Üye Olma Hakkı	84
d. Görüş, İnanç ve Din Özgürlüğü	86
e. Kamu Görevlerinde Atanma Hakkı:	87
2. 1925 Tarihli Irak Esasi Kanunu'nda Medeni ve Siyasi Hakların Garantileri.....	87
A. Anayasal Garantiler.....	88
a. Hukukun üstünlüğü ilkesi.....	88
b. Kuvvetler (erkler) ayrılığı ilkesi	89
B. Yargısal Garantiler	93
a. Kanunların anayasaya uygunluğuyla ilgili yargısal denetim	93
b. Yargının, idari çalışmaları, denetleme yetkisi	96
C. Siyasi Garantiler.....	97
a. Parlamento denetimi	97
b. Kamuoyu denetimi.....	102

3. 1925 Tarihli Irak Esasi Kanunu'nda Medeni ve Siyasi Hakların	
Takyitleri	106
A. Olağan Hallerde Medeni ve Siyasi Hakların Takyitleri.....	106
B. Olağanüstü Hallerde Medeni ve Siyasi Hakların Takyitleri	108
II. 16 TEMMUZ 1970 TARİHLİ IRAK GEÇİCİ ANAYASASI'NIN MEDENİ	
VE SİYASİ HAKLARA YÖNELİK TUTUMU	111
1. 16 Temmuz 1970 Tarihli Irak Geçici Anayasasında Medeni ve Siyasi	
Haklar	112
A. Medeni Haklar	112
a. Yaşam Hakkı	112
b. Özgürlük ve Şahsi Güvenlik Hakkı	113
c. Eşitlik Hakkı	113
d. Özgürce Taşınma (Seyahat Etme) Hakkı	115
e. Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Gizliliği Hakkı:	116
B. SİYASİ HAKLAR	117
a. Vatandaşlık Hakkı	117
b. Genel Meselelere Katılma Hakkı	118
c. Görüş, Özgürce Toplanma, Dernek Oluşturma ve Bu Derneklere	
Üye Olma Hakkı	121
d. Din ve İnanç Özgürlüğü	122
e. Kamu Görevlerinde Atanma Hakkı	123
2. 16 Temmuz 1970 Tarihli Irak Geçici Anayasasının Medeni ve Siyasi	
Haklara Yönelik Garantileri.....	123
A. Anayasal Garantileri.....	123
a. Hukukun egemenliği (üstünlüğü) ilkesi	124
b. Kuvvetler ayrılığı ilkesi.....	126
B. Yargı Garantileri.....	128
a. Kanunların anayasallığıyla ilgili yargı denetimi	128
b. İdarenin çalışmalarıyla ilgili yargı denetimi	130

C. Siyasi Garantileri.....	132
a. Parlamento garantileri	133
b. Kamuoyu denetimi.....	135
3. 16 Temmuz 1970 Tarihli Irak Geçici Anayasasında Medeni ve Siyasi Hakların Takyitleri	137
A. Olağan Şartlarda Öngörülen Takyitler	137
B. Olağanüstü Şartlarda Öngörülen Takyitler	139
III. 2005 TARİHLİ IRAK YENİ ANAYASASI'NIN MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA YÖNELİK TUTUMU	139
1. 2005 Tarihli Irak Yeni Anayasasında Medeni ve Siyasi Haklar	139
A- Eşitlik İlkesi	140
a. Irak Anayasasında Eşitlik İlkesinin Muhatapları	143
b. Irak Anayasası'nda Yazılan Nedenlerle Ayrım Yasakları	145
B- Özel Yaşama Saygı	154
a. Özel Hayatın Gizliliği	155
b. Konut Dokunulmazlığı	155
c. Haberleşme Gizliliği	155
C. Yaşam ve Güvenlik Hakkı	156
a. Irak Hukuk Sisteminde Yaşam Hakkına Müdahaleler	157
b. Yaşama Hakkının İstisnaları	159
D. Vatandaş Olma Hakkı	159
a. Irak Hukukunda Vatandaşlığın İktisabı	160
b. Vatandaşlığın Kayıp Edilmesi	164
c. Çifte Vatandaşlık İlkesi	165
E. Adil Yargılama ve Savunma Hakkı	166
a. Savunma Hakkı (Mahkeme Önünde Temsil)	167
b. Hak Arama Özgürlüğü ve Yargılamanın Hakkaniyet Çerçevesinde Dinlenmesi	168
c. Makûl Sürede Yargılanma Hakkı	169

d. Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Sorunu	169
e. Duruşmaların Aleniyeti	170
f. Suçsuzluk Karinesi	171
g. Suç ve Ceza İlkesi	171
h. Cezaların Şahsiliği İlkesi	173
F. Seçme, Seçilme ve Aday Olma Hakkı	173
G. İltica Hakkı	174
2. 2005 Tarihli Irak Yeni Anayasasında Temel Özgürlükler	176
A. İşkence Yasağı	177
B. Din, Vicdan ve İbadet Hürriyeti	179
C. Düşünce, İfade ve Basın Özgürlüğü	181
a. Düşünce Özgürlüğü	183
b. Düşünce İfade ve Yayma Özgürlüğü	183
c. Basın Özgürlüğü	183
d. Haberleşme Özgürlüğü	184
D. Toplantı ve Gösteri Yapma Özgürlüğü	185
a. Örgütlenme Özgürlüğü	186
b. Örgütlü Olmayan Toplanma Özgürlüğü	187
E. Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü	188
F. Zorla Çalıştırmak Yasağı (Angarya)	189
3. 2005 Tarihli Irak Yeni Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sinirlandırılması	189
A. Genel Olarak	189
B. Irak Anayasasında Sınırlama Halleri	191
a. Anayasanın Bizzat Düzenlediği Sınırlamalar	191
b. Yasal Sınırlama	193
c. Sınırlamanın Sınırları	195
d. Temel Hak Ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması	198

SONUÇ	199
KAYNAKÇA	205
ÖZET	217
ABSTRACT	220

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BM	: Birleşmiş Milletler
AİHS.	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHK.	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AYMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
Baas Partisi	: Sosyalist Arap Baas Partisi
AY.	: Anayasa
M.	: Madde
K.	: Karar
bkz.	: Bakınız
a.g.e.	: adı geçen eser
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
C.	: Cilt
Yay.	: Yayın
Y.L.	: Yüksek Lisans
Çev.	: Çeviren
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire

GİRİŞ

Tez çalışmamızda, "Irak'ta Medeni ve Siyasi Haklar" ele alınmıştır. Demokrasi teorisinin altında yatan temel felsefe, bir birey olarak insanın refah ve mutluluk içinde yaşamasının sağlanmasıdır. İnsanın hür ve onurlu bir varlık olarak refah ve mutluluk içinde yaşamasının ön koşulu ise temel hak ve özgürlük alanının kısıtlanmamasıdır. Böyle bir koşul ise; insan haklarının devletin siyasi otoritesi karşısında anayasal düzeyde güvence altına alınmasıyla sağlanabilir. Temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvence altına alınması; anayasa literatüründe insan haklarına saygılı devlet kavramını doğurmaktadır. Bu çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümünde genel olarak medeni ve siyasi haklar ele alınacaktır. Bu çerçevede hakların kavramsal ve tarihsel gelişimi incelenecektir. Daha sonra genel olarak medeni ve siyasi haklardan bahsedilecektir. Ayrıca bu hakların sınırlanması, kötüye kullanma yasağı ve uluslar arası hukuki metinlerdeki yerine değinilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, Irak'ın 1925, 1970 ve 2005 anayasalarında güvence altına alınan temel haklar ele alınacak; bu bağlamda medeni ve siyasi haklarına değinilecektir. Ayrıca bu hakların yukarıda belirtilen anayasalarda güvenceleri ve sınırlandırılması incelenecektir.

ABD'nin Irak müdahalesinin temel sonuçlarından birisi, totaliter Baas iktidarının devrilmesidir. 09 Nisan 2003 tarihinde Baas iktidarı ile birlikte devletin tüm kurumları da yok edilmiştir. Devlet kurumlarının yok edilmesinin ardından hukuksal ve siyasi bir boşluk meydana gelmiş; devletin yeni şeklini, hükümet sistemini ve temel kuramları arasındaki ilişkileri düzenleyen yeni bir anayasal düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur. Hedef temel haklar olunca, eskiden verilen hakların yerine gelecek olan yeni haklar nitelikte olması kaçınılmaz bir olguydu.

Temel hak ve özgürlükler kavramı çerçevesinde; "hürriyet", "hak", "insan

hakları”,¹ “kamu hürriyetleri”, “kişi hakları”, “vatandaş hakları”, “temel haklar”, “anayasal haklar” gibi değişik terimler kullanılmaktadır. Bunlar çoğunlukla eşanlamda kullanılan terimler olmakla birlikte aralarında bir takım farklılıkların olduğunu tespit etmek mümkündür.²

İnsan hakları, bu alandaki en kapsamlı kavramdır. “İnsan hakları”, ırk, din, dil ayrımı gözetmeksizin tüm insanların yararlanabileceği hakları ifade etmektedir. Diğer yandan “insan hakları” terimi bir ideali de içerir. Başka bir ifade ile; bu terimi kullananlar, bu alanda olanı değil, “olması gerekeni” dile getirmektedirler.³

Kamu hürriyetleri, insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümünü ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle kamu hürriyetleri; anayasa ve kanunlar tarafından düzenlenmiş, sınırları belirli olan ve böylece kişilerin onları pratik olarak kullanmalarına imkân tanınan haklardandır. Temel hak ve hürriyetler terimi yerine “kamu hürriyetleri” terimi kullanılmakla beraber,⁴ kamu hürriyetleri terimi yerine de “anayasal haklar” terimi kullanılabilir.

Irak Anayasası ise, bu terminoloji kalabalığı içinde hak ve hürriyet kavramlarını seçmiştir. İnsan haklarını düzenleyen ikinci bap, “Haklar ve Hürriyetler” başlığını taşımaktadır. İkinci babın birinci bölümünde “Haklar” düzenlenmektedir. Hak, hürriyetin somutlaştırılmış biçimidir.⁵ Örneğin “hak arama hürriyeti”, “dava hakkı” ile gerçekleşmektedir. Hak, bir hürriyetin sağlanması için kişiye anayasa ve kanunlar ile tanınmış yetkidir.⁶ Eğer bir

¹ İnsan haklarının çok boyutluluğu üzerine bkz. Çeçen Anıl, **İnsan Hakları**, Savaş Yayınları, 3. Basım, Ankara 2000, s. 3-5

² Kapani Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993, s.13-14; Uygun Oktay, “1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi”, İstanbul 1992, s.2-6; Kaboğlu İbrahim Ö., “Özgürlükler Hukuku”, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.11-14; Kaboğlu İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, 1989, s.13-24.

³ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.14.

⁴ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.14.

⁵ Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, s.14; Uygun, **a.g.e.**, s.6.

⁶ Tunaya Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, Yeni Gün Yayınevi, İstanbul 2000, s.187.

kişi, bir konuda hak sahibi ise devletten veya diğer kişilerden bu hakkın yerine getirilmesini “isteme yetkisi”ne sahiptir. Hak kavramı, Hukuk genel teorisinde çok değişik şekillerde tanımlanmakta ise de; bu tanımlardan en eskisi ve yaygınına göre hak, kişilere hukuk düzeni tarafından verilen bir irade kudreti, bir isteme yetkisidir.⁷ Aynı babın ikinci bölümünde ise, “hürriyetler”e yer verilmektedir. Doktrinde, hürriyet (özgürlük) çok değişik şekillerde tanımlanmıştır.⁸ Başka bir ifade ile hürriyet; bir şeyi yapma veya yapmama, belli bir şekilde davranıp davranmama erki olarak tanımlanabilir.⁹ Yani hürriyet, “serbest hareket etme gücü”dür.¹⁰ Bu tanımda dikkat edilmesi gereken nokta, hürriyetin insan fiilinin bir niteliği olarak kullanılmasıdır. Dolayısıyla hürriyet dendiğinde “serbest insan fiili” anlaşılmaktadır. Seyahat hürriyeti, yerleşme hürriyeti, haberleşme hürriyeti, düşünce hürriyeti, basın hürriyeti gibi çeşitli hürriyetlerden bahsedilebilir.

Hürriyet ve hak kavramları bu şekilde tanımlandığında aralarında bir takım farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu farklılıklar şöyle sıralanabilir: 1. Hürriyet soyut, hak somuttur. Hak hürriyetin uygulanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. 2. Haklar mahkeme önünde ileri sürülebilir.¹¹ 3. Hürriyetlerin gerçekleşebilmesi için devletin veya diğer kişilerin müdahalede bulunmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle hürriyet; kişinin kendi fiili ile gerçekleşmektedir. Hak ise; devletin veya diğer kişilerin hak sahibi kişi lehine birtakım edimlerde bulunmasıyla gerçekleşmektedir. Hakkı gerçekleştiren fiil, hak sahibinin değil; devletin veya başka kişilerin bir fiilidir.

Hak ve hürriyetler konusunda çeşitli ayrımlar yapılsa da; özünde temel hak ve hürriyetler bir bütündür. Bir kişi ancak temel hak ve hürriyetlerin bütününe sahip olmak şartıyla özgür olabilir. Kişinin özgür olabilmesi için her

⁷ Gözler Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa 2006, s.318-320.

⁸ Çeşitli hürriyet tanımları için bkz. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.3; Akın İlhan F., **Kamu Hukuku**, Beta Basım Yayım, 7. Basım, İstanbul 1993. s.259.

⁹ Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, s.14; Uygun, **a.g.e.**, s.6.

¹⁰ Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, s.187.

¹¹ Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s.13.

şeyden önce negatif statü haklarına, bireysel haklara, sahip olması gerekmektedir. Ancak, kişi aç ve evsiz ise, bu haklara sahip olmasının bir anlamı olmayacaktır. O nedenle kişi, negatif statü haklarının yanında; pozitif statü haklarına, sosyal haklara da sahip olmalıdır. Ayrıca, bireysel ve sosyal haklara sahip olan kişinin aktif statü haklarına, siyasal haklara da sahip olması gerekmektedir. Çünkü yönetime katılma hakkı olmayan bir kişiye tanınan bu haklar yine söz konusu devletçe geri alınabilir. Görüldüğü gibi hürriyet özünde bütündür. Buna hürriyetin monizmi ismi verilmektedir.¹²

¹² Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.6-7; Anayurt Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, 2000, s.47-59.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

I. HAKLARIN TANIMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

1. Hakların Tanımı

Hak kavramı öğretide değişik biçimlerde tanımlanmaktadır. En güzel anlamıyla hak; bireylerin talep edebileceği, ileri sürebileceği ve devletin hukuk aracılığıyla güvence altına almış olduğu bir durumu ifade etmektedir.¹³ Hakkın niteliği dikkate alınacak olunursa, hak kavramını; hukuk düzeni tarafından toplanıp korunan irade ve menfaatler şeklinde de tanımlayabiliriz.¹⁴ Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere "hak" ile "hukuk" arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Zaten köken olarak hukuk "haklar" anlamına gelmektedir. Bu da göstertmektedir ki; hakların tümü hukuku oluşturmakta ve bir hak yok sayıldığında bu hak ile birlikte hukuk mücadelesi de verilmektedir.¹⁵ Diğer bir görüş ise "hak" hak kavramını hukuksal ilişkinin ilk ögesi olarak kabul etmektedir. Bu görüşe göre "hak" hukuksal ilişkinin çekirdeğini oluşturmaktadır.¹⁶ Başka bir görüş ise hak sözcüğünü doğruluk, tanrı ve hukukun kişilere tanıdığı yetki gibi değişik anlamlarda kullanılmaktadır.¹⁷

Hakkın özünde o hakka sahip olan kimseye belirli yetkiler bahşedilmesi

¹³ Çeçen, a.g.e, s.9.

¹⁴ Akıllıoğlu Tekin, **İnsan Hakları-1 Kavram Kaynakları ve Kurma Sistemleri**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.7; Öztan Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.57.

¹⁵ Çeçen, a.g.e, s.12.

¹⁶ Güriz Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1992, s.44.

¹⁷ Korkusuz M.Refik, **Uluslararası Belgeler ve Türk Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler**, Özrenk Matbaacılık, İstanbul 1998, s.7.

vardır.¹⁸ Yani insan sahip olduğu hak konusunda belirli yetkilerle donatıldığı inancını taşımaktadır. Bu nedenle hakkının belli şekillerde zedelendiğini düşünen insan, sahip olduğu yetkileri kullanarak bu saldırıyı bertaraf etmek ister.

Hak kavramı toplumsal yaşama geçiş ile ortaya çıkmış ve zamanla büyük değişimler geçirmiştir.¹⁹ Hak anlayışının ortaya çıkmasında devlet organizasyonunun varlığı önemli rol oynamış ve devlet insanların sahip olduğu hakları koruyacağı teminatını vermiştir. İlk olarak soyut biçimde değerlendirilen hak, zamanla daha elle tutulur ve somut bir hale gelmiş, devlet de meydana gelen bu gelişmelerin dışında kalamamış; hak konusunda daha dinamik bir tutum sergilemiştir.²⁰

Hakkın diğer bir özelliği ise; yere, topluma ve zamana göre değişken bir içeriğe sahip olmasıdır.²¹ Bir toplumun daha önceleri hak olarak gördüğü bir durum zamanla ortadan kalkabilir veya hak olmayan bir durum zaman içerisinde bu hale gelebilir. Bu izah edilen durum hakkın değişken yapısıyla açıklanabilir.

İngilizcedeki "Hak" kelimesinin – ve başka dillerdeki eşitlerinin – iki temel ahlaki ve siyasi anlamı vardır: doğruluk ve yetki (entitlement). Birincisinde, bir şeyin doğru (haklı) olduğundan, doğru (haklı) olan bir eylemden söz edilmektedir. İkincisinde ise, bir kimsenin bir hakka sahip olduğundan bahsedilmektedir.²²

Haklar, özel bir gücün taleplerine temel olan isimlerdir. (X)'i yapmak

¹⁸ Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çeviren Mustafa Erdoğan – Levent Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.19; Erdoğan Mustafa, **İnsan Hakları Öğretisine Giriş**, H.Ü.İ.B.F.D., C. 11/1993, s.23; Çoban Ali Rıza, **Türk Hukukunda "Hak Arama Özgürlüğü"**, (Yayınlanmamış Y.L. Tezi) İzmir 1995, s.13; Demircioğlu Yaşar, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, (Yayınlanmamış Y.L. Tezi) Ankara 2003, s.1.

¹⁹ Çeçen, **a.g.e.**, s.11.

²⁰ Çeçen, **a.g.e.**, s.11.

²¹ Çeçen, **a.g.e.**, s.10.

²² Jack Donnelly, **a.g.e.**, s.19.

hakkına sahip olmak, (X)'e sahip olmaya ve ondan yararlanmaya özel olarak yetkili olmaktır. Böylece hak, hak-sahibi ile ödevi (duty-bearer) arasındaki ilişkiye, bu ilişki hakka dayandığı ölçüde belirlenmektedir. Buna ek olarak - veya en azından bunun kadar önemli olarak – bir hakka sahip olmak, haklara dayanan taleplerinde ısrar etmeye yetkili olmaktır. Bu talepler ise, olağan olarak, yarar, sosyal politika ve etkinlikte bulunmanın başka ahlaki ve siyasi nedenlerine karşı üstünlüğe sahiptir.²³

Batı hukuk sistemlerinde hak kavramına ilişkin üç değişik teori yer almaktadır.

Birinci teoriye göre hak; hukuk düzenince tanınan iradi bir yetkidir. Başka bir deyişle hak; bir iradenin, başka bir irade üzerindeki etkisidir. Tabii Hukuk ve 19 unu Yüzyıl felsefesinden etkilenen bu teoriye göre hak, kişilere hukuk düzenince tanınan bir irade kudreti ya da irade hâkimiyetidir.²⁴

İkinci teoriye göre hak; hukuk tarafından tanınan ve korunmasını isteme konusunda, ferdin yetkili saydığı menfaattir. Her hak bir hukuk düzenine dayanmaktadır. Hukukun tanımadığı bir yetki, korumadığı bir menfaat hak olarak nitelendirilmemektedir. Hakkın özünü menfaat oluşturmaktadır. Menfaat yalnızca maddi anlamda değil, manevi anlamda da kullanılmaktadır.²⁵

Üçüncü teori ise, uzlaştırmacı bir sistem getirmekte, hakkın niteliğinin açıklanmasında ne yalnız irade, ne de yalnız menfaat yeterli görmektedir. Buna göre hak, insana sahip olduğu menfaati korumak üzere tanınmış olan irade kudretidir.²⁶ Pratikte ise "Hak" bir kimsenin isteyebileceği, ileri sürebileceği bir durumu iddia edebilme imkânını ifade etmektedir.²⁷

²³ Jack Donnelly, **a.g.e**, s.19.

²⁴ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.14.

²⁵ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.15.

²⁶ Bilge Necip, **Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s.174.

²⁷ Armağan Servet, **Temel Haklar ve Ödevler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.1., Ayrıca, insan haklarının özel nitelikleri başlığı altında, hakların ileri sürülebilmesi, hakların hukuk ve siyasi irade ile

Hukuk ise zorlayabilme iktidarına sahip makamın meydana getirdiği ve yürüttüğü yegâne kuraldır. Ferdin iradesi dışındaki bu kudretin elinde hukuk kuralını saydırmak bakımından ferdin karşı koyamayacağı imkânlar vardır. Zira hukuk kuralını saydıran kamu kudreti, hem idare organlarını, hem de yargı mercilerini harekete geçirebilir.²⁸

Yukarıda belirtilen üç teorinin yanında hakkı izah eden başka görüşler de vardır. Bu görüşler anahatlarıyla şu şekilde tanımlanabilir:

- a) Jean Dabin'in Teorisi²⁹ : Dabin, hakkın iki iç, iki de dış unsuru olduğunu düşünür. Hakkın iç unsurları öncelikle/inhisar ile yetkidir. Dış unsurları ise başkasının mevcudiyeti ve hukukun korumasıdır.³⁰ Dabin menfaat ve irade unsurlarını dışarıda bırakarak hakkın özü olarak, bir şeyin, bir kişinin "önceliğinin" kabul edildiği özel yetki alanında ve onun inhisarında olmasını gösterir. Haktaki yetki unsuru, bu öncelik ve inhisarın bir sonucu olarak ortaya çıkar. Böyle bir özel yetki alanının hak olarak nitelenmesi için kişiler arasında bir hukuki ilişkinin olması gerekir. Zira böyle bir hukuki ilişki olmazsa ortada buna karşılık gelen hukuki bir yükümlülük ve ödev de olmayacaktır ki bu da ortada hakkın olmadığını gösterir.³¹ Dabin'in hak anlayışı daha çok aynı hak kavramını esas almış ve aynı haktan yola çıkmış gibidir. Bu teoriye göre hakkın tanımı şu şekilde

olan ilişkileri, hakların sosyal nitelikteki kavramlarla olan ilişkileri üzerine ayrıntılı inceleme için bkz: Jack Donnelly, **a.g.e.**, s.22-27.

²⁸ Korkusuz, **a.g.e.**, s.9.

²⁹ Belçikalı Hukukçu Dabin'in hak teorisi, Arap dünyasında ve Mısır'da kendisinden "modern teori" olarak bahsedilen ve geniş bir kesim tarafından benimsenen bir teoridir. Arap Pozitif Hukuk yazarlarının da en çok etkilendikleri teorilerden birini bu olduğu söylenebilir. Düreyni, Dabin'in teorisini kabule meyleden Mısır'lı hukukçuların bir listesini verir. el-Hak, s.58. çağdaş bazı İslam hukuku yazarları Dabin'in, hakkı "ihtisas/isti'sar ve inhisar" kavramıyla izah ettiğini ve hakkın gerçek özü olarak ihtisası dikkate aldığını belirterek fıkıh ile pozitif hukukun hak anlayışlarının benzeştiğini ifade ederler. Mesela bkz. Abbadi Abdüsselam Davud, **el-Milkiyye**, c.I, s.106; Dirini, el-Hak, s.57. kanaatimizce Dabin'in teorisinin Türkiye'de fazla kendisinden bahsedilmediği halde Türkiye gibi bir resepsiyon ülkesi olan Mısır'da bu kadar yaygınlaşmasının sebebi olarak İslam hukukundaki bazı tanım ve yaklaşımlara ve özellikle de aynı hak tanımına benzerliği gösterilebilir.

³⁰ Muhammed Tamum, **el-Hak fi's-şeriat'l-islamiyye ve fi'l-kanun Bahsun mukaran**, II. Basım, Kahire, 1983, s.78.

³¹ Muhammed Tamum, **a.g.e.**, s.84.

yapılabilir: "Hak, bir kişiye hukukun tanıdığı bir öncelik yetkisi olup kişi bunun sonucunda belirli bir kıymet üzerinde tasarrufta bulunabilir."³²

- b) Analitik görüş: İngiliz Analitik pozitivizminin temsilcisi olan Austin, hak kavramını hukuki ödev kavramına başvurarak açıklar. Ona göre hak egemen gücün belirlediği hukuki ödevin yerine getirilmesi durumunda oluşur. Austin'in bu yaklaşımına göre mülkiyet hakkı, mülkiyet konusu olan şeye malik dışındaki bütün insanların müdahaleden kaçınmasını emreden yani hukuki ödev yükleyen bir niteliğe sahiptir. Austin bu yorumlarıyla hukuki ödev ile hak kavramını birleştirmeye çalışmaktadır. Bu yaklaşım hak kavramına yeni bir bakış ve yaklaşım getirirse de hukuki ödevin yerine getirilmemesi durumunda hakkın varlığını tartışmalı hale getirmesi dolayısıyla eleştirilmiştir.³³
- c) Beyan teorisi: Alman hukukçu Zitelman'ın kurduğu bu teori hakların yaratılmasını kanun koyucunun iradesine bağlayarak hak kavramı ile hukuki pozitivizmi bağdaştırmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla teori temelde hak kavramı ile ilgili değildir. Beyan teorisine göre hukuk normları emir olmayıp belirli haklar ve ödevler arasındaki ilişkileri belirleyen "öneriler"dir. Hukuki haklar ve ödevler arasındaki ilişkiler kanun koyucu tarafından yaratılmıştır. Buna göre hukuk normları, belirli durumlarla hukuki sonuçlar arasındaki ilişkileri belirleyen "beyan"lardır. Bu teori A. von Tuhr tarafından benimsenmiş olup, Larenz ile modern yoruma kavuşmuştur.³⁴
- d) Tasarım teorisi: Hak ve ödev kavramlarının metafizik sayılarak reddedilmesi eğilimi Zitelman'ı tasarım teorisi denilen yeni bir teoriyi savunmaya götürmüştür. Buna göre hak ve ödev kavramları sadece hukuki olayların anlatımında başvuruları ve anlatımı kolaylaştıran

³² Abbadi Abdüsselam Davud, **el-Milkiyye fi's-şeriat'l-islamiyye**, c.I, I.Basım, Amman 1974, s. 105.

³³ Güriz Adnan, **Hak Kavramı**, HFSA İstanbul, s.149.

³⁴ Güriz, **Hak Kavramı**, s.149.

tasarımlardır. Hak ve ödev kişiler tarafından değil kanun koyucu tarafından yaratılmaktadır, kanun koyucunun beyanları hak ve hukuki ödev kavramlarına objektif bir içerik kazandırır. Buna göre hak ve ödev kavramı sübjektif formlar olmayıp objektif tasarımlardır.

Hak kavramının genel olarak tanımlanmasıyla, bu kavramın bünyesinde üç unsur barındırdığı sonucu çıkmaktadır. Buna göre hakkın özünde bir yetkinin bulunduğu, bu yetkinin kişiye o hakkı talep etme imkânı verdiği ve bu talep edilen yetkinin diğer kişilerce saygı gördüğünü söylemek mümkündür.³⁵ Yetki, talep ve bunların diğer kişilerce tanınması birbirini tamamlar ve hak kavramını bütünlüğe kavuşturur.

Temel hak ve özgürlüklere İnsan Hakları da denilmektedir. Bu haklar nitelikleri itibariyle koruyucu haklar, isteme hakları, katılma hakları şeklinde ortaya çıkar. Koruyucu haklar, bireyleri topluma ve devlete karşı koruyan hak ve özgürlükleri, isteme hakları, bireyin toplumdan ve devletten isteyebilecekleri sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükleri, katılma hakları ise bireyin siyasal gücün kullanılmasına katılmasını sağlayan hakları ifade etmektedir.³⁶

2. Tarihsel Gelişim

Her ne kadar insanın doğası gereği var olduğunu savunduğumuz kişi (insan) hak ve özgürlüklerinin, insanın dünya üzerine var olduğunu bildiğimiz yaklaşık milyon yıl öncesinden beri var olduğunu düşünmek yanlış olur. Biz insanın ilkelikten yavaş yavaş sıyrılıp geliştiğini, bir takım araç ve gereçler kullandığını, insanları besin ögesi olarak kullanırken, yamyamlıktan vazgeçip besin

³⁵ Erdoğan, a.g.e, s.25; Uygun Oktay, **İnsan Hakları Kuramı – İnsan Hakları**, YKY Yay. , İstanbul 2002, s.13.

³⁶ Gözübüyük A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Yayınevi, Ankara 1996, s.24.

kaynakları olarak hayvanları ve bitkileri kullanmaya başladığını biliyoruz.³⁷ Yine insanların insanları köle olarak kullandığı, bu olgunun yakın çağımıza kadar devam ettiğini de biliyoruz. Bütün bunlar göz önüne alındığında insan haklarının özünü oluşturan insana saygı, insanlık sevgisi gibi kavramların oldukça geç doğduğu söylenebilir.

A. Eski Çağlarda (Yunan ve Roman'da)

Çeşitli göçlerin binlerce yıl yoğurduğu Batı Anadolu, Ege Adaları ile Yunanistan'da doğan yüksek uygarlığın niteliği ve sonuçları üzerinde durmak gereksizdir. Özellikle M.Ö. 1000 yıllarında iyice gelişme yoluna giren, V. Yüzyıldan sonra en parlak dönemlerine geçen bu uygarlık, kökenleri bakımından Mezopotamya, Mısır, Hitit ve Frig kültürlerinin ilk kez Batı Anadolu'da yepyeni bir senteze varmasını gerektiren çok önemli bir insanlık aşamasıdır. İlk önce Batı Anadolu'da başlayan ve İyon kültürü dediğimiz bu senteze, daha sonra bugünkü Yunanistan'a sıçramıştır. Pek çok antik düşünür ve sanatçının Anadolu'da olmasının da sebebi bu gerçekte yatar.³⁸

Fikir alanında, eski Yunan'ın en büyük iki filozofu sayılan Platon (Eflatun) ve Aristo'da insana insan olarak değer veren, ona devlet içinde ve devlete karşı herhangi bir hak tanıyan düşüncenin izine rastlanmamaktadır.³⁹ Devlet ve siyaset felsefenin en büyük adlarından olan Platon eşitlik düşüncesinin karşısında idi.⁴⁰ Her ne kadar Platon'a göre, halkı yönetenlerin amacı devleti daha zenginleştirmek, ya da daha kuvvetlendirmek değil, vatandaşlara daha büyük bir mutluluk, daha sağlam bir ahlak sağlamak, başka bir deyimle, onların

³⁷ Mumcu Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, 2.Baskı, Ankara 1994, s.27-28.

³⁸ Mumcu, **a.g.e.**, s.39.

³⁹ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.17.

⁴⁰ Mumcu, **a.g.e.**, s.43.

vatandaşlık onurunu, vatandaşlık ahlakını geliştirmekse de;⁴¹ son yapıtı olan "yasalar" diyalogunda kanunların üstünlük ve egemenliğini savunarak, ahlak ve erdemin ancak devletin sıkı denetimi altında gerçekleşeceğini söylemiştir, bu da yönetenlerin, birey üzerindeki sıkı otoritesinin savunulması anlamına gelmektedir.⁴²

Aristo, Platon kadar ileriye gitmemekle birlikte, onun düşünce sisteminde de insan haysiyetine değer verildiğini kişi hürriyeti kavramına bir yer ayrıldığını görmek mümkün değildir.⁴³ Aristo'da insanın devlet ile olan ilişkilerinde eşitsizliği doğal karşılamış, köleliğin akla uygun bir kurum olduğunu ispatlamaya uğraşmıştır.⁴⁴

Klasik çağın bu iki ünlü düşünürünün başka yönlerden çok ileri ve çok çekici görüşleri arasında "hürriyet" fikrinin belirtilerini aramak boşa bir çaba olur.⁴⁵

Eski çağda, çağların yerleşmiş değer ölçüsü kalıpların aşan ve Platon ile Aristo'nun getiremediği düşünce ve ruh enginliğini getirenler Stoisyenler (Stoacılar) olmuştur. Stoisizm, devleti her şeyin üstünde tutan ve onu putlaştıran klasik Yunan düşüncesinden kesinlikle uzaklaşır. Devlet her şeyin üstünde değildir; onun üstünde akıl vardır, kanun vardır, hukuk vardır. Gerçekten, Stoisyenler, devletin kanunlarının üstünde evrensel bir tabii kanun bulunduğunu, bütün insanların her şeyden önce akıl yoluyla kavrayacakları bu kanuna uymak zorunda olduklarını ve bu kanunun insanlara birbirlerini sevmelerini emrettiğini ileri sürmüşlerdir.⁴⁶ Stoisyenler kendinden önce gelen filozofların aksine, bir

⁴¹ Akın, **a.g.e.**, s.5.

⁴² Öktem Niyazi, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 4.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1988, s.96.

⁴³ Akın, **a.g.e.**, s.14-16.

⁴⁴ Mumcu, **a.g.e.**, s.43.

⁴⁵ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.17.

⁴⁶ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.18.

bireyin özgürlüğünü benimsemişlerdir, köleliğe karşı çıkmışlar, bireyi devlete sıkı suretle bağlayan görüşleri eleştirmişlerdir.⁴⁷

Adları ne olursa olsun, eski çağda yer alan devletlerin tam anlamıyla dinsel bir kuruluş oldukları bir gerçektir. Devletin temeli dindir ve din siyasal iktidarların kaynağını oluşturur. Fikri yapının siyasal uzantısı da işte bu şekilde gerçekleşmiştir. Zaten Eskiçağ insanları – özellikle Yunanlılar – hiçbir zaman siyasal topluluk kavramı ile dini cemaat kavramını birbirinden ayırt edememişlerdir. Onlara göre din ile devlet aynı şeydir ve aralarında hiçbir fark yoktur. Böyle olunca da, devlet, hem maddi hem de manevi alanda fertler üzerinde tam ve mutlak bir otoriteye sahip son derece güçlü bir kuruluş olarak ortaya çıkmaktadır. Devletin topluluk hayatında el atmadığı, otoritesini yürütmediği, müdahale etmediği hiçbir alan yok gibidir. Eskiçağda, Platon ve Aristo felsefesinde insan hakları yer almamışsa, uygulamada da insan hak ve özgürlüklerine rastlamak mümkün değildir.⁴⁸

B. Ortaçağda

Ortaçağda, kişinin devlet karşısındaki durumu ve devlet kudretine bir sınır çizilmesi konularında eski çağa kıyasla bir değişme ve gelişme bulunduğu görülmektedir. Bu alanda göze çarpan ve derin etkiler yaratan iki büyük olay vardır.⁴⁹

Bunlardan birincisi, Hristiyan felsefesinin insan kişiliğine değer kazandırışıdır. Hristiyanlık, başlangıçta her şeyden önce siyasal otoriteyle dinsel otoriteyi birbirinden ayırmış ve insan vicdanını devletin hegemonyasından kurtarmak istemiştir. İnsan artık toplum içinde basit bir araç değil, fakat başlı

⁴⁷ Öktem, **a.g.e.**, s.119.

⁴⁸ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.21-22.

⁴⁹ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.22.

başına bir amaçtır.⁵⁰ Ancak "Büyük" adıyla anılan Roma İmparatoru Konstantin 313 yılında Milano Fermanını yayınlayıp Hristiyanlığı resmen tanıdıktan bir süre sonra, bu dine girince, Roma'da dolayısıyla Batı uygarlığında yeni bir dönem başladı. Bu büyük olay ile yeni bir devir açıldı. Başlangıçtaki değerlerin ve amaçların aksine, bin yıl süren bu devirde akıl zincire vuruldu, düşünce köle oldu, bilgi ise hiç ilerlemedi.⁵¹

Ortaçağın ikinci önemli olayı, feodalitenin orta çıkışı ile devletin mutlak kudretinin de dağılışı ve parçalanışdır. Feodalite ile birlikte sadece merkezi devlet parçalanmakla kalmamış, devletin mutlak ve sınırsız iktidarı fikri de kaybolmuş, hatta bizzat devlet kavramı yavaş yavaş silinmeye yüz tutmuştur.⁵²

Bu önemli gelişmelere paralel olarak, ortaçağ felsefesinin siyasi iktidarı sınırlama ve yumuşatma yolunda ileriye doğru bazı adımlar attığı söylenebilir. Burada sadece, bu fikri gelişmede en çok payı olan iki düşünürün, Thomas Aquinas (Aquinas'lı Thomas) ile Marsilius Patavinus'un görüşlerini kısaca ele alacağız.

Aquina'lı Thomas da, Aristo gibi, insanoğlunu toplumsal bir varlık olduğunu, bir kişinin, yaradılışına uygun olarak ancak bir siyasi toplulukta gelişebileceğini söylemektedir.⁵³ Saint Thomas'ın siyasi doktrinin temelinde, zalim ve keyfi iktidarı önleme kaygısı yatar. Bu amacı sağlamak için, ünlü ilahiyatçı, iktidarı en başta ilahi kanunla sınırlandırmak istemiştir. Saint Thomas'ın en ilgi çeken görüşlerinin başında, hükümdarların Saint Thomas'ın felsefesini oluşturan kanunlara aykırı kanunlar çıkartması durumunda, halkın bunlara boyun eğmeye mecbur olmadığını belirtmesidir.⁵⁴

⁵⁰ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.23.

⁵¹ Mumcu, **a.g.e.**, s.48-49.

⁵² Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.23.

⁵³ Akın, **a.g.e.**, s.57.

⁵⁴ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.24.

Ayrıca düşünürün "Bütün iktidarlar Tanrı'dan halk aracılığı ile gelir" (Omnis Potestas a Deo Per Populum) sözü de iktidarın mutlak Tanrıdan değil halktan geldiğini açıklaması bakımından çağına göre oldukça ilerici sayılabilir.

Ancak bütün bu ilerici sayılabilecek fikirlerine rağmen, Saint Thomas'ın hiçbir zaman insana insan olarak değer verdiği söylenemez. Açıkça kölelik müessesini kabul eder. Vicdan hürriyetini kesin olarak reddeder. Ona göre kişilerin vicdanlar üzerindeki egemenliği mutlaklıdır.⁵⁵ Saint Thomas'ın amacı, ilerleyen teknik ve bilim karşısında sarsılan kilise ile aklın ve bilimsel verilerin oluşturduğu namuslu aydın kişiliği arasında ikileme düşmüştür.

Ortaçağın bir başka düşünürü de Marsilius Patavinus'tur. Bu dönemde Saint Thomas'tan çok daha ileri ve hoş görülür devrimci görüşler getirirse de pek üzerinde durulmamıştır.⁵⁶ Marsilius, Defensor Pacis (Barışın Savunucusu) adlı eserinde, siyasal iktidarın halktan geldiği, halkın bu iktidarı kimseye devretmemiş olduğu, doğrudan doğruya veya temsilcileri vasıtasıyla kanunların yapılışına katılması gerektiği ve hür insanlardan kurulu bir topluluğun (Devletin) ancak bu şekilde meydana gelebileceğini ortaya koymaktadır. Ancak, Marsilius'un en ilgi çekici görüşü, vicdan hürriyetini savunması, dinde zorlama olmayacağını belirtmesidir.⁵⁷

Ortaçağın batıdaki uygulamasına genel olarak baktığımızda, karanlık bir devir görmekteyiz. Bu dönemde özgürlük ve insan hakları anlayışı kilisenin verdiği ölçülerini aşmamıştır. Bu çağın din babaları olarak adlandırılan birçok düşünürü de kilisenin tahakkümüne akılcı bir yol bulmaya, kılıf uydurmaya çalışmışlardır. Ancak belirtilmelidir ki; Eski Çağa oranla fert açısından nispi de olsa bir gelişme sağlanmıştır.⁵⁸

⁵⁵ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.25.

⁵⁶ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.25.

⁵⁷ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.26.

⁵⁸ Mumcu, **a.g.e.**, s.50-51.

C. Mutlak Monarşiler Devrinde

Ortaçağda feodal senyörlerle krallar arasında başlayan ve uzun zaman devam eden mücadeleler, sonunda kralların zaferiyle sona ermiş ve böylece siyasal feodalite ortadan kalkmıştır. Bunun arkasında kara Avrupa'sında – özellikle Fransa'da – büyük monarşiler devri başlar. Bu dönem, kralların tanrısal hakları ve mutlak egemenlik teorilerinin ortaya atıldığı dönemdir.⁵⁹

Mutlakıyetçi devletin başlıca iki büyük temsilcisi Bodin ve Bousset'tir: Jean Bodin devleti "Çeşitli ailelerin ele geçirdikleri varlıklara birlikte egemen bir kudret tarafından hukuka uygun olarak yönetilmesi" diye tanımlar.⁶⁰ Bodin burada hükümdarın yetkilerin kısıtlamak yoluna gitmiş bunda da tabii hukuku kullanmıştır. Burada sözü edilen tabii hukukun kaynağı da ilahidir.⁶¹

Bu dönemde de, fert lehine daha yumuşak bir takım gelişmeler olsa da dini taassubun egemen olduğu, mutlak monarşilerin siyasi yapısında kişi hak ve özgürlüklerinden bahsetmek mümkün değildir.

D. 17 nci ve 18 nci Yüzyıllarda

İnsanın, sırf insan olmak sıfatıyla, doğuştan bazı haklara ve hürriyetlere sahip olduğu ve devlet tarafından bunlara hiçbir zaman dokunulamayacağı yolundaki temel fikrin bir sistem halinde ortaya çıkışı 17 nci Yüzyıla rastlar. Nasıl ki daha önceleri siyasal iktidara bir sınır çizmek için tabii hukuka başvurulmuşsa, sonunda kişi hakları ve hürriyetleri teorisi de yine tabii hukuktan doğmuştur.⁶² Ancak bu seferki farkı, tabii hukukun dinsel kaynaklı değil, artık dinsel kalıplarından sıyrılmış, laikleşmiş bir tabii hukuk olmasıdır. Bu dönemdeki tabii

⁵⁹ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.28.

⁶⁰ Akin, **a.g.e.**, s.93.

⁶¹ Mumcu, **a.g.e.**, s.59.

⁶² Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.30.

hukuka dayanan insan hakları doktrini iki temel varsayıma dayanmaktadır. Bunlardan birincisi "tabiat hali", ikincisi de "toplum sözleşmesi" hipotezleridir. Bu teorinin ana fikir örgüsünü birkaç cümle ile şöylece özetleyebiliriz: İnsanlar toplum hayatına geçmeden önce tabiat halinde yaşıyorlardı. Tabiat halinde tam ve mutlak bir hürriyet sahiptiler. Sonrada aralarında bir sözleşme akdederek siyasal topluluğu meydana getirdiler. Bu yaparken de, bu topluluğun kurulabilmesi ve yaşayabilmesi için gerekli ölçüde ilk hürriyetlerinin bir kısmından feragat ettiler. Ancak -bu nokta çok önemlidir- tabiat halinde sahip oldukları hak ve hürriyetlerinin en esaslı olanlarını topluluğa devretmediler; bunları siyasal topluluğun, yani devletin kuruluşundan sonra da muhafaza ettiler. Bundan çıkan sonuç şudur; İnsanlar, devletten önce ve onun hukukundan üstün bir takım tabii haklara sahiptiler. Şu halde devlet, kendisi tarafından bağışlanmamış olan kendinden önce var olan bu tabii haklara bağlıdır ve onlara saygı göstermek zorundadır.⁶³

Teoriyi kısaca açıkladıktan sonra, bu teorinin ortaya çıktığı ortam hakkında da kısaca bilgi vermek gereklidir: bu dönem 18 inci Yüzyıl başlarında yer almaktadır ve ekonomik alanda meydana gelen büyüme ile armatör ve tüccarların sayılarında artış meydana gelmiştir. Ticaret, halkı zenginleştirirken bir yandan da onları özgürleştirmiştir. Ekonomik gücü elinde tutan yeni bir sınıf doğmuş ve buna burjuvazi denmiştir. Ekonomik gücü elinde tutan bu yeni sınıf, iktidardan da pay almak istemiş ve felsefi olarak bir önceki paragrafta yer alan görüşlere dayalı siyasal yapının oluşmasını amaç edinmiştir.⁶⁴

⁶³ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.31.

⁶⁴ Akın, **a.g.e.**, s.123-124.

E. Ferdiyetçi Doktrin

17 inci ve 18 inci Yüzyıl tabii hukuk ekolünün, insanların devletten önce ona üstün bir takım tabii haklara sahip oldukları yolunda ortaya atmış olduğu doktrin, insanlık tarihinde yeni bir çağın başlangıcını teşkil etmiştir. Ancak doğurduğu sonuçlar yönünden gayet verimli olan bu doktrin, dayandığı temeller bakımından son derece zayıftı. Zira çıkış noktası olarak aldığı "tabiat hali" ve "toplum sözleşmesi" kavramları, gerçekte hiçbir ilgisi olmayan, aklın ve rasyonel düşüncenin kabul etmeyeceği hayali birer varsayımdan ibarettir.⁶⁵ Gerçekten de insanların başlangıçta tabiat hali denilen bir dönemde kendi başlarına ve mutlu bir şekilde yaşayıp, bilahare akdettikleri bu sözleşme ile bir araya gelip toplum hayatına geçtikleri savı bugünkü bilimsel verilerle uyuşmamaktadır. Tarih, sosyoloji ve antropoloji bilimlerinin verilerine göre insanların bilinen en eski çağlardan beri tamamen yaradılışları ve içgüdüsel olarak toplu yaşadıklarını göstermektedir. Ayrıca sözleşme kavramının toplum hayatının bir ürünü olması; toplumdan çıkan böyle bir kavramın, onu meydana getirmesi gibi; hakkın diğer insanlarla ilişki halinde, onlara karşı ileri sürülebilecek bir iddia ve istek olması, bu iki teorinin tarihsel bir gerekçelik değil de, sadece akli bir hipotez olarak dahi kabulünü mümkün kılmamaktadır.⁶⁶

Böylece tamamen dayanıksız hale gelen kişi hakları ve özgürlükleri için yeni bir temel bulmak zorunlu hale gelmiş ve bunu Fransız ihtilallerından sonra gelişen "ferdiyetçi doktrin" diye adlandırılan fikir akımı gerçekleştirmiştir. Bu doktrin, insan haklarının izahı için, hiçbir hipotez geliştirmemiş ve doğrudan doğruya insanı ele almıştır.⁶⁷

Bu görüşe göre, her hakkın ve her türlü hukukun kaynağı insandır. Çünkü, biricik gerçek, hür ve sorumlu varlık olarak sadece o vardır. Sadece

⁶⁵ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.38.

⁶⁶ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.39.

⁶⁷ Öktem, **a.g.e**, s.151-153.

insan, bir iradeye ve sorumluluk duygusuna sahiptir. İnsanlar tarafından meydana getirilen toplulukların kurumların- ve bu arada devletin- kendine özgü gerçek varlıkları, kendine özgü hakları yoktur. Bunlar fiktif (farazi-varsayımlar) müesseselerdir. Devlet insanlar için onların ortak menfaatlerini sağlamak için kurulmuştur.⁶⁸ Tüm hukuk düzenlerinin amacı da genel anlamda insan mutluluğu ve özgürlüğüdür.⁶⁹ Her ferdin en başta gelen menfaati ve birinci hakkı hiç şüphesiz, kendi maddi ve manevi varlığını, kendi öz yeteneklerini serbestçe geliştirebilmektedir. İşte fertlere sağlanan çeşitli hak ve hürriyetler, bu serbest gelişmeyi sağlamak amacını güder. Eğer siyasal topluluk –yani devlet- insanların bu hak ve hürriyetlerine saygı göstermezse, temel görevini yerine getirmemiş ve kendi varlığının başlıca nedenini kaybetmiş olur.⁷⁰

Önce tabii hukuk ekolu ortaya atılmış olan kişi hak ve özgürlükleri, tarihsel süreç içerisinde çeşitli düşüncelerce gözden geçirilmiş, düzeltilmiş, çağdaşlaşarak günümüze kadar gelmiştir.

F. Günümüzde

İnsan hakları düşüncesi günümüzde her türlü felsefi, siyasi tartışmanın odak noktasında yer almaktadır. İnsan haklarını hayata geçirmeyen, bu düşünceyi referans olarak kabul etmeyen, iç düzenini ve dış politikasını buna göre ayarlamayan hiçbir devletin bugünün şartlarında ciddi alınması beklenemez, hatta bu devletlerin meşrulukları sorunu karşımıza çıkar.⁷¹ Modern insan hakları anlayışı ilke olarak tabii hukuk öğretisini kendisine örnek almış ve insanlar için vazgeçilmesi mümkün olmayan tüm hakları bünyesinde

⁶⁸ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.39.

⁶⁹ Öktem, **a.g.e.**, s.166.

⁷⁰ Akın, **a.g.e.**, s.273-275.; Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.39.

⁷¹ Akyılmaz Bahtiyar, "**İnsan Haklarının Gelişim Süreci**", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Yıl 5, S.6, Temmuz 2000, s.4.

toplamıştır. Bugün için insan hakları tüm yaşamın merkezinde kendini hissettiren en önemli olgu niteliğindedir.

Günümüzde insan haklarının kaynağı insan doğası ile temellendirilmeye çalışılmaktadır. Buna göre insan özgür bırakılmalı, kendi hür yapısına göre davranmalıdır. İnsanın bu kendine özgü yapısı rasyonel olmasından ileri gelir ve insana tanınan haklar insan tabiatının, insanın insanca yaşaması için gerekli varlık şartlarıdır.⁷² Bu kendi bir diğer görüş de insan haklarının temelinde insan doğası olduğunu ancak bunun insanın fiziki doğası olmayıp, ahlaki doğası olduğunu vurgulamış ve insan haklarının “kişinin özündeki onur”dan kaynaklandığını belirtmiştir.⁷³ Bu düşünceye göre insan haklarına onurlu bir hayat için ihtiyaç duyulmaktadır ve insan haklarının kaynağı insanın ahlaki doğasında yatmaktadır.

İnsan hakları artık evrensel olarak kabul görmektedir. İkinci Dünya Savaşına kadar bu hakların her devletin münhasır yetkisine dahil olduğu anlayışı kabul görürken, bu tarihten sonra insan haklarının tüm devletleri ilgilendiren ortak nitelikte olduğu ve yükümlülüğünü yerine getirmeyen devlete, diğer devletlerce gerekli müeyyidelerin uygulanabileceği kabul edilmiştir.⁷⁴ İşte uluslararası boyuta ulaşan, insan hakları kavramını çoğu uluslararası belgede de olduğu gibi insan onuruna dayandırmak yanlış olmayacaktır. İnsan onurunun temelinde kişinin özgürleştirilmesi vardır ve bu görev devlete verilmiştir.⁷⁵ İnsan onuru, “bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür, İnsanı obje haline gelmekten alıkoyan hür iradedir”.⁷⁶

⁷² Erdoğan, **a.g.e.**, s.37.

⁷³ Erdoğan, **a.g.e.**, s.37.

⁷⁴ Ünal Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.21; Kapani Münci, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1991, s.20.

⁷⁵ Akad Mehmet, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10.Maddesi**, İstanbul 1984, s.35-36.

⁷⁶ Bahri Öztürk–Mustafa Ruhan Erdem–V. Özer Özbek, **Uygulamalı ve Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 7.Baskı, Ankara 2003, s.113.

II. MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

1. Medeni Haklar

A. Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı, insan temel hak ve özgürlüklerinin özünü oluşturmaktadır. Bu niteliği sebebiyledir ki bu hak, diğer tüm insan hak ve özgürlüklerin kullanılmasının önkoşulu olarak, anayasal düzenlemelerin yanında uluslararası insan haklarını oluşturan metinlerin de esas noktasıdır.⁷⁷ Yaşama hakkı, en basit tanımı ile insan yaşamının koruma altına alınması anlamına gelse de Sözleşmede daha açıklayıcı, Mahkeme içtihadında ise daha geniş bir şekilde ele alınmıştır. Klasik İnsan Hakları ve İsteme Hakları ayrımında klasik haklar içerisinde;⁷⁸ Birinci, İkinci ve Üçüncü Kuşak Haklar ayrımında; birinci kuşak haklar içerisinde; yer alır.⁷⁹

Yaşama hakkı, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi ile Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden buyana evrensel olarak tanınan insan haklarının başında gelmektedir. Bu hak en temel insan hakkıdır. Yaşama hakkı ayrıca bütün diğer insan haklarının da varlık şartıdır. Çünkü, hayatta (canlı) olmak başka haklardan yararlanmanın ön şartıdır.⁸⁰

Yaşama hakkı, kişiyi fiziki ve manevi varlığına son verecek kamu otoritesi müdahalelerinden korur. Bu türden müdahalelerin özel kişilerden gelmesi halinde de şüphesiz devletin bunu önleme ve/veya müeyyidelendirme ödevi bulunmaktadır. Ancak bu bağımsız bir insan hakkı değil, fakat kişinin bir insan hakkı olarak hayat hakkını devlete karşı ileri sürülebilmesinin bir sonucudur.

⁷⁷ Karakaş A. Işıl, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'dan Kaya Kararına", **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, No. 18, Ankara 2000, s. 201-210.

⁷⁸ Tezcan Durmuş – Erdem Mustafa Ruhan – Sancaktar Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 40.

⁷⁹ Tezcan Durmuş – Erdem Mustafa Ruhan – Sancaktar Oğuz, **a.g.e.**, s. 46

⁸⁰ Peter Jones, *Rights* (New York: St Martin's Press), 1994, s. 83.

Devletin bu ödevi, elbette, hayatına kast eden müdahalelere karşı kişinin kendini-savunma hakkını ortadan kaldırmaz.

Yaşama hakkı ancak kişinin hayatına son verme (öldürme) eylemiyle ihlal edilebilir. Bundan dolayı, ölümle sonuçlanmayan haksız kamusal güç veya şiddet kullanımı da insan haklarına aykırı olmakla beraber, böyle bir eylem yaşama hakkına değil, duruma göre işkence ve kötü muamele yasağına veya kişi dokunulmazlığına bir saldırı teşkil eder. Ayrıca, "kayıp kişiler" konusu da yaşama hakkıyla yakından ilgilidir. Nitekim, BM Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi uyarınca kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesi bir "Genel Yorum"unda "kayıp kişiler" olgusunu hayat hakkının ihlalinin özel bir türü olarak değerlendirmiş ve taraf devletlerin buna karşı tedbirler almalarını istemiştir.⁸¹

Belirtmek gerekir ki, yaşama hakkını, bir kamu otoritesi tarafından veya onun izniyle kişinin hayatına son verilememesinden daha kapsamlı olarak anlamlandıranlar da vardır. Buna göre, yaşama hakkı, ayrıca, "yaşama yönelik tehlike ve risklere karşı yine kamusal otoriteler tarafından korunma"yı da içermektedir.⁸² Ne var ki, böyle geniş anlaşılması halinde yaşama hakkını sosyal güvenliğin bazı türlerinden ayırmak zorlaşacaktır.

Yaşama hakkının devlete ilk olarak öldürme yasağı getirdiği açık olmakla beraber, bunun devlete kişilerin yaşama hakkını korumak şeklinde pozitif bir yükümlülük de yüklediği açıktır. Ancak bu olumlu yükümlülük, devletin kişilerin yaşama hakkını her durumda desteklemesini değil, fakat sadece, onları haksız öldürmelerden koruması anlamına gelmektedir. Bu koruma ödevi, keza devletin öldürme fiillerini cezalandırmasını da zorunlu kılmaktadır.

Türkiye'nin 1982 Anayasası'nın 17. maddesi, yaşama hakkını bir insan hakkı olarak tanımış ve koruma altına almışlardır.

⁸¹ Gemalmaz Mehmet Semih, **Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002, s. 44.

⁸² Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 272.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 6. maddesi "Yaşama Hakkı"nı düzenlemiştir.

B. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı:

Kişi özgürlüğü, kişinin fiziksel özgürlüğü olup, yasal ve haklı bir neden olmadan yakalanamama, tutuklanamama ve özgürlüklerinin sınırlandırılmamasıdır. O nedenle özgürlük kısıtlamalarına ilişkin nedenlerin önceden, mutlaka açıklanmaları gerekmektedir.; bu da hukuka uygun bir rejimin yerleşmesini gerekli kılar. Kişi güvenliği ise; kişinin keyfi emre, tüm keyfi baskılara, keyfi ceza vermeye, özgürlüğe keyfi müdahalelere, yargılanmadan cezaevine koymalara, masumluk karinesinin çiğnenmesine karşı, kişinin fizik özgürlüğünün korunmasında hukuk egemenliğinin hâkim olduğu, kişinin iktidara karşı korunduğu, yargı denetimli, sınır özgürlüğüdür.⁸³

Bu hakkın dayanağı "kişisel özgürlük"tür. Kişisel özgürlük hakkı, bireylerin her birinin sınırları belli edilmiş bir hayat alanı dâhilinde kendi tercih ettikleri gibi karar verme ve eylemde bulunma hakkı olarak tanımlanabilir. Birçok teorisyen için, haklar düşüncesinin ana fikri, kişilere içinde kendi plan ve projelerini izlemekte özgür olacakları bir ahlaki mekânın sağlanmasıdır. Başka bir anlatımla, kişisel özgürlük hakkının temeli özerklik düşüncesidir.⁸⁴

Kişi hürriyeti ve güvenliği, ikisi birlikte, kişinin yasayla belirli ve sınırlı haller dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun kılınmaması demektir.⁸⁵ İnsanın özgürlüğe ve güvenliğe sahip olması ile bunların güvence altına alınması demek, kişinin hareket ve beden serbestisine sahip olması,

⁸³ Şahbaz İbrahim, *Anayasa'da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Adım Yayıncılık, Ankara 1994, s. 16-21.

⁸⁴ Peter Jones, *a.g.e.*, s. 122.

⁸⁵ Şahbaz, *a.g.e.*, s. 15.

kimsenin yasalarda gösterilen koşullar dışında hareket serbestîsinden mahrum edilmemesi, yani yakalanıp tutuklanmaması demektir.⁸⁶

Kanunlarda ve usulüne göre yürürlüğe konularak iç hukuk kuralı haline getirilmiş bulunan milletlerarası sözleşmelerde gösterilen şartlar gerçekleşmedikçe kimse ne yakalanabilir ne tutuklanabilir ne de buna benzer bir işleme tabi tutulabilir.⁸⁷

Kişî hürriyeti ve güvenliğinin korunması, insan haklarının sigortasını teşkil ettiğinden hem İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi uluslar arası düzenlemelerde, hem de Anayasada güvence altına alınmıştır.⁸⁸

Kişî Hürriyeti ve Güvenliği, 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Maddede ırk, dil, din vs. fark gözetmeksizin "Herkes" in kişî hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu belirtilmiştir.

Kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği haller sayılmış, bu sınırlamaların şekil ve şartlarının kanunda gösterileceği ve bu haller dışında kişinin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabileceği haller şunlardır:

a- Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi,

b- Bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması,

c- Bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi,

⁸⁶ Yıldırım Ramazan, **Devlet Yapısı ve Nitelikleri (Anayasa Hukuku Ders Notları)**, Akader Yayınları, Diyarbakır 2003, s. 116.

⁸⁷ Öztürk Bahri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 128.

⁸⁸ 1982 AY m.19, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.9, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.9.

d- Bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi,

e- Bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması.

Anayasa'nın 19. maddesinin son fıkrası ise, kişinin hürriyeti ve güvenliğinin ihlali halinde, kişiye, uğradığı zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenmesini düzenlemiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 9. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 9. maddesi, "Kişi Hürriyeti ve Güvenliği"ni düzenlemiştir.

C. Eşitlik Hakkı

Ulusal ve uluslararası normlarla güvence altına alınmış olan kanun önünde eşitlik hakkı herkesin, dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, servet, doğum ve benzeri sebeplerle ayrıma tabi tutulmaksızın yasalar önünde eşit hak ve muameleye tabi tutulmasını ifade eder.

Bütün İnsan Hakları bildirilerinde, tüm insanların istisnasız eşitliği kesin ifadelerle dile getirilmekte; bu ilkeden hiçbir ödün verilmemektedir.⁸⁹ Düşünce tarihinde insanların eşitliği veya eşitsizliği sonu gelmez tartışmalara konu olmuştur. Elbette ki, bütün ülküsel çabalara rağmen konunun içindeki sorunlar çözülemedi. Eşitlik (veya eşitsizlik) sorunlarının temelini Rousseau'dan aldığımız şu satırlarla ortaya koyalım: "İnsan soyunda iki çeşit eşitsizlik gözlüyorum. Bunlardan birisine doğal veya fiziksel eşitsizlik diyorum; zira bu eşitsizlik doğa tarafından kurulmuş olan yaş, sağlık ve vücut kuvvetlerinin, zihin veya ruh meziyetlerinin farkından oluşur. İkincisine manevi veya siyasal eşitsizlik denilebilir; çünkü bu bir çeşit sözleşmeye bağlıdır ve insanların uygun görmesiyle kurulup yerinde görülmüştür. Bu çeşit eşitsizlik bazı kimseleri, mesela, daha zengin, daha saygın, daha güçlü bulunmak veya diğerlerini bağlı kılmak gibi bir takım ayrıcalıklara malik bulunmalarından oluşur."⁹⁰

İnsanların yaratılıştan gelen farklılıkları dışında toplum yaşamına katılmasında kesin bir eşitlik bulunması gerektir.

Eşitliğin bütün İnsan Hakları bildirilerinde hiçbir biçimde tartışılmaz bir hak olarak tanınması, onu henüz, pek çok demokraside kesin, istisnasız tarzda uygulanabilir bir duruma getiremedi, insan belki başkalarının bedensel haklarına -bir ulusal veya uluslar arası düzenleme olması bile- saygı gösterebilirler. Bu saygı, bir dereceye kadar "doğal hukuk" duygusunun, sezgisinin bir ifadesidir. Ama eşitlik hiçbir zaman böylesine doğal hukuk konusu olmamıştır. Başka bir deyişle, İnsan Hakları bildirilerindeki kesin eşitlik ilkesi, yüksek ülküsel duyguların etkisiyle de olsa, oldukça yapay bir durum gösteriyor. Zira insan doğası eşitsizliği son iki yüz yıla kadar son derece normal kabul etmiştir.

⁸⁹ Örneğin, en kutsal hak olan "yaşama hakkının" bile hem BM "Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmelerinde" hem de İnsan Haklarına ilişkin Avrupa Sözleşmesinde istisnaları vardır. Ölüm cezası, ayaklanma ve benzeri durumlar gibi.

⁹⁰ Mumcu Ahmet – Küzeci Elif, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turan Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2007, s. 124.

Eşitsizliğin en matematiksel ve sosyal, hukuksal somut örneği olan köleliği insanoğlu ancak XX. Yüzyılda kaldırabildi.

Bugün demokratik ölkelerde özellikle siyasal eşitlik büyük ölçüde sağlanmıştır. Ama insanların ekonomik ve sosyal bakımdan da eşitlikleri tartışılıyor. Marksizm her gelişmenin başını bu eşitliğe bağladı; ama siyasal özgürlükleri ihmal etti. Ekonomik ve sosyal eşitlikler, ancak siyasal özgürlüklerin konulduğu ortamda gelişebilir. Bu sorun XIX. Yüzyıldan beri tartışılmış, olumlu somut sonuçlar XX. Yüzyıl sonlarında alınmaya başlanmıştır. Siyasal eşitlikten ve özgürlüklerden özveride bulunmadan ekonomik ve sosyal dengeyi –eşitliği değil, zira bunu sağlamak imkânsızdır- kurup geliştirmek tek çaredir.⁹¹

Türkiye'nin 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde "Eşitlik Hakkını" düzenlemiştir. Buna göre; "herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, kadınlar ve erkeklerin de eşit haklara sahip olduğu, devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir"⁹²

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1. ve 2. maddeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 2. maddesi "Vatandaşlık Hakkı"nı düzenlemiştir.

D. Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü Hakkı

Yerleşme, bir kimsenin oturma, yaşamsal ihtiyaçlarını giderme kısacası hayatını sürdürmek amacıyla belli bir kara parçası üzerinde daimi olarak ikamet etmesidir. Kişi, belli bir yere yerleşebilmek için öncelikle o yerin maliki ya

⁹¹ Sorunun tartışması için bkz. Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 8.

⁹² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özer Attila, **Anayasa Hukuku Genel İlkeleri**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005, s. 95.

da o yeri kullanma hakkına sahip olmalıdır. Bunun dışında kişinin bir yere yerleşebilmesi için o yerin maliki olmak yetmez. Yasalar, belli yerleri belli nedenlerle geçici ya da sürekli olarak yerleşime kapayabilir ya da yerleşimi belli koşullara bağlayabilir. Örneğin düzenli kentleşme bu nedenlerden biridir, bir kişi maliki olduğu araziye gelişigüzel ev yapamaz. Bunun için yetkili makamlarca o yer imara açılmalı ve örneğin malik ev yapmak istiyorsa sadece yetkili makamın ev yapımını müsaade ettiği alanda evini yapmalıdır.

Seyahat, kişinin bir coğrafi alandan başka bir coğrafi alana gitmesi olarak tanımlanabilir. Kişiler, tüm medeni ülkelerde seyahat hakkına sahiptir. Ancak seyahat hakkı da belli nedenlerle süreli ya da süresiz kısıtlanabilir, belli şartları taşımayan kişilerin belli yerlere gitmesine izin verilmeyebilir. Örneğin belli bir suç işlediği iddia edilen kişi için mahkeme sonuçlanana kadar yurt dışına çıkma yasağı güvenlik tedbiri niteliğinde uygulanabilir.

Yerleşme ve seyahat özgürlüğü, her şeyden önce, "açık toplum" olmanın olağan tezahürlerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu özgürlük, kişilerin ülkenin herhangi bir yerinde ikamet edebilme, konut edinebilme, mesleki ve sosyal bir faaliyette bulunabilme gibi amaçlarla, bir kamu gücü tarafından engellenmeksizin bir yerden başka bir yere gidebilmesi olarak tanımlanabilir.⁹³

Yerleşme ve seyahat hürriyeti 1982 Anayasası'nın 23. maddesi "Herkes"i, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğunu belirtmiş ve bu hakkı, herhangi bir ayırım yapmaksızın herkese tanımıştır. Ayrıca madde, yerleşme hürriyetini sınırlama sebeplerini ve bu sınırlamanın koşullarını düzenlemiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 13. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. maddesi "Yerleşme ve Seyahat Hürriyeti"ni düzenlemiştir.

⁹³ Korkusuz, a.g.e, s. 252.

E. Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Özgürlüğü Hakkı

a. Konut Dokunulmazlığı Hakkı

Konut dokunulmazlığı, özel hayatın korunmasının bir başka yönüdür. Kişinin yaşadığı konutu, her türlü saldırıdan uzak tutmadıkça, kişinin özel hayatı korunamaz. Çünkü özel hayata ilişkin zamanın büyük bir bölümü, konutlarda geçmektedir.⁹⁴

Kişinin konutunun dokunulmazlığı, tarihin çok eski dönemlerinden beri yasalarla korunmakta olup her ne kadar eski çağlarda bu hakkın korunması dini bir karakter arz etse de günümüzde konut dokunulmazlığının ihlali kişilerin oturdukları mahallerde, onların hürriyetlerini, sükûn ve huzurlarını korumayı amaçlamaktadır.⁹⁵

Burada hem kişinin konutu hem de konutun eklentisi korunmaktadır. Konut; “Gece istirahatına tahsis edilmesi, yapı şekli, devamlı bir şekilde kullanılması, ihlalin gerçekleştiği anda içinde bulunulması önemli olmayan, dış alemden ayrıldığı izlerini taşıyan ve kişi veya kişilerin halen ve fiilen yaşamsal faaliyetlerini geçirdikleri her yerdir.”⁹⁶ Eklenti ise; “Konuta bağlı olan fakat bitişik veya yakın olması şart olmayan, dış dünyadan belirli işaretlerle ayrılan ve rıza hilafına girildiğinde konuttakilerin huzur ve sükûnlarının bozulduğu yerlerdir.”⁹⁷

1982 Anayasası’nın 21. Maddesinin birinci fıkrasında “Kimsenin konutuna dokunulamaz...” hükmü getirilerek kişinin konut dokunulmazlığını güvence altına almış, konut dokunulmazlığının sınırlama sebeplerini ve bu sınırlamanın koşullarını düzenlemiştir.

⁹⁴ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 118.

⁹⁵ Artuk-Gökçen-Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 222-226.

⁹⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, **a.g.e.**, s. 237.

⁹⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, **a.g.e.**, s. 240.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17. maddesi “Konut Dokunulmazlığı Hakkı”nı düzenlemiştir.

b. Haberleşme Özgürlüğü Hakkı

Bireylerin birbirleriyle olan iletişim ve haberleşmeleri de özel hayatın bir parçasını oluşturmaktadır.⁹⁸ Bundan dolayı, haberleşmenin gizliliğini korumak devletin görevidir.⁹⁹

İsteyen kişi, istediği kişi ile istediği yolla (posta, telefon, e-mail vb.) haberleşebilir. Bunların haberleşmesi engellenemez. Keza bu haberleşme gizlidir. Yani bu kişilerin telefonları dinlenemez, mektupları okunamaz.¹⁰⁰ Bu nedenle birisinin rızası hilâfına telefonunun dinlenmesi, mektuplarının açılması, e-maillerinin okunması haberleşme hürriyetinin ihlalini oluşturur.

1982 Anayasası'nın 22. maddesinde “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir, Haberleşmenin gizliliği esastır...” hükmü getirilerek kişinin haberleşme hürriyeti diğer bir deyişle kişinin özel haberleşmesinin gizliliği güvence altına almış, haberleşme hürriyetinin sınırlama sebeplerini ve bu sınırlamanın koşullarını düzenlemiştir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17. maddesi “Haberleşme Özgürlüğü Hakkı”nı düzenlemiştir.

⁹⁸ İçel Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul 1977, s. 4.

⁹⁹ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 119.

¹⁰⁰ Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 139.

2. Siyasi Haklar

A. Vatandaşlık Hakkı

Vatandaşlık, belli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuki bağı ifade etmektedir.¹⁰¹

Esasen vatandaşlık kavramı, her şeyden önce, devletin vatandaşlarına kendi ülkesinde yerleşme hakkı vermesini gerektirmektedir.¹⁰²

Her ne kadar bazı Batı Avrupa ülkelerindeki son gelişmeler vatandaş olmayanların da yerel yönetimlere seçilme ve bu seçimlerde oy kullanma haklarının kabul edildiğini gösteriyorsa da, günümüzde hala "vatandaşlık", siyasal hakları kullanabilmenin önkoşuludur.

Vatandaşlık bağının son bulması da mümkündür ve bunun çeşitli yolları vardır: Kendi isteği ile çıkma, vatandaşlığa alınmanın iptali, vatandaşlığın kaybına karar verilmesi (kaybettirme) ve vatandaşlıktan çıkarma.¹⁰³

Vatandaşlık hakkı bakımından belki daha da önemli olan husus vatandaşlığın kaybedilmesidir. Vatandaşlığın bir temel hak olması, vatandaş olan bir kimsenin keyfi olarak bu haktan yoksun bırakılmamasını zorunlu kılar.¹⁰⁴

Vatandaşlık hakkı bir temel hak olmakla beraber, vatandaşlık kavramının kendisinde "insan hakkı" fikriyle bağdaşmayan bir yan da vardır. Çünkü, insan hakları kişilerin siyasi statülerinden bağımsız olarak sırf insan oldukları için sahip oldukları haklardır. Oysa, yeryüzünün ulus-devletlerce paylaşılmış olduğu günümüzde, vatandaşlık bağı kişilerin çoğu temel hakkını kullanabilmesinin ön

¹⁰¹ Aybay Rona, "İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık", **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 179.

¹⁰² Arslan Zühtü, "**Fundamental Rights and Liberties**", BİÇAK Vahit-ARSLAN Zühtü, International Encyclopaedia of Laws: Turkey, Kluwer Law International, s.151.

¹⁰³ Tanör Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3. Basım, İstanbul 1994, s. 122.

¹⁰⁴ Eroğul Cem, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, İmge Kitabevi, Ankara 1991, s. 83.

şartı durumundadır. Bugün hiç kimsenin herhangi bir devletin egemenliği altında olmaksızın yaşamayı seçme hakkı fiilen yoktur. Çünkü, "vatansız" olmak hukuki anlamda kişi olamamak, dolayısıyla hiçbir haktan yararlanamamak anlamına gelmektedir.

1982 Anayasası 66. maddesinde "Vatandaşlık Hakkını" düzenlemiştir. Buna göre; "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür"

Vatandaşlık hakkının sınırı Anayasada çizilidir: "Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz"

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 15. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 24. maddesi "Vatandaşlık Hakkı"nı düzenlemiştir.

B. Seçme, Seçilme, Siyasi Faaliyette Bulunma, Parti Kurma, Partilere Girme ve Partilerden Ayrılma Hakları

Siyasal hakların en önemlileri seçme, seçilme ve siyâsî faaliyette bulunma haklarıdır. Yurttaşlar, siyasal hayata, siyasal iktidarın kuruluşuna ve devlet yönetimine seçme ve seçilme haklarını kullanarak katılmaktadır.¹⁰⁵

Kişi, siyasal partilere üye olabilirken, seçme ve seçilme yeterliliğine sahipken, çeşitli siyasal kuruluşların veya oluşumların işleyişinde görev alıp yetkiler kullanırken; siyasal iktidarın kararlarına katılmakta, siyasi ve idari kararları etkileyebilmekte ve aynı zamanda, bu kararların yerine getirilmesinde de söz sahibi olmaktadır. Böylece birey, toplumsallaşmasını, toplumla bütünleşmesini kendi hür iradesiyle yerine getirmekte ve ona bu imkânı veren siyasi haklar da demokratik hukuk düzeninin temelini oluşturmaktadır. Bu bakımdan kişilerin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının

¹⁰⁵ Yıldırım, a.g.e, s. 134.

güvence altına alınması ile sadece ferdin siyasi haklar değil, aynı zamanda devletin siyasi düzeni de korunmaktadır. Zira, kişinin özgür iradesi dışında herhangi bir biçimde siyasal haklarını kullanmaya zorlanması ya da bu hakların kullanmasına mani olunması, devletin siyasi fonksiyonlarını yerine getirmesini ve gelişimini de tehlikeye sokmaktadır.¹⁰⁶

Seçim serbestliğinin gerçek bir anlam taşıması, seçmenlerin çeşitli alternatifler arasında serbest bir seçme yapabilmelerine bağlıdır. Çağdaş demokratik devlette bu alternatifler, siyasal partiler tarafından oluşturulur. Modern demokrasi, partiler demokrasisidir. Günümüzde seçmen, oyunu, adayın şahsından çok, temsil ettiği siyasal partiye verme eğilimindedir. Böylece seçmen, partiler tarafından kendisine sunulan alternatif siyasi programlar arasında bir seçme yapma imkanını bulur ve oy verdiği parti iktidara geldiği takdirde söz konusu programın uygulanacağına güvenilebilir. Bu anlamda partilere dayanan demokrasi, halk özelemlerinin devlet yönetimine yansımaları, bu özelemlerle kamusal politikalar arasında bir paralellik kurulmasını sağlar. Partisiz bir toplumda ise buna imkan yoktur. Böyle bir toplumda seçme hürriyetinin var olabileceği bir an için farz edilse bile seçmen seçtiği temsilcilerin çeşitli kamusal politika sorunları karşısında nasıl bir tutum yakınacağını önceden bilemez. Dolayısıyla, halkın devlet yönetimine katılması, çok daha sınırlı ölçüde kalır.¹⁰⁷ Anılan bu sakıncalar nedeniyle, bir ülkede, partilerin serbestçe kurulabilmesi, kurulan bu partilerin özgürce propaganda yapabilmesi, kişilerin, parti kurma, kurulan partilere girme ve üyesi oldukları partiden özgürce ayrılabilme hakkına sahip olabilmesi gerekir.

Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları, 1982 Anayasasının 67. maddesinde “Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiş ve

¹⁰⁶ Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2005, s. 65.

¹⁰⁷ Özbudun, **a.g.e.**, s. 87.

vatandaşların siyasi hürriyetleri güvence altına alınmıştır.

1982 Anayasası 68. maddesinde “Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma hakkını” düzenlemiştir. Buna göre;

“Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir...”

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 21. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 25. maddesi “Seçme, Seçilme, Siyasî Faaliyette Bulunma, Parti Kurma, Partilere Girme ve Partilerden Ayrılma Hakları”nı düzenlemiştir.

C. Din, Vicdan ve Düşünce (İfade) Özgürlüğü Hakkı

a. Din ve Vicdan Hürriyeti Hakkı

Burada insanın iki temel değeri korunmaktadır. Birincisi kişinin tamamen iç dünyasında cereyan eden dini inanç ve vicdan hürriyetidir. İkincisi ise bu hürriyetin dışı vurumu niteliğindeki ibadet hürriyetidir.

Din ve vicdan özgürlüğü; hiç kimsenin dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını, dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağını ve suçlanamayacağını,¹⁰⁸ kişiye istediği dine inanma hakkını ve bir dine inanmaya zorlanamamasını içerir.¹⁰⁹ İbadet hürriyeti ise kişinin inandığı dinin gereklerini serbestçe yerine getirebilmesini inandığı dinin gereklerini yapmasından dolayı kınanamamasını, dini ayin ve törenlere katılmaya zorlanamamasını içerir.

İnanç özgürlüğü, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, “hiçbir dine

¹⁰⁸ Yıldırım, a.g.e, s. 120.

¹⁰⁹ Meral Yusuf, **KPSS Hazırlık Kılavuzu**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 518.

itikadı olmayanlar için de geçerlidir.¹¹⁰ Yargıtay da din ve vicdan özgürlüğünün gereği olarak mevcut ya da sonradan ortaya çıkabilecek dinler arasında bir ayırım yapılmadığını, herhangi bir dine inanıp inanmama konusunun insanın özgür iradesine bırakıldığını saptamıştır.¹¹¹ Mahkeme kararlarında da belirtildiği gibi dinsel özgürlükler alanının en dokunulmaz kesimi olan inanç özgürlüğü, inanma/inanmama hakkı olarak koruma altındadır. İnanç sistemlerinin hepsi hukuki güvenceden yararlanır.¹¹²

Din ve vicdan hürriyeti, tarihte uzun mücadelelere sahne olmuştur. Mücadelenin nedeni, başta, dini inanışların ve ibadetin engellenmesi biçimindedir. Çünkü bu olay, yerleşmiş toplum düzenini tehdit eder kabul edilmiştir.¹¹³

Bugün, kişilerin din ve inanç hürriyetine sahip olduğu tüm uygar hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Uygar ülkeler bunun kişinin kendi iç dünyasıyla ilgili olduğunu ve devletin buna müdahalesinin mümkün olmadığını kabul etmişlerdir. Ancak ibadet hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti gibi sınırsız ve dokunulamaz değildir. Burada bir dışavurum vardır ve bu toplum içinde cereyan edeceğinden, yapılan ibadetin kamu düzenini bozmaması gerekir. Örneğin kişi..... inancına sahiptir. Bu inancı gereği her salı günü bakire genç kızları inandığı tanrısına kurban etmektedir. Bunun ibadet hürriyeti çerçevesinde anılması mümkün değildir çünkü yapılan ibadetten toplum etkilenmiştir ve kamu düzeni bozulmuştur. Diğer bir ifadeyle sınırlandırılan kişinin inancı değil bu inancı doğrultusunda kamu düzenini bozacak davranışlarda (ibadet) bulunmasıdır.

Vicdani alan daha içsel ve önceliklidir. Buna inanç dünyası da denebilir. Dinsel olan ya da din kurumu ise daha çok bir dışavurum

¹¹⁰ E. 1986/11, K. 1986/26, Kt. 4.11.1986 (AYMKD, sayı 22, s. 314)

¹¹¹ Yargıtay 9. CD., E. 1985/2623, K. 1985/3431

¹¹² Tanör Bülent – Yüzbaşıoğlu Necmi, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001, s. 166.

¹¹³ Yayla Yıldızhan, **Din ve Vicdan Hürriyeti ve Laik Devlet**, İKÜHFD C.2, S.1-2, Aralık 2003, s. 93.

olgusudur. İbadet, ayin, dinsel tören, din öğretim ve eğitimi gibi kalemler burada yer alır.¹¹⁴ Dinsel özgürlüklerin dışa dönük yüzü, din buyruklarına uyabilme ya da uymama, bunları yerine getirme/getirmeme özgürlüğünden oluşur. Bunun odak noktası ibadet özgürlüğüdür. İnanç (vicdan) özgürlüğünün mutlak olmasına karşılık, dinselliğin dışavurumu (ibadet, ayin, dinsel tören) sınırlıdır;¹¹⁵

1982 Anayasası Din, Vicdan ve İbadet Hürriyetini 24. maddede düzenlemiş ve “Herkesin, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Bu hürriyet herkese tanınmış olup kişiler arasında din, dil, ırk vs. ayrımı yapılmamıştır. “14 üncü madde¹¹⁶ hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini âyin ve törenleri serbest bırakmıştır. Anayasamız din ve vicdan hürriyetini istisnasız tanımış olup ibadet hürriyetini anayasanın 14. maddesindeki hükümlerle sınırlandırmıştır.

Anayasanın 24. maddesiyle, kişiden, iç dünyasında yaşayan din anlayışını dış dünyaya zorla açıklamasının istenemeyeceği, herhangi bir dinin ayin ve törenlerine katılmaya zorlanamayacağı, kişinin sahip olduğu inancından dolayı kınanamaması ve suçlanamaması hususu güvence altına alınmaktadır.

Yine 24. madde, din ve ahlâk eğitim ve öğretiminin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasını ve bu derslerin ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer almasını öngörmüştür. Bu şekilde Cumhuriyetin her döneminde rejimi tehdit ettiğine inanılan ve siyasal İslamın dini kendi emelleri doğrultusunda genç beyinlere aşılmasının önüne geçilmek

¹¹⁴ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e**, s. 166.

¹¹⁵ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e**, s. 167.

¹¹⁶ Ay m. 14: Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlanan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

istenmiş ve tabiri caizse din eğitimi kontrol altına alınmıştır. Bu şekilde din eğitimi devletin tekelinde olacak ve rejim düşmanı gençlerin yetişmesi engellenecektir. Ancak bu fıkra laiklik ilkesine aykırı olup ülkemizde fiilen okutulan din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde belirli bir dinin ve mezhebin kuralları öğretilmektedir. Yine bu fıkroda ilk ve orta öğretim dışındaki din eğitim ve öğretiminin ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlı olduğu belirtilmiştir.

24. madde, kişilerin, devlet rejimini dini kurallara dayandıramayacağı, dini, siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfus sağlama amacıyla istismar edemeyeceği ve kötüye kullanamayacağı düzenlenmiştir. Laiklik ilkesi doğrultusunda ve bu ilkenin en önemli özelliği olan “Dinin, Devlet yönetimine karışamayacağı” hususu düzenlenmiş ve aynı zamanda kişilerin dini duyguları kullanarak çıkar elde etmelerinin önüne geçilmek istenmiştir.

Yine Anayasanın kişinin din ve vicdan hürriyetine o kadar önem vermiştir ki Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi kimsenin dinini açıklayamayacağı hüküm altına alınmıştır.¹¹⁷(Ay m.15)

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 18. Maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 18. ve 26. ve 27. maddeleri “Din, Vicdan ve İbadet Hürriyeti” ni düzenlemiştir.

b. Düşünce (İfade) Özgürlüğü Hakkı

Düşünce ve kanaat hürriyeti ve bunu açıklama ve yayma hürriyeti ile insanın, düşüncelere, bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte çeşitli

¹¹⁷ Gözler, a.g.e, s. 141.

yollarla serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi korunmaktadır.¹¹⁸

Düşünce özgürlüğü teoride ve dünya hukuk uygulamasında üç temel öğeden oluşur: Düşüncelere ve bilgilere ulaşma (haber alma vb.), düşüncelerden ötürü kınanmama (kanaat hürriyeti) ve düşüncelerini açıklama, yayma ve başkalarına aşılama (ifade) özgürlüğü. “düşünce hürriyeti” deyince de günümüzde daha çok bu sonuncusu, yani ifade özgürlüğü anlaşılır. “başkalarına aşılama” ya da “yayma” anlamına gelen propaganda hakkı da bu özgürlüğün içinde yer alır.¹¹⁹

Düşünce ve kanaat tamamıyla kişinin zihninde cereyan eden psişik bir vakıadır. Dış dünyaya yansımayan yani hareket oluşturmamayan bir şeyin cezalandırılması da mümkün değildir. Bunlar dış dünyaya yansıtılmadıkça “düşünce ve kanaat hürriyeti” olarak tüm uygar ülkelerde Anayasanın mutlak koruması altındadır. Bunlar dış dünyaya yansıtılırsa “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti”ne girer.

Düşünce özgürlüğü, olağanüstü durumlarda bile kimse düşüncesini açıklamaya zorlanamayacağı için, bu özgürlük, sert çekirdekli özgürlüklerdendir. Düşünce özgürlüğü statiktir.¹²⁰ Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ise statik durumdaki düşünce özgürlüğünün dinamik uzantısıdır. Bir başka deyişle düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, bir fikrin dış dünyaya açılması ve fikre ve bilgiye ulaşma serbestliğidir.¹²¹ Bu özgürlüğün kullanım araçları, televizyon, radyo, gazete, dergi ve kitap gibi kitle haberleşme araçlarıdır. Bu özgürlük, statik durumdaki düşünce özgürlüğü gibi sert çekirdekli olmadığından sınırlanabilmektedir.¹²²

¹¹⁸ Meral, **a.g.e.**, s. 518.

¹¹⁹ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 168.

¹²⁰ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 121.

¹²¹ Sunay Reyhan, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara 2000, s. 285.

¹²² Yıldırım, **a.g.e.**, s. 121.

Bu verilere şu önemli iki bilgiyi eklemek gerekir. Birincisi, çoğulcu özgürlükçü demokrasilerde kural olarak "düşünce suçu"na yer yoktur. Bu kuralın istisnaları faşist, ırkçı ayırımçı, savaş kışkırtıcı propaganda şeklinde sayılabilir. İkincisi, bazı ifade biçimleri zaten düşünce özgürlüğünün norm alanı dışında kalır ve koruma görmez: İftira, hakaret, sövme, suça ve şiddete teşvik ve tahrik vb. dince kutsal şeylerin istismarı ve kötüye kullanılması da bu niteliktedir.¹²³

Çoğulcu-özgürlükçü demokrasilerde düşünce suçlarına set oluşturan bir içtihadî kavram da "açık ve mevcut tehlike" kriteridir. Bu ölçüt ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından konmuş ve uygulanmış, daha sonraları da Batı demokrasilerinin genel standartları durumuna gelmiştir. Bununla ifade edilmek istenen, bir düşünce açıklamasının yapıldığı somut koşullarda tartışma götürmez bir tehlike doğması halinde suç hükmedilmesi, bunun dışındaki ifadelerin düşünce özgürlüğünün şemsiyesi altında korunma görmesidir.¹²⁴ İnsan onurunun bu denli temeli sayabileceğimiz "düşünceyi", açıklanmasında neredeyse mutlak bir özgürlüğe doğru korumak arzusu, insanın özdeğerine olan inancımızdan kaynaklanır.¹²⁵

1982 Anayasası, bu konuları başlangıç hükümlerinde ve bunun dışında iki ayrı maddede düzenlemiştir: Düşünce ve kanaat hürriyeti (Ay m.25) ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26).

1982 Anayasası'nın başlangıç hükümlerinin beşinci paragrafı, 2001 anayasa değişikliğinden önce, "Hiçbir düşüncenin, Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği..." şeklindeydi ve bu madde düşünce özgürlüğü karşısında büyük bir engel teşkil ediyordu. 2001 değişikliği ile bu

¹²³ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 168.

¹²⁴ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 168.

¹²⁵ Ökçesiz Hayrettin, Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 6**, İstanbul Barosu, s. 30.

paragrafta değişiklik yapılmış ve “Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin...” şeklinde düzenlenmiştir.

Düşünce ve kanaat hürriyeti, 1982 Anayasası’nın 25. maddesinde düzenlenmiş, herkese, düşünce ve kanaat hürriyeti tanınmıştır. Burada kişiler arasında herhangi bir ayırım yapılmadan herkese bu hak tanınmıştır. Ayrıca madde metninde, kişinin iç âlemindeki düşüncelerin korunması, kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ve bunlardan ötürü suçlanamaması hususu düzenlenmiştir. Bu mutlak bir dokunulmazlık alanıdır. Olağanüstü yönetim usulleri altında bile bu “sert çekirdekli hak” mutlak korunma altındadır. (Ay m.15)

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, 1982 Anayasası’nın 26. maddesinde düzenlenmiş, herkesin, her türlü vasıta ile düşüncesini açıklama ve yayma hürriyeti hürriyetine sahip olduğu belirtilmiş ve haber alma ve verme hakkı da bu kapsamda görölmüştür. Madde, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların da ifade özgürlüğü çerçevesinde olduğunu ancak bu özgürlüğün, yayım hakkının kullanımının izin sistemine bağlanmasına engel olmadığını belirtmiş ve bu araçlar için bir ön-kontrol sistemini kabul etmiştir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti sadece Anayasanın 26. maddede yazılı özel sebeplerle sınırlanabilir. Burada kişinin ifade hürriyeti daha kutsal sayılan değerlere karşı sınırlandırılmıştır. Örneğin bir kişi, komşusunun özel hayatı ile ilgili hakaret niteliğindeki düşüncelerini benim düşündüklerimi açıklama hürriyetim var diyerek söyleyemez. Kişinin bu hususta düşüncesini ifade etmesi, ifade özgürlüğünden daha üstün tutulan başkalarının aile hayatına saygı niteliği taşımakta ve ifade özgürlüğü korumasından faydalandırılmamaktadır.

Madde, yasakoyucunun, haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler getirebileceğini belirtmiştir. Ancak bu düzenleyici hükümlere de bir sınır getirmiş diğer bir ifade ile bu özgürlüğün

kullanılması hususunda getirilecek düzenleyici hükümlerin yayma araçlarının kullanımını engellemeyecek nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca madde, bu hükmün, ifade özgürlüğünün sınırlanması sayılmayacağını da belirtmiştir.

Son olarak madde, Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin yasayla düzenleneceğini belirterek, bu hususta kişilere ek bir güvence sağlamıştır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 18. ve 19. maddeleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. ve 10. maddeleri, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. ve 19. maddeleri "Düşünce ve Kanaat Hürriyeti ve Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti"ni düzenlemiştir.

D. Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü Hakkı

a. Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı (Dernek Kurma Hürriyeti)

Kişilerin gerçekleştirmek istedikleri hayal ve düşünceleri, çoğu zaman kendi ömürlerinden daha uzun bir zaman dilimi gerektirir. Böylesi durumlarda, aynı hayal ve düşünceleri taşıyan bireyler bir araya gelerek, bu ideallerini gerçekleştirmek için tüzel kişilik kurarlar. Bu tüzel kişiliklerin en önemlisi dernektir.¹²⁶

Dernek kurma özgürlüğü toplu olarak kullanılabilen, kolektif özgürlüklerdendir. Sendika ve siyasal parti biçimindeki örgütlenmeler de bu niteliktedir. Hatta sendika ve partiler çok kez dernekleşme özgürlüğünün uzantılarıdır, ayrı yasalarla düzenlenmemişlerse dernekler hukukuna tabi olurlar. Bu tür örgütlenmeler birleşme (koalisyon) özgürlüğü adıyla da anılır. Dernek

¹²⁶ Yıldırım, a.g.e, s. 125.

hürriyetinin kolektif ve bireysel yanları vardır. Kolektif yan, bir tüzel kişilik olarak sahip olabileceği hak ve yükümlülükler demektir. Dernek özgürlüğünün bireysel yanı ise kişilerin dernek kurma, bunlara üye olma/olmama konusundaki hak ve özgürlüklerinden oluşur. Kişinin bu konudaki hak ve özgürlükleri dernek kurabilmek, derneğe üye olabilmek, burada çalışmak, üye olmamak ya da üyelikten ayrılabilme şeklinde belirir. Kişinin üyesi olduğu derneğe karşı da hak ve yükümlülükleri vardır.¹²⁷

Derneğin kuruluşu izne bağlı değildir, serbestlik sistemi geçerlidir. Kurulmuş sayılmak için ilgili makama yasanın istediği bilgi ve belgeleri sunmak gerekli ve yeterlidir.¹²⁸

Dernek kurma özgürlüğü, doğal olarak toplanma ve bir araya gelme özgürlüğünü de içermektedir. Bundan dolayı, Anayasamız, “toplantı hak ve hürriyetleri” başlığı altında, dernek kurma özgürlüğünü de düzenlemiştir.¹²⁹

Dernek kurma hürriyeti, 1982 Anayasası’nın 33. maddesinde düzenlenmiş ve herkese, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyeti, verilmiştir. Kişiler, önceden herhangi bir kurumdan izin almaksızın, sadece istenilen belgelerin yetkili makamlara teslim etmekle, dernek kurabilirler. Anayasamız dernek kurma hususunda bildirim sistemini kabul etmiştir. Aynı şekilde kişiler, kurulmuş bir derneğe üye olmak veya ayrılmakta serbest olup herhangi bir resmi makamdan izin almaları gerekmez. Bu kişi ile dernek arasındadır ve kişi üye olmak için veya üyelikten ayrılmak için üyesi olduğu derneğe başvurur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 20. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesi “Dernek Kurma Hürriyeti”ni düzenlemiştir.

b. Toplanma Özgürlüğü Hakkı

¹²⁷ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 173.

¹²⁸ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 173.

¹²⁹ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 125.

Kişiler, yaşadıkları sosyal düzende meydana gelmiş ya da gelecek olaylar hakkında görüşlerini paylaşma, fikir alışverişinde bulunma, çözüm bulma, birlikte hareket etme vs. amacıyla belli bir ortamda toplanabilir ya da olumlu ya da olumsuz etkilendikleri bu olayın icracılarına karşı tepkilerini göstermek ve kamuoyunun ilgisini o yöne çekmek amacıyla yürüyüş düzenleyebilir. Kişilerin sahip olduğu en demokratik haklardan biri olan bu hak toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkıdır. Bu haklar, özellikle sivil toplum örgütlerinin, kendi düşüncelerini kamuoyuna yansıtmakta kullandıkları en önemli araçlardır.

Bu hak ve özgürlüğün öznesi herkes'tir. Bundan yalnız gerçek kişiler değil tüzel kişiler de yararlanır. Dernek kurma hakkı gibi toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı da izne bağlı değildir; bildirimde bulunmak yeterlidir.¹³⁰

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı 1982 Anayasası'nın 34. maddesinde düzenlenmiş ve herkese, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı verilmiştir. Toplantı yapma hakkı herkese tanınmış olup kişiler, bu hususta izin almak zorunda değildirler. Sadece, yetkili makamlara bildirimde bulunmaları yeterlidir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü silahsız ve saldırısız olmalıdır. Aksi halde, amaç aşılmış olur ve bunun demokratik hak çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 20. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 21. maddesi "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı"nı düzenlemiştir.

¹³⁰ Tanör – Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 175.

E. Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı

Doğal olarak bu hakkın kullanımında somut görevin gerektirdiği kişisel koşullar ve idarenin boş kadro sunması önem taşır.¹³¹ Bütün yurttaşlar, dil, din, mezhep, renk, siyasi düşünce, cinsiyet ve benzeri ayırım gözetilmeksizin kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptirler. Kuşkusuz hizmete alınmada “görevin gerektirdiği nitelikler” gözetilecektir. “Görevin gerektirdiği niteliklerin gözetilmesi” yurttaşlar arasında ayrımcı ve eşitsiz bir uygulama sayılmaz.

Görevin gerektirdiği nitelikleri yasanın belirlemesi doğaldır. Yasanın, siyasal neden ve gerekçeleri değil, hizmetin gereklerini, iyi işlemesini, kamu yararını, kamu düzenini, ulusal güvenliğini, kamu sağlığını, toplum düzeninin gereklerini, uluslar arası andlaşmalardan doğan yükümlülüklerini gözeterek “görevin niteliklerini” belirlemesi gerekir. Aksi halde, bu hakkın özüne dokunmuş olur.¹³²

Kamu hizmetlerine girme hakkı 1982 Anayasası'nın 70. maddesinde düzenlenmiş ve bu maddeye göre Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmette alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 21. maddesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 25. maddesi “Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı”nı düzenlemiştir.

¹³¹ Rumpf Chr, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Ankara 1995, s. 145.

¹³² I. H Duman, **Anayasa Sözlüğü**, Kartal 1996, s. 337.

III. HAKLARIN SINIRLANMASI VE KÖTÜYE KULLANMA YASAĞI

1. Hakların Sınırlanması

İnsan hakları belgelerinde yer alan hakların bir bölümü sınırlandırılabilir iken, diğer bir bölümü böyle değildir. O halde “sınırlandırılan ve sınırlandırılmayan haklar” şeklinde bir sınıflandırma olanaklıdır.¹³³

Sınırlandırılabilir haklar, ancak ve ancak, “yasa” ile ve bir dizi “sınırlandırma ölçütüne” dayalı olarak sınırlandırılabilirler. Hiç bir sınırlandırma, hakları bütünüyle işlevsiz kılacak biçimde yapılamaz. Başka deyişle, sınırlandırmanın da duracağı ya da ötesine geçemeyeceği bir aşama vardır. Bu aşamayı ortaya koyan ölçütler, genel başlık olarak, “sınırlandırmanın sınırı” kategorisini oluştururlar. Sınırlandırmanın sınırının yaygın olarak bilinen iki ölçütü bulunmaktadır. Bunlar, sınırlandırmanın, hakkın “özüne dokunmaması” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması”dır.¹³⁴ Söz konusu sınırlandırma kriterleri olağan rejimlere ilişkindir; haklar olağanüstü rejimlerde daha ağır sınırlamalara konu olurlar. Bu sınırlamalar genellikle, hakların “kullanımının durdurulması” ya da “askıya alınması” şeklinde formüleleştirilirler.¹³⁵

Yukarıdaki açıklamalar kapsamında, hakların sınırlandırılması bahsi, bu çalışmada, Olağan-Olağanüstü Rejimlerde Hakların Sınırlandırılması, Başlıkları altında incelenecektir.

¹³³ Gemalmaz Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, s.1082. Gemalmaz 'a göre, insan hakları belgelerinde düzenlenen hakların tümünün sınırlandırılabilceği sanısı ciddi bir yanıltır. Hiçbir biçimde, zamanda ve yerde, olası bir sınırlamaya tabi tutulamayacak tür ve nitelikte haklar da bulunmaktadır. Gemalmaz, sınırlamaya tabi tutulamayacak haklara yaşam hakkı; işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı; kölelik ve kulluk yasağı, suç ve cezada yasallık ve geriye yürümezlik; sadece sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmemesinden ötürü hapis cezası verilmesi yasağı; hukuksal kişiliğin tanınması hakkı, çocuk hakları, gibi hakları örnek olarak vermektedir. Bkz. Gemalmaz, **a.g.e**, s. 1088.

¹³⁴ Gemalmaz, **a.g.e**, s.994.

¹³⁵ Gemalmaz, **a.g.e**, s.995.

A. Olağan Rejimlerde Hakların Sınırlandırılması

Uluslararası insan hakları belgelerinde, tüm hakları kuşatan ya da genel bir nitelik arz eden “genel sınırlama kuralına” yer verilmemiştir. Sınırlandırılabilen haklar, spesifik olarak o hakkı düzenleyen madde içinde, yukarıda açıklanan ölçüt, koşul ve tekniklere uygun şekilde sınırlandırılırlar. Dolayısıyla, sınırlandırılabilen hakları düzenleyen maddelerde, önce o hak tanınır, bazen tanımlanır; maddenin izleyen bentleri ya da fıkralarında ise sınırlamaya ilişkin hüküm yer alır.¹³⁶

Hakların sınırlandırılmasının ancak “sınırlama ölçütleri” kapsamında yapılabileceği yukarıda belirtilmişti. Sınırlama ölçütleri bir yanda, hakkın olası kullanımının başka kişilerin haklarına, toplusal değerlere, toplumsal yararlar, zarar vermesini önlemeye yönelmekte diğer yandan, getirdiği belirlilikle hakların keyfi şekilde sınırlandırılmasının önüne geçmektedirler.

Sınırlama ölçütlerine ilişkin olarak, başlıca insan hakları belgelerinden hareketle örnek vermek gerekirse: “Başkalarını hak ve özgürlüklerinin tanınması ve saygı gösterilme”, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması”, “başkalarının şöhretine saygı gösterilmesi”, “genel ahlak”, “kamu düzeni” “genel sağlık” ya da “kamu sağlığı”, “özel yaşamın korunması”, “çocukların çıkarlarının korunması”, “gençlerin çıkarlarının korunması”, “adaletin gereği”, “ülke bütünlüğünün korunması ya da 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 ölçütlerin hakların sınırlandırılmasında kullanıldığı söylenebilir.¹³⁷

¹³⁶ Gemalmaz, **a.g.e.**, s.1088.

¹³⁷ Gemalmaz, **a.g.e.**, s.1088; Avrupa Sözleşmesi de diğer uluslararası insan hakları belgelerine paralel düzenlemelere sahiptir. Sözleşmede, Sözleşmenin 2-14 üncü maddelerinde düzenlenen temel hakların -yaşam hakkı (m. 2), işkence ve diğer insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı (m. 3), kölelik, kulluk ya da zorla çalıştırma yasağı (m. 4), kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (m. 5), adil

Hakların sınırlandırılmasındaki ölçütlerin belirlenmiş olması, hakların salt bu ölçütlere göre sınırlandırılabilirliği anlamına gelmemektedir. Hakkın söz konusu ölçütler kapsamında, ancak belirli koşullar altında ve belirli düzenleyici işlemlerle sınırlandırılması gerekmektedir. Uluslararası belgelerde en sık karşılaşılan koşullar; “sadece (sınırlı sayıda sayılan ölçütler kapsamında)”, “gerekli olduğunca” gibi kayıtlardır. Düzenleyici işlemler bağlamında öngörülen belirleme ise, “yasayla belirlendiği gibi”, “yasaya öngörüldüğü gibi”, “yasa uyarınca” şeklindeki “yasallık” ya da “yasaya dayalılık”; bazı hallerde geçerli olan “mahkemenin görüşü uyarınca” yahut “uluslararası hukukun genel ilkeleri tarafından belirlenenler uyarınca” şeklinde ifade edilen standartlardır.¹³⁸

Söz konusu ölçütler, koşullar, teknikler ve sınırlandırmanın sınırlandırılması kriterleri ulusal hukuk düzenlerinde mevzuatta düzenlenmiş ve ulusal yetkili makamlar (özellikle yargı yerleri) tarafından yorumlanmak suretiyle

yargılanma hakkı (m. 6) suç ve cezada geriye yürümezlik (m. 7), özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesine hak (m. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı (m. 9), ifade özgürlüğü (m. 10), toplanma ve örgütlenme özgürlükleri (m. 11) evlenme ve aile kurma hakkı (m. 12), etkin ulusal hukuk/başvuru yollarına hak (m. 13), korunan hak ve özgürlüklerden yararlananlar arasında ayrımcılık yapma yasağına (m. 14) ilişkin olarak genel bir sınırlama hükmü yoktur. “Sınırlandırılabilir” kabul edilen haklarla ilgili olarak, Sözleşme, “haklara ilişkin” sınırlama ölçütleri getirmiştir. Bu ölçütler; “Kamu düzeni” (m. 6/1, 9/2); “kamu güvenliği” (m. 8/2, 9/2, 11/2); “ulusal güvenlik” (m. 6/1, 8/2, 10/2, 11/2); “ülke bütünlüğü” (m. 10/2); “sağlığın korunması” (m. 8/2, 9/2, 10/2, 11/2); “ahlakın korunması” ya da “ahlakın gereği” (m. 6/1, 8/2, 9/2, 10/2, 11/2); “özel yaşamın korunması” (m. 6/1); “çocukların/gençlerin menfaatleri/yararı” (m. 6/1); “adaletin yararı” (m. 6/1); “yargının yetke ve yansızlığının korunması” (m. 10/2); “ülkenin ekonomik refahının gereği” (m. 8/2); başkalarının haklarının korunması” (m. 10/2); “başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması” (m. 8/2, 9/2, 11/2); “başkalarının şöhretinin korunması” (m. 10/2); “suçun önlenmesi” (m. 8/2, 10/2, 11/2); düzensizliğin önlenmesi” (m. 8/2, 10/2, 11/2); “gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi”dir. (m. 10/2) Bkz. Gemalmaz Mehmet Semih, **İnsan Hakları Belgeleri**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2004, s.35-45.

¹³⁸ Gemalmaz, **a.g.e.**, s.1084; Avrupa Sözleşmesi, “sınırlamanın tekniği ve koşulları” bağlamında ise, “yasaya uygun olarak/yasayla öngörüldüğü gibi” (m. 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/2) ve “mahkemenin görüşü uyarınca, (m. 6/1) şeklinde ifade edilen ölçütlere yer vermiştir. Bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s.41-43; Müdahale ya da aykırılık için net bir yasal temel sunmaktadır. Bunun anlamı şudur: Bir birey, Sözleşme haklarına müdahaleye izin veren yasanın ne olduğunu bilebilmeli ya da öğrenebilmeli ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmelidir. Bu nedenle, ulusal yasalarda söz konusu müdahale için yasal bir temel olmalı ve bu yasaya erişim mümkün olmalı, yasa yetirince açık ve net olmalıdır. Bu şartın amacı, devlet tarafından keyfiyet riskini ortadan kaldırmaktır. Amuur v. France. Bkz. Özbey Özcan, **İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2004, s. 250; Yasayla Öngörülme terimi özellikle mevzuatın muğlak, yetersiz vb. olması durumunda içtihatları da içine alır. Opendoor and Dublin Well Woman v. Ireland. Bkz. Ergül Ergin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulanması**, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara 2004, s.245.

belli bir içeriğe kavuşturulmuş olsalar da uluslararası insan hakları organları açısından bağlayıcı nitelik taşımazlar.¹³⁹

Sınırlandırılabilir nitelikteki haklar, öngörülen ölçütler, koşullar ve teknikler ile çerçeveli bir kayıtlama durumunda bile, önü tamamen açık biçimde sınırlandırılmazlar. Başka deyişle bu sınırlamaların, nerede duracağını öngören, belirleyen standartlar da bulunmaktadır. Olası bir sınırlama, bu nihai çizgi ile belirlenir ve mutlak koruma altına alınan alana tecavüz edilemez.¹⁴⁰ İnsan hakları belgelerinde yer verilen sınırlandırmanın nihai sınırı ile ilgili; “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak”, demokratik toplum gereklerince”, “bir demokratik toplumda” şeklinde ifade edilen demokratik toplum düzeni ölçütü¹⁴¹ ile “hakların mahiyetine uyumlu olarak” ya da “hakların ve özgürlüklerin özüne saygı göstererek” yahut “makul olarak” (reasonableness) ya da “öngörülen amaç dışında kullanılmama” koşullarına bağlı olarak formüleleştirilen ölçütlere rastlanılmaktadır.¹⁴²

Türkiye'nin 1982 Anayasasının 13. Maddesinde olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması düzenlemiştir.

¹³⁹ “Ulusal takdir alanı Avrupa denetimi ile bir arada yürümektedir. Bu denetim hem şikayet edilen önlemin “amacıyla” hem de bunun “gerekliliği” ile ilgilidir; denetim sadece temel mevzuatı değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa da, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararını da kapsar.” Handyside v. United Kingdom. Bkz. Ergül, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁴⁰ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1085.

¹⁴¹ “Demokratik toplumda gereklilik, Mahkeme tarafından yapılan ve bir yanda bireyin hakları ile diğer yandan devletin ya da toplumun çıkarlarının söz konusu olduğu değerlendirmelerde bir denge sağlanmasını gerektirmektedir. Bu değerlendirmeyi yapabilmek için, Mahkeme, hükümetlerden, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispatlayarak, tutumun haklılığını göstermesini ister. Burada “gerekli” vazgeçilmez anlamında değildir. “Makul” ya da “arzu edilen” anlamında değildir; (Sunday times/İngiltere, 26/111991,13166/87) bunun anlamı ivedi bir sosyal ihtiyaçtır. Söz konusu ihtiyaç, hoşgörüyü ve açık fikirliliğe dayanan demokratik bir toplumun gereklerine uygun olmalıdır. (Handyside/İngiltere, 07.12.1976.5493.72) Bkz. Özbey, **a.g.e.**, s. 251. Demokratik toplumda gerekli nitelmesi; Sözleşmeye uygun olarak, müdahalenin mutlaka, diğerlerinin yanı sıra, sosyal bir ihtiyaç baskısına karşılık gelmesi ve izlenen meşru amaç ile orantılı olması anlamındadır. Silver and others v. United Kingdom para. 97. Bkz. Ergül, **a.g.e.**, s. 245.

¹⁴² Avrupa Sözleşmesinde sınırlamanın sınırı ölçütü olarak da, “demokratik toplum gereklerine uygunluk” kıstas alınmıştır, (m. 6/1, 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/3) Bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s.40-43; Sözleşme organlarının kararlarında, “hakların özüne dokunmama” ölçütünün de kullanıldığı saptanabilmektedir. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.694.

Maddenin metni şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Görüldüğü gibi 13’üncü madde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını altı şarta bağlamıştır.

- a- Sınırlama, Temel Hak Ve Özgürlüklerin Özlerine Dokunulmasızın Yapılmalıdır.
- b- Sınırlama Anayasanın İlgili Maddelerinde Belirtilen Sebeplere Dayanmalıdır.
- c- Sınırlama Kanunla Olmalıdır.
- d- Sınırlama Anayasanın Sözüne Ve Ruhuna Aykırı Olmamalıdır.
- e- Sınırlama Demokratik Toplum Düzeninin Ve Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmamalı.
- f- Sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Son olarak belirtilmelidir ki uluslararası insan hakları belgeleri, haklar ve özgürlükler üzerindeki sınırlamaları, ölçütlere, koşullara ve tekniklere bağladığı gibi, “amaç ögesi” açısından da çerçeve çizerek,¹⁴³ olası sapmalara karşı güvenceleri pekiştirmeyi hedefleyen hükümlere yer vermektedir. Amaca bağlılık kuralına Avrupa Sözleşmesinin 18 inci maddesi “Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamalar öngöründükleri amaç dışında kullanılamazlar.” hükmü örnek verilebilir.¹⁴⁴ Bu hüküm, açıkça görüldüğü üzere,

¹⁴³ Ancak, Sözleşme haklarına müdahaleyi haklı çıkarma işlemi, müdahalenin Sözleşmenin kendisine gönderme yapılarak haklılığı kanıtlanan bir yasal zemine oturduğunu ortaya koymakla bitmemektedir. Öncelikle, müdahale için iyi bir sebep ve ivedi bir toplumsal ihtiyaç olmalı, buna ek olarak, yapılan müdahale, belirtilen neden ve amaçlarla orantılı olmalıdır. ... Esas itibarıyla Mahkemenin yapması gereken, meşru bir kamu politikasını desteklemeyi amaçlayan ve müdahale niteliğinde olan bir tedbirin uygulamada kabul edilemez derecede geniş kapsamlı olup olmadığını ya da belli bireyler üzerine aşırı ya da makul olmayan yükler getirip getirmediğini belirlemektir. Sporrong and Lönnrot v. Sweden, 29/03/1982, A 52, Para. 69-73; Wiesinger v. Austria, 30/10/1991, A 213, para. 73. Bkz. Özbey, **a.g.e.**, s.251, 252.

¹⁴⁴ Bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, s.45.

bir amaç saptırma yasağını düzenlemekte ve hakları sınırlayabilecek erki “iyi niyetle” tasarrufta bulunma yükümlülüğü altına sokmakta ve olası sınırlamanın içeriği belirlenmiş olmaktadır.

B. Olağanüstü Rejimlerde Hakların Sınırlandırılması

Olağanüstü rejimler uluslararası insan hakları hukukunda bir kurum olarak kabul edilmiştir. Başka deyişle, bu belgeler de, olağan-olağanüstü rejim ikiliğini kurumsallaştırmıştır.¹⁴⁵ Olağanüstü rejimlerin kurum olarak kabulü, zorunlu olarak bu rejimler altında bazı hakların sınırlandırılabilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu çerçevede yapılabilecek sınıflama, olağanüstü rejim önlemlerine konu olan haklar ve olmayan haklar şeklindedir.

a. Olağanüstü Rejimin Önlemlerine Konu Olan Haklar

Gerçekten de, istisnai yönetim usullerinin yürürlüğe konulmasıyla, olağan rejimden farklı olarak, haklar üzerinde geçici ve istisnai nitelikte belirli sınırlandırmalar işlerlik kazanmaya başlar. Bu sınırlandırmalar, olağan rejimdeki sınırlamalardan daha ağır niteliktedir. Zira olağan rejimlerdeki sınırlamalar bir hakkın kullanım alanını daraltırken, olağanüstü rejimlerdeki kayıtlamalar haklardan yararlanmayı ya da onların kullanılmasını durdurur yahut askıya alır.¹⁴⁶

Olağanüstü rejimlerde hakların sınırlandırılmasına geçmeden önce, olağanüstü rejim önlemlerinin temel unsurlarına değinmek yararlı olacaktır, bunlar; önlemlerin geçici nitelikte olması, önlemlerin istisnai nitelikte olması,

¹⁴⁵ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s.1089.

¹⁴⁶ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, s.1089_1090.

önlemlerin belirli bir uygulama alanı ile sınırlı olarak uygulanması, önlemlerin son çare olarak uygulanması, istisnai önlemlerden öncelikle hafif nitelikte olanın uygulanması, önlemlerinin “ayrımcı” nitelikte olmamasıdır.

Bu kapsamda, olağanüstü rejimlerinin en başta geçici bir süre için öngörülmesi ve uygulanması gerekir. Olağanüstü rejimin uygulanmasını gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasıyla birlikte, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak, amaca bağlılık kuralı çerçevesinde, olağan rejime dönülmelidir. Olağanüstü rejimin ve dolayısıyla buna uygun önlemlerin uygulanmasına ancak normal olmayan oluşumların, sorunların ortaya çıkmış olması ya da çıkması tehlikesinin pek bariz, pek yakın bulunması ve bu sorunların olağan rejim önlemleriyle bertaraf edilmesinin mümkün olmaması halinde geçilmelidir.¹⁴⁷

Olağanüstü rejimlerde, hakların sınırlandırılması, hakların kullanılmasının durdurulması veya askıya alınması gibi çok ağır sonuçlar doğurabildiğinden, istisnai şartlar oluşmuş ve geçici uygulama koşuluna saygı gösterilmiş olsa dahi, uygulama alanlarının, uygulamayı zorunlu kılan koşulların mevcut olduğu alanlarla sınırlandırılması elzemdir; aynı şekilde, eğer daha hafif nitelikli başka bir olağanüstü önlemlerle sorun ortadan kaldırılabiliyorsa, görece daha hafif nitelikte olan istisnai yönetim usulüne başvurmak gerekir. İstisnai rejimde başvurulacak olağanüstü rejim önlemlerinin “ayrımcı” nitelikte olmaması eşitler üzerinde eşit şekilde uygulanması diğer bir gerekliliktir.¹⁴⁸

¹⁴⁷ İnsan hakları sözleşmeleri organlarının, bir devletin sapma rejimine geçme tasarrufunu haklı kılan şartların bulunup bulunmadığını da, (bu şartların geçerliliğini de) ve ayrıca, bu haklı görülse bile, alınan önlemlerin “uygun olup olmadığını” da (ölçülülük ve amaç-araç dengesi kriterleri) denetlediğini vurgulayalım. Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1090; “... böyle bir durumda, Strasbourg Mahkemesi doğru prosedürlerin izlenip izlenmediğine, bir ulusun hayatını tehdit eden bir olağanüstü hal olup olmadığına ve söz konusu olağanüstü hale cevaben alınan ve Sözleşmeden uzaklaşan tedbirlerin durumların nispi olup olmadığına bakacaktır.” Özbey, **a.g.e.**, s.248.

¹⁴⁸ Avrupa Sözleşmesi, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş, diğer görüş, ulusal köken, sosyal köken mülkiyet doğum, diğer statüler bağlamında ayrımcılığı, 14 üncü maddesi ile yasaklamıştır. Bununla birlikte Avrupa Sözleşmesi, olağanüstü rejim uygulamaları açısından, ayrımcılık yasağını istisna tutmamıştır. Oysa MSHUS, 2/1 ve 26 ncı maddeleri ile güvence altına aldığı, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş, diğer görüş, ulusal köken, sosyal köken mülkiyet doğum, diğer statüler bağlamındaki

b. Olağanüstü Rejimin Önlemlerine Konu Olamayan Haklar

Olağanüstü rejimde haklar üzerindeki kayıtlamalar daha ağırlaşmasına karşın, istisnai yönetim usullerine geçmeye yol açan nedenler ne denli vahim olursa olsun, bu kayıtlamalar hakların tümü üzerinde etki doğurmaz. Başka deyişle, olağanüstü rejim önlemlerine konu olamayacak haklar vardır. Bu haklara, yaygın adlandırma ile, hakların “sert çekirdeği” ya da “dokunulmaz haklar” denilmektedir.¹⁴⁹ Bu tür haklara örnek olarak, yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik-kulluk yasağı, suç ve cezada geriye yürümezlik kuralı, hukuk kişiliğinin tanınması hakkı, sözleşmesel yükümlülüğün yerine getirilmemesinden ötürü hapis cezası verilmesi yasağı, vb. gibi haklar sayılabilir.¹⁵⁰

Türkiye'nin 1982 Anayasasında ise, olağanüstü hal durumlarında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini 15 inci maddesinde “**Temel hak ve hürriyetlerin durdurulması**” başlığında düzenlemiştir. Maddenin metni şöyledir.

“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydı ile, durumun

ayrımcılık yasağını olağanüstü rejim önlemlerine karşı da ırk, renk, cinsiyet, dil, din ve sosyal köken açısından korumuştur. Avrupa Sözleşmesi 14 ve 15 inci maddeler için bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, C.1, s.43, 44; MSHUS 2/1, 26 ve 4 üncü maddeleri için bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, C.IV, s.59, 60, 62, 63, 87, 88.

¹⁴⁹ Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s.1092.

¹⁵⁰ Avrupa Sözleşmesinin Olağanüstü durumlarda sapma başlıklı 15/2 nci maddesi, yaşam hakkı (m.2), işkence yasağı (m. 3) kölelik, kulluk yasağı (m. 4), suç ve cezada geriye yürümezlik (m. 7) olmak üzere 4 hakkı; MSHUS'nin 4/2 nci maddesi daha geniş bir liste altında, yaşam hakkı (m. 6), işkence yasağı (m. 7) kölelik, kulluk yasağı (m. 8), suç ve cezada geriye yürümezlik (m. 15), hukuk/yasa önünde kişi olarak tanınma hakkı (m.16), düşünce vicdan ve din özgürlüğü (m. 18), Sözleşmesel yükümlülükleri yerine getirmemekten ötürü hapis cezası verilemeyeceği (m. 11) olmak üzere 7 hakkı ve Amerikan Sözleşmesinin 27/2 nci maddesi ile yaşam hakkı (m. 4), işkence yasağı (m. 5) kölelik, kulluk yasağı (m. 6), suç ve cezada geriye yürümezlik (m. 9), hukuk/yasa önünde kişi olarak tanınma hakkı (m. 3), vicdan ve din özgürlüğü (m. 12), aile hakkı (m. 17), isim hakkı (m. 18), çocuk hakları (m. 19), vatandaşlık hakkı (m. 20), yönetime katılma hakkı (m. 23), olmak üzere 11 hakkı, dokunulmaz haklar olarak düzenlemiştir. Ancak, Amerikan Sözleşmesinin 27/2 nci maddesinin, maddede sayılan hakların korunması için zorunlu bulunan yargısal güvenceleri de dokunulmaz haklar arasında saymış olduğu önemle vurgulanmalıdır. Atıfta bulunan Sözleşmeler hükümleri için sırasıyla Bkz. Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, C.1, s. 43, 44; C.IV, s. 62, 63; C.III, s. 37, 38.

gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Görüldüğü gibi, anayasamızın 15’nci maddesine göre, dört şart dahilinde, olağanüstü durumlarda, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir. Durdurma, belli bir hakkın, belli bir süre için kullanılmasının mümkün olmamasını ifade eder. Diğer bir ifadeyle, durdurma, temel hak ve hürriyetin kullanılmasının geçici olarak ertelenmesi anlamına gelir. Durdurma geçicidir. Olağanüstü hal rejiminin süresi bitince durdurmada kendiliğinden ortadan kalkar.

1982 anayasasının 15’nci maddesine bakıldığında temel hak ve hürriyetlerin durdurulmasının şartları (4 Şart) olduğu görülür.

Bu şartlar 15’nci maddenin çok katı ve özgürlükçü bir demokratik anlayışla bağdaşamaz gözükten durumuna, iyi niyetli uygulamalarda rahatlatılabilir sayılabilecek bazı güvenceler getiren önemli istisnalar ve sınırlamalardır.

- 1- Savaş, Seferberlik, Sıkıyönetim Veya Olağanüstü Hallerden Biri Mevcut Olmalıdır.
- 2- Temel Hak Ve Hürriyetlerin (Özgürlüklerin) Durdurulması Sırasında Milletler Arası Hukuktan (Anlaşmalardan) Doğan Yükümlölükler İhlal Edilmemelidir.
- 3- Ölçölölük İlkesine Uyulmalıdır.
- 4- Çekirdek Alana Dokunma Yasağı.

2. Hakların Kötüye Kullanma Yasağı

Hukuk hakkın kötüye kullanılmasını himaye etmez. Kimse kendisine tanınan hakkı, bir başka amaçla kullanamaz. Temel hak ve hürriyetler alanında da aynı şeyi söylemek mümkündür. Örneğin T.C. Anayasasının 26. maddesinde kişisel düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti tanınmıştır. İnsanlar, bu hürriyetlerinden, onu, kötüye kullanmadan yararlanmalıdırlar. Örneğin bir gazeteci (A), (B)'nin hırsız olduğunu gazetede yazdıktan sonra, benim düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetim var; ben (B) konusundaki düşüncemi açıkladım diye kendini savunamaz.¹⁵¹ Anayasada, kişiye tanınan bir hakkın kullanılması, kişiye, başkalarının hakkına tecavüz etme hakkı vermez. Temel hak ve hürriyetler, genel olarak, herkese tanınmış olup; kişiler bu hakları kullanırken, hakkın veriliş amacına uygun davranmalı ve verilen hakkı kötüye kullanmamalıdır.

Yasalarda veya uluslararası sözleşmelerde yer alan haklardan yararlanmanın bir kısım sınırları hakkı düzenleyen belgelerde gösterilmiştir.

Yasalar veya uluslararası sözleşmeler hazırlanırken, bireylere veya devletlere tanınan hak ve yetkilerin (özgürlüklerin) olası bütün sınırlarını dikkate almak ve ilgili metinlerde belirtmek, (gösterilecek özenin derecesi ne olursa olsun) mümkün değildir. Bu nedenle, uygulamada, hak ve özgürlüklerden yararlanmaya ilişkin olarak genel bir sınırlama söz konusu olacaktır, o da "hakkın kötüye kullanılması yasağı" dır.

Her hak ve özgürlük belli bir amaca yönelik olarak tanınır. Hak ve özgürlüklerden, tanınma amacının dışında, "tanınma amacıyla bağdaşmayacak" bir şekilde yararlanılması halinde "hak kötüye kullanılmış" olur. Hakkın kötüye kullanılması durumunda ise, hukuki açıdan, bir haktan yararlanma değil, haksız (hukuka aykırı) bir fiilden söz edilecektir.

¹⁵¹ Gözler, a.g.e, s. 98–99.

Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını tayinde ve özellikle buna göre alınacak önlemlerde, uygulanacak yaptırımlarda hiç kuşkusuz, toplumların içinde bulunduğu koşullar da belirleyici bir rol oynayacaktır. Örneğin, ikinci Dünya Savaşına kadar olan dönemde, demokratik hak ve özgürlüklerden yararlanarak iktidara seçimle gelmeyi, fakat daha sonra diktaya yönelmeyi amaçlayan siyasal partilerin, örgütlerin kurulmasına, faaliyette bulunmasına "demokrasinin gereği olarak" izin verilip verilemeyeceği öğretilerde tartışılmıştır.

İkinci Dünya Savaşının ve öncesinin (Avrupa'nın ortasında yaşanan) utanç verici olayları ve bu olayların temelinde bulunan siyasal gelişmeler ve yapılanmalar, savaş sonrası insan haklarına yönelik düzenlemelerde, insan hak ve özgürlüklerinin belirlenip, korunması kadar, bu hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının önlenmesine, hak ve özgürlüklerden yararlanarak hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına imkân verilmemesine özen gösterilmesi zorunluluğunu da ortaya çıkarmıştır.¹⁵²

İnsan hakları belgelerinde¹⁵³ düzenlenen kötüye kullanma yasağı, ilgili sözleşme ile getirilen hak ve özgürlüklerin kişi grup ve devletler tarafından tahrip edilemeyeceğini esas alır. Ancak "kötüye kullanma" yasağının temel amacı ve varlık sebebi, bireylerden çok, Sözleşmeye taraf devletlerce erkin olası kötüye ve kötü niyetle kullanımına set vurulması, belgeye taraf olup da

¹⁵² Reisoğlu Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 131.

¹⁵³ Aynı yönde, MSHUS'nin 5/1-2 maddesi "Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba yahut kişiye bu Sözleşmede tanınan hakların ve özgürlüklerin herhangi birinin tahrip edilmesini yahut bu Sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırmasını amaçlayan her hangi bir faaliyete girişme ya da harekette/tasarrufta bulunma hakkını verdiği şeklinde yorumlanamaz. Bu Sözleşmeye taraf herhangi bir Devlette mevzuat/yasalar, sözleşmeler, alt düzenlemeler yahut teamüller uyarınca tanınmış yahut varolan temel insan haklarından herhangi birine, bu Sözleşmenin bu tür hakları tanımadığı yahut daha sınırlı ölçüde tanıdığı gerekçesi ileri sürülerek hiçbir kayıtlama getirilemez ya da bu haklardan sapılamaz/sapma teşkil eden önlemler alınamaz ve BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin 30 uncu maddesi "Bu bildirinin hiçbir hükmü, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu bildiride düzenlenen herhangi bir hakkı ve özgürlüğü tahrip etmeyi amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma ya da herhangi bir eylemi yapma hakkını verir biçimde yorumlanamaz" hükmünü düzenlemiştir. Bkz sırasıyla Gemalmaz, **İnsan Hakları Belgeleri**, C.1, s. 44; Gemalmaz, **a.g.e.**, C.IV, s. 63, 64, 23.

üstlenimleri yerine getirmekten olası kaçınmalarının önlenmesidir.¹⁵⁴

Türkiye'nin 1982 Anayasasının 14. maddesinde “Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması”nı düzenlemiştir. 14. maddeye göre kişiler, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirini Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlanan faaliyetler biçiminde kullanamaz yine Anayasamız. Anayasada yer alan hükümlerinden hiçbirinin, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamayacağını düzenlemiştir.

Ceza yasalarının esas amacı da kişilere tanınan bu hakların, devlete, kişinin kendisine ve diğer kişilere karşı korumak ve bu hakların ihlâli halinde bu kişileri cezalandırmaktır. Bir metinde yer alan kuralların ihlalinin müeyyideye bağlanmaması, bu hakların uygulanabilirliğini tehlikeye düşürür. Kişi, cezai müeyyide ile korkutulmakta ve başkalarının temel hak ve hürriyetlerine saygı göstermek zorunda bırakılmaktadır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948'de kabul edilen "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi"nin 30. maddesinde "Bu bildirinin hiçbir hükmü, bir devlete, topluluk veya kişiye, bildiride yer alan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan bir girişimde veya eylemde bulunma hakkını verir bir şekilde yorumlanamaz" ifadesine yer verilmiştir. Birleşmiş Milletlerce daha sonra 1966'da kabul edilen "Medeni ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi"nin ve "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslar arası Sözleşmesi"nin 5. maddelerinde de aynı hüküm tekrar edilmiştir.

¹⁵⁴ Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Teorisine Giriş*, s. 1099.

1949 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hazırlanırken, insan hak ve özgürlüklerinden yararlanarak, totaliter rejimlerin kurulmasına ve sonuç olarak insan haklarının ortadan kaldırılmasına olanak tanınmaması savunulmuş, demokratik rejimlerin de, kendisini, özgürlük düşmanlarına karşı savunma hakkına sahip bulunduğu, bunun, hukuki deyiimiyle bir "meşru savunma" olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşlerin ışığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "hakkın kötüye kullanılması yasağı" başlığını taşıyan 17. maddesinde de, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin yukarda değindiğimiz 30. maddesine benzer bir hükme yer verilmiş, hak ve özgürlüklerden, bunları yok etmeye yönelik bir şekilde yararlanılamayacağı açıkça belirtilmiştir. AİHS'nin 17. maddesine göre:

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya sözleşmede öngörülenden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasını amaçlayan bir etkinlikte veya eylemde bulunma hakkını verir bir şekilde yorumlanamaz".

İkinci Dünya Savaşından sonra yürürlüğe giren çeşitli Anayasalarda da, örneğin, 1949 tarihli Alman Anayasasında (m.9/2; 18; 21/2), 1958 tarihli Fransız (m.4) ve 1947 tarihli İtalyan (m.18) Anayasalarında temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasına, bu haklardan ancak yasal sınırlar içinde yararlanılabileceğine ilişkin hükümler yer almıştır.¹⁵⁵

IV. TEMEL HAKLARIN ULUSLARARASI HUKUKİ METİNLERDEKİ YERİ

Akıl ve irade sahibi olan insanoğlu tarihsel süreç içerisinde doğal olarak sahip olduğu hakları güvence altına almak için çeşitli faaliyetlerde bulunmuştur. Bunların başında haklarını belge ve sözleşmelerle güvence altına alma gayreti

¹⁵⁵ Reisoğlu, a.g.e, s. 132.

göze çarpmaktadır. Temel hakların güvence altına alınması çabası geçmişten günümüze büyük bir gelişim çizgisi takip etmiştir.

Tarih boyunca insan hakları ile ilgili savaşlar verilmiş; bir yandan da kazanılan haklar, siyasal ve hukuksal belgelerle güvence altına alınmıştır. Bu belgeler geçmişten günümüze değin insan haklarının gelişimine paralel olarak içerik değiştirerek, zamanın ihtiyaçlarına cevap verecek duruma gelmiştir.¹⁵⁶

Bugün geçerli olan ve uygulanan insan hakları kavramı tanımını Batı kaynaklı düşüncelerden alır. Günümüzdeki içeriğini ve anlamını Batıda kazanan insan hakları kavramının bire bir karşılığını Batı dışındaki düşüncelerde bulmak güçtür. Ancak bu durum Batı dışındaki düşüncelerde insan hakları olmadığı anlamına gelmez.

Şöyle ki, Kutsal kitaplarda insanın maddi ve manevi kişiliğine müdahale anlamına gelebilecek her türlü insanlık dışı eylem yasaklanmıştır. Kutsal kitapların hemen hepsinde temel hak ve hürriyetlere yönelik atıflar vardır. Emir ve yasaklar şeklindeki bu atıflarda temel amaç insanı korumak ve mutlu bir şekilde yaşamasını sağlamaktır.

İlahi öğretiler bir yandan toplumsal sınıfları ortadan kaldırmaya, zengin – fakir arasındaki farkı en aza indirmeye çalışıp, sermayenin egemenliğini önlemeye yönelik yaptırımları içerirken, öte yandan temel hakları ortadan kaldırmaya yönelik eylemleri yasaklıyor ve bunların ihlâl edilmesini önleyen yaptırımlar koyuyordu.¹⁵⁷

Temel hak ve hürriyetlere getirilen güvence ve devlet gücünün sınırlanması bakımından Hz. Muhammed döneminde ortaya çıkan iki belge dikkat çekicidir. Bunlardan birincisi Medine Vesikası'dır. Bu belge ile Hristiyan, Yahudi ve Müslümanlara inanç ve ibadet özgürlüğü tanınarak, kendi yasalarına göre

¹⁵⁶ Çeçen, a.g.e, s.194.

¹⁵⁷ Yıldız Mustafa, **Alternatif İnsan Hakları**, Anka Yayıncılık, İstanbul 2002, s.70.

yargılanma hakkı verilmiştir.¹⁵⁸ 7. Yüzyılda Avrupa ve dünyanın başka coğrafyalarına bakılacak olursa, Medine vesikasının çağına göre çok ileri bir belge olduğu fark edilecektir. İkinci belge ise Veda Hutbesi'dir. Bu hutbe tüm insanlığa yöneliktir. Birlik, kardeşlik ve insan özgürlüğünü, insanlar arasındaki üstünlüğün takvada olduğunu belirtir. Irkın, rengin veya cinsiyetin bir insanı daha üstün ya da aşağı saymak için temel alınmasına şiddetle karşı çıkar. Yaşama hakkı, sosyal güvenlik ve mülkiyet hakkı da vurgulanır. Yasa önünde kadın ve erkeğin eşitliği, erkeklerin kadınlar üzerindeki hakları ve kadınların erkekler üzerindeki hakları açıkça belirtilir.¹⁵⁹ İnsanlar arasında eşitlik sağlamayı, hak ve özgürlükleri korumayı hayata geçiren Hz. Muhammed, bu düşüncelerini Veda Hutbesinde evrensel kriterler haline getirmiştir.¹⁶⁰

1. Birleşmiş Milletler Antlaşması

1914 – 1918 yılları arasında yaşanan ve milyonlarca insanın ölümü ile sonuçlanan I. Dünya Savaşı, insanlık tarihinin yaşadığı en korkunç olaylardan biriydi. Sanayileşme ile başlayan hammadde ve pazaryeri arayışı Emperyalist ülkelerin silahlanmaları ve dünyayı kana bulamaları sonucunu doğurmuştur.

İnsanlığın bir daha aynı acıları yaşamaması için 1920'de "Uluslar Topluluğu" kuruldu ise de 1939 yılında, birincisinden daha şiddetli ve kanlı bir savaşa engel olunamadı. 1944 yılına gelindiğinde ABD'nin öncülüğünde; uluslararası ekonomik, toplumsal ve insancıl sorunları çözmek, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı duyulmasını sağlamak görevini üstlenecek bir

¹⁵⁸ Arı M. Salih, "İslam Siyaset Geleneğinde Tolerans", **Bilge Adam Dergisi**, 8. Sayı, Van 2004, s.21.

¹⁵⁹ Khwaja Gulam Sadık, "Bugünkü İslam'da İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri**, Ankara 1980, s.120.

¹⁶⁰ Ebubekir Çakar, "Veda Hutbesi ve Değişen Referanslarımız", **Bilge Adam Dergisi**, 8. Sayı, Van 2004, s.36.

örgütün yani Birleşmiş Milletlerin kurulması öngörülmüştür.¹⁶¹

24 Ekim 1945'te kurulan Birleşmiş Milletlerin amacı; savaşlardan gelecek nesilleri korumak, kişilerin onur ve değerini korumak, temel insan haklarını korumak olarak belirtilebilir. Bu antlaşma ile insan haklarının önemi vurgulanmış, ancak insan haklarını güvenceye alabilecek, koruyup geliştirebilecek bir mekanizmanın oluşumu metinde yer almamıştır.¹⁶²

BM üyesi devletler “uluslar arasında barışçı ve dostça ilişkiler yaratmak amacıyla, BM yasasının 55. maddesinde sayılan ve insan hakları ve temel özgürlüklere evrensel ve fiili saygıyı içeren koşulları yaratmak üzere” hareket etmeyi taahhüt ederler. BM içerisinde faaliyet gösteren İnsan Hakları Konseyi insan hakları ile ilgili işlerin idaresinden ve takibinden sorumludur.¹⁶³ Bu konsey 10 Aralık 1948'de “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”ni yayınlamıştır.

BM'yi oluşturan devletler içerisinde Güvenlik Konseyinin 5 daimi üyesi olan ABD, Çin, Fransa, İngiltere ve Rusya dünya üzerinde temel hak ve hürriyetlerin korunması rolünü üstlenseler de, tarihlerindeki tartışmalı uygulama ve olayları açıklamaları çok da kolay olmayacaktır. Amerika'nın Irak ve Afganistan hukuksuzluğu, Çin'in Tiananmen katliamı, Rusya'nın Grozni yıkımı, İngiltere ve Fransa'nın sömürgelerdeki katliamları insanlığın hafızasında canlılığını koruyan ve “tarih oldu” denemeyecek kadar yakın zamanda gerçekleşmiş olaylardır. Temel haklar karşısında devlet gücünün sınırlanması ilkesi bu ülkeler açısından kendi vatandaşları söz konusu olduğunda geçerli, öteki insanlar söz konusu olduğunda geçersizdir. Bu ve benzeri durumların insan hak ve özgürlüklerinin evrensel düzeyde korunması düşüncesine gölge düşürecek mahiyette olduğu söylenebilir.

¹⁶¹ Demir Cafer, **Ulusal Üstü Belgelerde İnsan Hakları**, Emre Ofset, Elazığ 2001, s.46.

¹⁶² Demir, **a.g.e.**, s.46; Akal C. Baki, **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi**, Atra Matbaacılık, İstanbul 2003, s.53.

¹⁶³ Jean Luc Mathieu, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Çev: Galip Üstün, İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s.21.

2. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Bu bildirge 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul ve ilan edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin önsözü ve otuz maddeden oluşan metni incelendiği zaman, bunun, çağdaş demokratik anayasalarda yer alan insan haklarını ve temel özgürlükleri geniş bir biçimde kapsadığı ve – gene çağdaş görüşe uygun olarak – klasik özgürlüklerle “yeni” (sosyal ve ekonomik) hakların bir sentezini gerçekleştirmeye çalıştığı görülür.¹⁶⁴

Bildiri, önce insanın kişiliğine bağlı haklarını ve siyasal özgürlüklerini açıklamaktadır (m. 1-22). Bunların büyük bir bölümü, on sekizinci yüzyıldan bu yana tekrar edilegelen “klasik” haklardır. Bu arada, başta yaşama hakkı olmak üzere, kişi güvenliği, işkence yasağı, kölelik yasağı, keyfe bağlı tutuklamanın önlenmesi, kanun önünde eşitlik, özel hayatın korunması, konut dokunulmazlığı, din, vicdan, düşünce ve inanç özgürlükleri, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, herkesin doğrudan doğruya veya serbestçe seçilmiş temsilcileri aracılığıyla ülkesinin yönetimine katılma hakkı, genel ve eşit oy ilkesi gibi temel hak ve ilkelerin yer aldığını görüyoruz. Bunların dışında, önemli bir yenilik olarak, genellikle ulusal bildirilerde ve anayasalarda yer almayan bazı haklar da uluslararası açıdan ele alınarak formüllendirilmiştir. Örneğin, Bildiride sayılan hak ve özgürlüklerden, bağımsız olsun veya olmasın, uluslararası siyasi ve hukuki statüsüne bakılmaksızın bütün ülkelerde yaşayan insanların yararlanabilecekleri, herkesin herhangi bir devletin ülkesi içinde serbestçe dolaşım ve yerleşme hakkına sahip bulunduğu, herkesin zulüm karşısında başka ülkelere sığınmak ve bu ülkelerce “mülteci muamelesi” görmek hakkına sahip olduğu yolundaki hükümler bu arada sayılabilir.¹⁶⁵

Evrensel Bildiri, kişinin klasik hak ve özgürlüklerini sıraladıktan sonra, onu

¹⁶⁴ Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, s.23.

¹⁶⁵ Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, s.23-24.

toplumsal çevre içinde ele alarak ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını açıklıyor. Bu bölümde (m. 22 – 28) sosyal güvenlik hakkı, çalışma ve işsizlikten korunma hakkı, sendika özgürlüğü, ücretli tatil, dinlenme hakkı gibi “yeni” hakların yer aldığı görülür. Böylece Evrensel Bildiri, insanın özgür ve bağımsız oluşunun, sadece klasik özgürlüklerin tanınması ile gerçekleşemeyeceği, bunun tam olarak sağlanabilmesi için, kişinin ekonomik ve sosyal baskılardan kurtarılmasının gerekli olduğu yolundaki çağdaş görüşü benimsenmiştir.¹⁶⁶

Bildirinin son iki maddesinde (29 – 30) hakların kullanılması ve düzenlenmesi ile ilgili hükümler yer alıyor. Burada, önce kişilerin de topluma karşı ödevleri bulunduğu belirtildikten sonra, herkese tanınmış olan hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle ve ne ölçüde sınırlanabileceği gösterilmiştir. Ayrıca, bunların Birleşmiş Milletler amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılmayacağına da işaret edilmiştir. Son madde ise önemli bir genel ilke getiriyor: Buna göre, Bildirinin hiçbir hükmü, açıklanan hak ve özgürlüklerin bir devlet, zümre ya da kişi tarafından yok edilmesine yönelik herhangi bir eylem ve davranışa girişmeye hak kazandırır biçiminde yorumlanamaz. Başka bir deyişle, “özgürlüğü yok etme özgürlüğü” devlet de dahil, hiçbir grup ya da kişi için söz konusu olamayacaktır.¹⁶⁷

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde birinci amaç, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı gerçekleştirmek; ikinci amaç ise insan haklarını ve temel özgürlüklerin evrensel ve eylemsel olarak tanınmasını ve uygulanmasını sağlamaktır.

¹⁶⁶ Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, s.24.

¹⁶⁷ Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, s.24-25.

3. Medeni ve Siyasi Haklar Bildirgesi

1966'da kabul edilen bu sözleşme İnsan Hakları evrensel Bildirgesinin büyük bölümünü oluşturan yurttaşlık haklarını ve siyasi hakları çok daha açık ve belirgin biçimde işlemektedir. Yaşama hakkı ve ölüm cezasının sınırlandırılması, işkence ve zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı; rıza olmaksızın tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamama, kölelik ve köle ticareti yasağı, kulluk yasağı, zorla çalıştırma yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özgürlüğünden yoksun bırakılanların insanca muamele görmesi, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, ülkeden çıkma ve ülkeye girme özgürlüğü, yabancıların hukuksuzca sınır dışı edilme yasağı, adil yargılanma hakkı, haksız mahkûmiyetten ötürü tazminat hakkı, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkı, özel yaşamın, ailenin, konut ve haberleşmenin zoraki ve hukuk dışı müdahalelere karşı korunması hakkı, düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü, vicdan ve din özgürlüğü, savaş propagandası yasağı, ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti kışkırtan milli, ırksal veya dini nefret savunuculuğu yasağı, toplanma özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü, sendika kurma ve sendikaya girme hakkı; ailenin korunması, evlenme ve aile kurma hakkı, çocuğun ayırım yapılmaksızın koruyucu önlemlere sahip olma hakkı, çocuğun isim hakkı, çocuğun vatandaşlık hakkı, vatandaşların kamu işlerine katılma hakkı, vatandaşların seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, hukuk önünde eşitlik ayrımcılık yasağı, azınlık hakları gibi haklar güvence altına alınmıştır.¹⁶⁸

Sözleşmeye uyulup uyulmadığı konusunda denetleme mekanizması İnsan Hakları Komitesi'dir. Komite üyeleri insan hakları konusunda uzman kişilerdir.

¹⁶⁸ Jean Luc Mathieu, *a.g.e*, s.27-28; Akal, *a.g.e*, s.56-57; Demir, *a.g.e*, s.87-107.

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Devletin yetkilerinin sınırlandırılmasına dayanan insan hakları düşüncesi, ilk başta bazı Avrupalı devletler ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından bildiri halinde deklare edilmiş ve bu devletlerin iç hukukunun bir parçası olarak pozitif hukuka girmiştir. Daha sonraları insanların maruz kaldığı şiddetli insan hakları ihlalleri, insan haklarının anayasal düzeyde veya tek taraflı bildirilerle korunamayacağı gerçeğini hissettirmiştir. Tek taraflı bildireler ve anayasal düzenlemelerin bunları meydana getirenler hariç, diğer ülkeleri bağlamadığı gibi bazen kendilerini bile bağlamadığı görülmüştür. Ulusal düzeydeki bu düzenlemelerin yetersizliği devletleri bu konuda uluslararası belgeler oluşturmaya yöneltmiştir.

İnsan haklarının tanınıp korunmasıyla ilgili olarak ilk uluslararası belge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ettiği “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”dir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bu konuda önemli bir ilk olmasına rağmen, bu bildiriye kabul eden devletlere hukuki bir yükümlülük getirmediğinden, Kapani’de belirttiği gibi “platonik bir haklar listesi olmaktan öteye gidememiştir”¹⁶⁹. Bu konudaki ikinci önemli belge ise Avrupa Konseyine üye ülkelerce 4 Kasım 1950’de imzalanan ve 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya tam adıyla “İnsan Haklarının ve Temel Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”dir. Türkiye bu sözleşmeyi 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanunla tasdik etmiştir.¹⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden ve diğer uluslararası insan hakları belgelerinden (Arap, Afrika vs.) farklı özellikler taşımaktadır. Bu sözleşme, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, sadece negatif haklar da denilebilecek olan sivil ve siyasal hakları içermektedir. Bu hakların sağlanması ve korunması bakımından da etkili bir

¹⁶⁹ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.62.

¹⁷⁰ Türkiye’nin tasdiki ile ilgili bkz. 19.03.1954 Gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete.

mekanizma öngörmektedir. Kanımızca diğer sözleşmelerden farklı olarak hak ve özgürlükler bakımından etkili bir koruma sistemi öngörmesi ve bunu gerçekleştirmesinin nedeni, sözleşmenin ilk metninde sadece sivil ve siyasi haklara yer verilmiş olmasıdır. Sosyal ve ekonomik hakların karışık yapısı ve devlete ek mali yükümlülükler getirmesi bakımından etkili bir koruma altında olmaları mümkün gözükmemektedir.

Hak ve özgürlükler açısından etkin bir koruma mekanizması öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özelliklerini şu şekilde sıralamak mümkündür¹⁷¹:

a) AİHS'nin ilk metninde sadece sivil ve siyasal haklara yer verilmiştir. Sözleşmenin kabulünden sonra ek protokoller ile sözleşmedeki hakların kapsamı genişletilmişse de bu eklemeler, esasen sözleşmenin sivil ve siyasi hakları kapsamı şeklindeki genel ayırt edici özelliğini pek fazla değiştirmemiştir. Bu bakımdan sözleşme de güvence altına alınan haklar; yaşam hakkı (m.2), işkence ve kötü muamele yasağı (m.3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m.4), kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı (m.5), adil yargılanma hakkı (m.6), suç ve cezaların kanuniliği ilkesi (m.7), özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı (m.8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9), ifade hürriyeti (m.10), toplanma ve örgütlenme hakkı (m.11), evlenme ve aile kurma hakkı (m.12), hak arama hürriyeti (m.13), ayrımcılık yasağı (m.14) olarak düzenlenmiştir.

Avrupa konseyi, 1961 yılında kabul ettiği ve 1965 yılında yürürlüğe giren “Avrupa Sosyal Yasası”yla ekonomik ve sosyal hakları da güvence altına almıştır. Avrupa Sosyal Yasası hukuken bağlayıcı bir belge olmasına rağmen sivil ve Siyasal haklarda olduğu gibi etkin bir koruma mekanizması öngörmemektedir.

¹⁷¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Kalabalık Halil, **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları**, Değişim Yayınları, İstanbul 2004, s.114-116.

b) Sözleşmenin ikinci özelliği ise, güvence altına aldığı sivil ve siyasi haklar konusunda etkili bir koruma sistemi öngörmesidir. Bu koruma sistemi içerisinde yargısal yetkiye sahip olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olmak üzere iki organ bulunmaktadır.

c) Sözleşme devletlerin yanında bireylere de hak ihlallerinin giderilmesi için yargısal yetkiye sahip organlara başvuru hakkı tanımıştır. Bu bakımdan sözleşme kişiyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır.¹⁷² Kişiler, vatandaşı olsunlar yada olmasınlar, haklarını ihlal eden devlete karşı sözleşme organlarına şikayette bulunabilirler. Devletler de karşılıklılık ilkesine dayanmaksızın sözleşmedeki hakları ihlal eden bir diğer devlete karşı şikayette bulunma hakkına sahiptir.

d) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de diğer uluslararası insan hakları belgeleri gibi kapsadığı hak ve hürriyetlere bir sınır çizmiştir. Sözleşmedeki hak ve özgürlükler sınırsız bir güvence altında değildir. Sözleşmenin maddelerinde ilk önce hak ve hürriyet ifade edilmiş daha sonra ise bunun sınırları gösterilmiştir.

5. Magna Carta Libertatum (1215)

Kişi hürriyetleri, henüz kafalarda bir fikir ve doktrin halinde belirmeden çok önce, İngiltere'de pratik alanda yavaş yavaş gerçekleşme yolunu tutmuştur.¹⁷³ İngilizler daha XIII. Yüzyılın başlarında (1215 yılında), o zaman kralları bulunan Yurtsuz John'a zorla kabul ettirdikleri Magna Carta Libertatum (Büyük Hürriyet Fermanı) ile kişi haklarının sağlanması yolunda ilk büyük adımı atmış bulunuyorlardı. Bu ferman İngiliz halkının kişi güvenliğini ve mallarını krala

¹⁷² S. Dost, *Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye*, Fakülte Kitabevi, Isparta 2001, s.2; Memiş E., "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, c. 17, Ankara 2000, s.135.

¹⁷³ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, s.41.

karşı güvence altına alıyordu.¹⁷⁴ Aslında Magna Carta'nın halka belirli hürriyetler tanıyan bir belge olmaktan çok, kralın otoritesini bir ölçüde sınırlandıran ve ona karşılık baronların bazı haklarını belirten bir feodal berat (Charte) olduğunu söylemek gerekir. Ancak şu var ki, gerçekte bir feodalizm manifestosundan başka bir şey olmayan bu belge zamanla "efsaneleşmiş", İngiliz halkı da genişletici yorumlarla ondan yararlanmayı, sonraki yüzyıllarda onun hükümlerinden günün şartlarına ve kendi eğilimlerine uygun düşen anlamlar çıkarmayı bilmiştir.¹⁷⁵

Altmış üç maddelik bu fermanla üç önemli nokta dikkati çekmektedir. İlk olarak ferman, kişi özgürlüğünü korumak amacıyla bunu bir yargı güvencesine bağlamış, yargıç tarafından verilmiş bir karar olmadıkça fertlerin tutuklanamayacaklarını, hapsedilemeyeceklerini, mallarına el konulamayacağını, yasa dışı kişi ilan edilemeyeceklerini, sürgüne gönderilemeyeceklerini ve her ne şekilde olursa olsun zarara sokulamayacaklarını belirtmiştir (Magna Carta madde 39).¹⁷⁶

İkincisi; kral, baronların ve yüksek dereceli kilise mensuplarının onayı olmadan feodal düzenin öngördüğü olağan yardımların ve para isteklerinin dışında, olağan dışı yardım ve para isteğinde bulunamayacaktır (Magna Carta madde 12). Vergi koymada önce kralın Magnum Concilium Regis adlı özel bir kurumun onayını almak zorunda olduğu kabul edilmiştir.¹⁷⁷

Fermanla yer alan üçüncü önemli nokta ise; kral ve onun adına devlet işlerini gören memurların (Curia Regis)¹⁷⁸ faaliyetlerinin bir denetime bağlanmış olmasıdır. Fermana göre üyeleri Magnum Concilium Regis (Büyük Kral Konseyi)¹⁷⁹ adlı feodal yapıya sahip kurum tarafından seçilmiş 25 kişilik bir

¹⁷⁴ Mumcu, **a.g.e.**, s.69.

¹⁷⁵ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.41.

¹⁷⁶ Korkusuz, **a.g.e.**, s.18.

¹⁷⁷ Akılhoğlu, **a.g.e.**, s.122.

¹⁷⁸ Akın, **a.g.e.**, s.281.

¹⁷⁹ Akın, **a.g.e.**, s.281-282.

kurula, bu denetimi yapma ve aynı zamanda kişilerin yakınmalarını inceleme yetkisi tanınmıştır. Böylece kralın ve onun memurlarının denetlenmesi yolunda önemli bir adım atılmıştır.¹⁸⁰

Bunlardan başka Magna Carta'da dikkati çeken bir başka kural da, kral adaletinin satın alınamayacağına, değiştirilemeyeceğine, hiç kimseye karşı hak ve adaleti yerine getirmekten kaçınmayacağına dairdir (Magna Carta madde 40). Cezalarında işlenen suçun ağırlığı ile orantılı olacağı kabul edilmiştir (Magna Carta madde 20).¹⁸¹

Ortaçağ ölçüleri içinde oldukça ileri hükümler taşıyan fermanla özellikle yargı gücünün kral karşısında bağımsızlaştırılması yolunda önemli adımlar atılmıştır. İngiltere'de ki bu olağan dışı olay, başka hiçbir yerde göze çarpmaz.¹⁸²

6. Virginia Haklar Bildirgesi (1776)

12 Haziran 1776 tarihinde Virginia eyaleti halk temsilcileri 16 maddelik bir haklar bildirisini kabul etmiştir. George Mason tarafından hazırlanan bu belgede hak ve özgürlüklerle bunların nasıl korunacakları belirtilmiştir.¹⁸³

Bu bildirinin hazırlanışında, İngiltere ile savaş halinde bulunan 13 Amerikan kolonisinden oluşan Fildelfia Kongresinin 10 Mayıs 1776 tarihinde bütün kolonilere birer anayasa hazırlayarak devlet halinde örgütlenmelerini önermesi, esaslı etkindir. Bu öneriye uyarak anayasasını yapan ve başına bir de haklar bildirisi koyan Virginia olmuş, daha sonra onu diğer eski koloniler ve yeni devletler izlemişlerdir.¹⁸⁴

Bu ünlü bildirinin kısa bir özeti şudur:

¹⁸⁰ Korkusuz, **a.g.e.**, s.19.

¹⁸¹ Akın, **a.g.e.**, s.281.

¹⁸² Mumcu, **a.g.e.**, s.69.

¹⁸³ Korkusuz, **a.g.e.**, s.22.

¹⁸⁴ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.44.

"... Aşağıdakileri tam ve tartışılmaz birer gerçek sayarız. İnsanlar eşit olarak yaratılmıştır; insanlara yaratan tarafından reddi ve yok edilmesi imkânı olmayan bazı haklar verilmiştir; bu hakların başında yaşamak, özgürlük ve mutluluğu aramak hakları gelir; bu haklardan yararlanmayı sağlamak için insanlar aralarında hükümetler (devletler) kurmuşlardır ki bu hükümetlerin gerçek gücü yönetilenlerin isteğinden çıkar; her ne zaman ki herhangi bir hükümet şekli, varlığının sebebi olan bu amaçların yıkıcısı olursa, halk onu değiştirmek veya lağvetmek ve temellerini (bu) ilkeler üzerine kurarak ve güçlerini kendisine güvenlik veya mutluluk sağlaması için en uygun görülecek şekillere göre düzenlemek üzere yeni bir hükümet yapmak hakkına haizdir. Gerçek ihtiyatlılık, hafif sebepler ve geçici icaplar için çok zamandan beri yerleşmiş olan hükümetleri değiştirmemek gerekli olduğunu belirtiriz. Aynı zamanda fenalıklara dayanmak kabil oldukça insanların öteden beri alıştıkları şekilleri tahrip ederek haklarını yerine getirmekten çok acıya katlanmaya eğilimi olduklarını her zamanki deneyler göstermiştir. Fakat daima aynı amacı güden uzun bir takım kötülük ve haksızlık eylemleri, ulusu mutlak bir istibdat boyunduruğu altına sokmak gayesini kesinlikle gösterirse, ulus böyle bir hükümeti devirmek ve gelecek için esenliğini yeni güvenceye bağlamak hakkına maliktir ve onun görevidir..."¹⁸⁵

16 maddelik bu bildirinin can alıcı noktaları o güne kadar siyasette hiç kimsenin göze alamadığı bir cesaretle dile getirilmektedir. Bu noktada Rousseau'nun etkisi kendini hemen belli etmektedir. Bildiri ayrıca özgürlüklerin güvencesi için yasama, yürütme ve yargı güçlerinin ayrılmasını, seçimlerin serbestliğini; vergilerin ulus isteği dışında salınamayacağını belirttikten sonra, kişi güvenliğini sağlayan hükümleri ile kişilerin haklarındaki suçlamaları öğrenmek ve kendilerini savunmak yetkilerine malik olmalarını istemektedir.

¹⁸⁵ Bu bildirinin ilk İngiliz kolonisi Virginia'da hazırlanıp ilanı önemlidir. Metinler için bkz: A. Aulard, **Fransız İnkılâbının Siyasi Tarihi**, (Çev. : Nazım Poroy) C.1, Ankara 1944, s.36-37.

Böylece Montesquieu'nun da düşünceleri bildiride görülebilmektedir. Laik düşünce de bu haklar bildirisinde kendini belli etmekte, dinin gereklerini zor ve şiddetle değil akıl ve inanç yoluyla yerine getirmekte, herkesin özgür ve eşit olduğu belirtilmektedir.¹⁸⁶

Daha sonra temel hak ve özgürlüklere ilişkin çok sayıda belge kabul edilmiş ise de, 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi Magna Carta'dan sonra en kalıcı bildiri olma niteliğini korumuştur. Kısacası Virginia Haklar Bildirgesi, Amerikan Anayasasına eklerin ilk örneğidir.¹⁸⁷

7. Fransız İnsan Hakları Bildirgesi

26 Ağustos 1789'da kabul edilen Fransız İnsan Hakları Bildirisi yeni düzenin “ilmihal kitabı”dır. Tabii hukuk düşüncesini¹⁸⁸ hatırlatan gerekçesinde ve plansız dağınık bir şekilde kaleme alınan on yedi maddesinde bildiri insan ve millet haklarının esasını¹⁸⁹ açıkça ortaya koymuştur.

Bildirge, “özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme hakları”nı, insanın doğal ve zamanaşımına uğramaz hakları olarak niteler (m.2). Bunların dışında beyan ettiği birtakım klasik hak ve özgürlükler yanında, ulusal egemenlik ilkesi, erkler ayrılığı ilkesi, yasanın genel iradenin ifadesi olması gibi bazı siyasal ilkeler ve anayasa esaslarına da yer verilmiştir.¹⁹⁰ Bildiride açıklanan haklar doğal haklar olup bunlar insanın sırf insan olması nedeni ile

¹⁸⁶ Mumcu, **a.g.e.**, s.75-76.

¹⁸⁷ Korkusuz, **a.g.e.**, s.24.

¹⁸⁸ “Tabii Hukuk: Bütün insanlar ve toplumlar tarafından bağlayıcılığı kabul edilen hukuk ilkeleri anlamında kullanıldığı gibi; insanın aklıyla bulduğu, bağlayıcılığını devletten almayan, devlet hukukunun değerlendirilmesinde yararlanılan adalet esaslarıdır”. Güriz Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, s.36. Aynı konuda bkz. Güriz Adnan, **Hukuk Felsefesi**, AÜHF. Yayınları, Ankara 1992; Öktem Niyazi – Türkbağ U. Ahmet, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul, 1999, s.71.

¹⁸⁹ Albert Soboul, **1789 Fransız İnkılâbı Tarihi**, Çev. Şerif Hulusi, Cem Yayınevi, İstanbul 1969, s.185.

¹⁹⁰ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.37.

sahip olduğu haklardır. Ulusal meclisin bu hakların yaratıcısı değil sadece açıklayıcısı olduğu belirtilmektedir.¹⁹¹

İnsan hakları bütün toplumlardan ve devletlerden önce insana ait birer hak olarak vardı. Bunlar tabii ve hiçbir zaman kaybolmayan haklardır. Her siyasi birliğin amacı bu hakları muhafaza etmek olmalıdır. İnsanlar hür ve hakça eşit olarak doğarlar. Bu haklar hürriyet, mülkiyet, güvenlik, zulme karşı gelme haklarıdır. Zulme karşı gelme hakkı gelip geçmiş isyanları meşru görür ama yarın patlak verecek isyanlara müsaade etmez.¹⁹² Bildirinin temel amacı olan özgürlük dördüncü maddede “başkasına zararı dokunmayan her şeyi yapmak” hakkı diye tarif edilmiştir. İnsanın doğal haklarının sınırının toplumdaki öteki kişilerin haklarının başladığı yerde sona erdiği ve bu sınırında yasa ile belirleneceği belirtilmiştir.

Hürriyet ilk önce şahsın hürriyetidir, ferdi hürriyettir; bu hürriyet masumluğunu ispat suretiyle insanı keyfi suçlamalara ve yakalamalara karşı güven altına alır (m.7-9). Kanunla kurulmuş düzeni bozmamak ve hürriyeti kanunla belirlenen hallerde kötüye kullanmamak şartı ile kendi kimliklerinin efendileri olan insanlar konuşabilir, yazı yazabilir, yazı ve kitap bastırabilir ve yayabilirler (m.10-11). Hür olan insanlar mal edinmek ve tasarruf etmek hakkına da sahiptirler. Mülkiyet hakkı ikinci maddeye göre tabii ve hiçbir zaman kaybolmayan, on yedinci maddeye göre ise çiğnenmez ve kutsal bir haktır; şu halde hiç kimse mülkiyet hakkından yoksun bırakılamaz. Kanun herkes için birdir. Kanun gözünde bütün vatandaşlar eşittir. Doğuştan gelme ayırım gözetilmeksizin herkes kamu mevkilerine ve hizmetlerine eşit olarak girebilir (m.6). Sosyal ayrımlar ancak ortak fayda, erdemler ve kabiliyetler üstüne kurulabilir (m.1-6). Herkesçe verilmesi mecbur olan vergi bütün vatandaşlara

¹⁹¹ Akad Mehmet, “1789 İnsan ve Yurttaş Haklar Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı ve Türk Anayasalarına Etkisi”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 5, S 1-3, Yıl 1990, s.29.

¹⁹² Albert Soboul, **a.g.e.**, s.185-186.

güçlerine göre salınır (m.13).¹⁹³

1789 Bildirisi ile hakların güvenceye bağlanması, hakimiyetin millete ait olduğu, kanunun genel iradenin ifadesi olduğu ve kanunun üstünlüğü ile bir anayasaya sahip olunmasının gerekliliği gibi ilkeler düzenlenmiştir. Bildiri de sadece insanların doğuştan sahip oldukları haklardan değil, bunların yanında ilk kez bireyin devlet yönetimine katılmasını sağlayan seçme ve seçilme hakkı gibi siyasi haklardan da söz edilmiştir.¹⁹⁴ Bildirinin en temel özelliklerinden bir tanesi de kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul ve ilan edilmesidir.¹⁹⁵

1789 Bildirisinin ünü ve yarattığı büyük etki öncelikle ifade gücünden, üslubun daha berrak, daha çekici oluşunda ve genel olarak kullanılan formüllerin daha evrensel bir nitelik taşımasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca 18.yüzyılda yaygın bir dil olan Fransız dilinde kaleme alınmış olması da yayılma gücünü artırmıştır.¹⁹⁶ Doğal haklar üzerine oturduğundan evrensel bir nitelik kazanmıştır.¹⁹⁷ Ancak bildiri açıklamış olduğu bu hakları güvence altına almadığından pozitif bir hukuk belgesi olmaktan çok zamanın bireyci felsefesini açıklayan iyimser ve soyut bir belge özelliği taşır.

¹⁹³ Albert Soboul, **a.g.e.**, s.186.

¹⁹⁴ Ünal, **a.g.e.**, s.34.

¹⁹⁵ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.47.

¹⁹⁶ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.46.

¹⁹⁷ Akın, **a.g.e.**, s.294-296.

İKİNCİ BÖLÜM

IRAK ANAYASALARINDA MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

Doktrinde, hak ve hürriyetler farklı açılardan birden fazla sınıflandırma şekline tabi tutulmaktadırlar. Örneğin, George Jellinec'in¹⁹⁸ klasikleşen ayrımına göre hak ve hürriyetler üç gruba ayrılmaktadır. Bunlar: Negatif statü hakları,¹⁹⁹ pozitif statü hakları²⁰⁰ ve aktif statü haklarıdır.²⁰¹ Bununla birlikte hak ve hürriyetler, konularına göre; "kişinin fizik hürriyetleri", "düşünce hürriyetleri" ve "kolektif hürriyetleri" olmak üzere üçe; kullanılış biçimlerine göre ise; "bireysel hürriyetler" ve "kolektif hürriyetler" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Irak anayasa koyucusu ünlü Fransız hukukçusu Karel Fazak'ın üçlü sınıflandırmayı benimsediği görülmektedir. Karel Fasak, temel hak ve özgürlükleri üç kuşağa bölmektedir. Bunlar; birinci kuşak haklar (siyasi ve bireysel haklar), ikinci kuşak haklar (sosyal, ekonomik ve kültürel haklar) ve üçüncü kuşak haklardır (dayanışma hakları). Irak Anayasasında haklar, "Siyasi ve bireysel haklar", "Sosyal, ekonomik ve kültürel haklar" ve "dayanışma hakları" olarak üç ayrı başlık altında düzenlenmektedir.²⁰² Çalışmamız açısından Siyasi ve bireysel haklardan bahsedeceğiz.

¹⁹⁸ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s.6.

¹⁹⁹ Negatif statü hakları, kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak haklarıdır.

²⁰⁰ Pozitif statü hakları, bireylere devletten olumlu bir davranış, bir hizmet, bir yardım isteme imkânını tanıyan haklardır. Örneğin çalışma hakkı, sağlık hakkı, konut hakkı, sosyal güvenlik hakkı bu tür haklardır.

²⁰¹ Aktif statü hakları, kişinin devlet yönetimine katılmasını sağlayan haklardır. Bu nedenle bu haklara "katılma hakları" da denmektedir. Seçme ve seçilme hakkı, siyasi parti kurma hakkı, siyasi faaliyette bulunma hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, dilekçe hakkı aktif statü haklarına örnek gösterilebilir. Bu haklara "siyasi haklar" da denir. Gözübüyük Şeref, **Anayasa Hukuku**, Ankara 1994, s.151.

²⁰² Çeçen, **a.g.e.**, s. 213.

I. 1925 KRALİYET DÖNEMİ ANAYASASININ MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA YÖNELİK TUTUMU

1. 1925 Irak Esasi Kanununa Göre Medeni ve Siyasi Haklar

Irak Esasi Kanunu fertlerin hakları ilgili hükümleri ‘halkın hakları’ başlığı altında birinci bapta 5–18. maddeler arasında düzenlemiştir. Siyasi ve medeni hakları düzenleyen söz konusu maddeler arasında, bu konuyla uzaktan veya yakından hiç ilgisi olmayan, iki madde hükmü yer almaktadır. Bunlar 13. ve 17. madde hükümleridir. 13. maddede devletin dinin İslam olduğu kararlaştırılmaktadır. 17. maddede ise, özel kanunlarla düzenlenecek haller hariç devletin resmi dilinin Arapça olduğu hükme bağlanmıştır. Hâlbuki bu iki madde fertlerin medeni ve siyasi haklarını değil, devletin siyasi rejimini düzenlemektedir.²⁰³

Bu kanunun kararlaştırdığı medeni ve siyasi haklar aşağıdaki gibidir:

A. Medeni Haklar

Bu hak aşağıdakileri kapsamaktadır:

a. Yaşam Hakkı

Irak Esasi Kanunu yaşam hakkını genel bir şekilde veya bir ilke olarak düzenlememiştir. Ayrıca bu kanun, idam cezasını sınırlayan herhangi bir hüküm veya tedbir (18 yaştan küçük olanın idamını yasaklayan hüküm gibi)

²⁰³ Kamil Mustafa, *Şerhi'l Kanuni'l Düsturi*, 4.Baskı, Bağdat 1946–1947, s. 23.

içermemekteydi. Ancak Esasi Kanun yaşam hakkına iki yolla işaret etmiştir. Birincisi idam hükmünün uygulanması veya idam cezasının affedilmesi veya hafifletilmesi ilgili talep hakkının belirlenmesi yoludur. Esasi Kanun genel affın çıkarılması yetkisini iki meclisin muvafakatiyle (kraliyet döneminde Irak Büyük Millet Meclisi, temsilciler ve ayan meclisi olmak üzere iki meclisten oluşmaktaydı) krala vermiştir. Özel af çıkarma veya cezanın hafifletilmesi yetkisini de krala bırakmıştır (m.26/11).

İkinci yol ise, işkencenin tamamen yasaklanmasıdır (m.7). Çünkü işkence, insanın yaşam hakkına karşılık işlenen suç sayılır. İşkence, buna maruz kalan kişinin yaşamını kaybetmesine sebep olabilir.²⁰⁴

b. Özgürlük ve Şahsi Güvenlik Hakkı

Esasi Kanunun 7. maddesine göre “ tüm Irak halkının şahsi özgürlüğü, tecavüz ve müdahalelere karşı korunur. Kanun hükmü gerektirmediği halde hiç kimse yakalanamaz, tutuklanamaz, cezalandırılmaz, oturduğu yeri değiştirmeye zorlanamaz, takyitlere maruz edilemez ve silahlı kuvvetler teşkilatında çalışmaya zorlanamaz. İşkence ve Iraklıları Irak krallığı dışına sürgüne göndermek kati bir şekilde yasaktır”.

Yukarıdakilerden olarak, Irak Esasi Kanunu, fertlerin yakalanması, tutuklanması ve oturdukları yeri değiştirmeye zorlanmasını normal kanun kural veya hükümlerine bırakmış olsa da, işkenceyi ve Iraklıların Irak krallığı dışına sürgüne gönderilmelerini kati ve kesin bir dille yasaklamıştır. Ancak kesin olan bu hükme rağmen, bu anayasal kuralın etkisini felce uğratan birkaç irade ve kanun çıkarılmıştır.²⁰⁵ 1928 tarihli 13 sayılı irade²⁰⁶ ve 1933 tarihli ve 62 sayılı

²⁰⁴ Azzam Fatih Semih, *Hukukî'l İnsan Mine'l Fikrî'l Arabî*, s. 991.

²⁰⁵ Bekri Ata, *El Düstur ve'l Hukukî'l İnsan*, el cüzî'l sani, Bağdat 1954, s. 92.

²⁰⁶ Siyonist hareketi liderlerinden olan ELİFRED MOND'ın Irak'a yapmış olduğu ziyaret akabinde meydana gelen öğrenci ayaklanması sonra kral faysal bir irade çıkardı, söz konusu ayaklanma genel

Irak Vatandaşlığından Çıkarma irade, bunlardan bazıdır.²⁰⁷ 1938 tarihli 20 sayılı Zararlı Propaganda Kanunu da, bakanlar kuruluna herhangi bir kişiyi uzaklaştırma veya herhangi bir kişiyi polis denetimine tabi tutma yetkisi vermiştir (m.4).

c. Eşitlilik Hakkı

Irak Esasi Kanunu Iraklıların eşit olarak medeni ve siyasi haklardan yararlanma haklarını garanti etmiş ve ırk, dil veya din ayrımı yapmadan eşit olarak kamuya yönelik görev ve sorumluluklarını belirtmiştir.

Esasi Kanun'da eşitlik görünümünü aşağıdaki gibi belirlemek mümkündür:

aa. Haklar bakımından eşitlilik; aşağıdakileri kapsar:

aaa. Kanunlar önünde eşitlik: Irak Esasi Kanun'u kanuni eşitliliği ikrar etmiştir. Söz konusu kanunun altıncı maddesine göre “*ırk, din ve dil bakımından farklı olsalar da, Iraklılar arasında, kanun önünde, sahip oldukları haklar bakımından bir ayırım yapılmaz*”. Görüldüğü gibi Esasi Kanun söz konusu maddede ‘eşittirler’ kelimesinden uzaklaşmış ve bunun yerine ‘ayırım yapılmaz’ tabirini kullanmıştır. Durum bu olsa da anlam bakımından bu iki tabir aynıdır. Kanun koyucu bu madde hükmüyle, manda belgesine ve 1932 tarihli Irak-

tehlike arz eden bir olay sayıldı. Söz konusu iradede “*bazı okul öğrencileri genel tehlike sayılan yasal olmayan toplantılara katılmıştır. Biz kralı olarak bakanlar kurulunun muvafakatiyle söz konusu tehlikeyi engellemek için yirmi altıncı maddenin on üçüncü fıkrasına dayanarak aşağıdaki iradenin yayınlanmasını buyururuz*” (Asat Faiz Aziz, **İnhiraf el Nizami'l Parlamani Fil Irak**, 2. Baskı, Bağdat 1984, s. 175.

²⁰⁷ 1933 tarihli ve 62 sayılı iradeye göre “*Bakanlar kurulu, birinci cihan harbinden önce Irak'ta ikamet eden bir aile mensubu olmayan herhangi bir Iraklıyı, devletin güvenliği ve bütünlüğünü tehdit eden bir fiilde bulunması halinde, vatandaşlığından çıkarılmasını kararlaştırabilir*”.

Britanya antlaşmasının üçüncü maddesine²⁰⁸ dayanarak vatandaşlar arasında kanuni eşitliliğin gerçekleştirilmesinden daha fazla Irak halkını oluşturan grupların din ve ırk bakımından eşit haklara sahip olduklarını gözler önüne sermek istemiştir. Aynı kanun'un 37. Maddesi de bu konuyla ilgilidir. Buna göre, Hristiyan ve Musevi azınlıklar temsilciler meclisinde temsil olunmalıdırlar. 1924 tarihli Temsilci Seçim Kanunu da (m.6), azınlıklar üye (temsilci) sayısını belirlemiştir. Buna göre Musul, Bağdat ve Basra'da azınlıklara temsil bakımından kota tanınmıştır: Musul'dan iki Hristiyan ve bir Musevi, Bağdat'tan bir Hristiyan ve iki Musevi ve Basra'dan bir Hristiyan ve bir Musevi temsilcidir. Söz konusu seçim kanununa göre her 20 bin seçim hakkına sahip erkek seçmenin temsilciler meclisine bir temsilci gönderme hakkına sahiptir. Azınlıklara tanınan kota (yani söz konusu azınlık temsilci sayısı), bu orana (20 bine bir) ilave olarak seçilmektedir.²⁰⁹

bbb. Yargı önünde eşitlik: Esasi Kanun bu eşitliği düzenlemiştir. Bunun yedinci maddesine göre, *“hiç kimsenin, mahkemeye müracaatı engellenemez ve hiç kimse, kanun hükmü olmaksızın davası konusunda yetkili ve ihtisaslı olmayan bir mahkemeye müracaat etmeye zorlanamaz”*. Görüldüğü gibi kullanılan şu son ifade açık değildir. Madde lafızlarından, bazı durumlarda kişi yasal olarak ihtisaslı olmayan başka mahkemeye müracaat etme zorunda kalabileceği anlaşılmaktadır. Oysa kurucu meclis tutanaklarına döndüğümüzde kanun koyucunun bu hükümle bunu kastetmediği ortaya çıkmaktadır. Çünkü kurucu bazı meclis üyelerinin bu ifadenin ne anlama geldiğini sormaları durumun farklı olduğunu kanıtlar. Bunların bu fıkayla ilgili sordukları kendilerine şu örneği göstererek cevaplandırılmaya çalışılmıştır; iflas durumunda, iflas eden kişi

²⁰⁸ Bu antlaşmanın üçüncü maddesi şu hükmü içerir: *“Irak yüce kralı kurucular meclisine sunulacak bir esasi kanunun koyulmasına muvafakat eder ve bu antlaşmayla örtüşmeyen herhangi bir hüküm içermeyen bu kanunun uygulanmasını tekeffül eder. Bu kanun Irak'ta oturanların tümünün hak, istek ve çıkarlarını göz önünde bulundurmalıdır ve herkesin tam özgürlüğünü, genel kültür ve adaba aykırı olmayan her türlü ibadet özgürlüğünü ve Iraklılar arasında ırk, dil veya dinden... dolayı herhangi bir ayrımcılığın yapılmamasını garanti eder”*

²⁰⁹ Seyif Hasan Ebussuud, **El Kanun El Düsturi**, el Cazire Yayınları, Bağdat 1938, s. 488.

doğrudan doğruya değil mahkemenin kendisi için atadığı vasi vasıtası ile mahkemeye müracaat etmesi mümkündür. Başka bir deyişle, söz konusu ifadenin manası, bazı durumlarda kişi mahkemeye müracaat etme ehliyetini kaybedebilir.²¹⁰

ccc. Kamu görevine atanmakta eşitlik: bu tür eşitlik Esasi Kanun'un 18.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *"İraklılar medeni ve siyasi haklardan yararlanma konusunda eşittirler....askeri veya medeni olsun kamu görevlerinde çalışmak sadece kendileriyle sınırlıdır"*.

bb. Kamu mükellefiyetleri bakımından sorumluluk; bu da aşağıdakileri kapsar:

aaa. Vergiler önünde eşitlik: Esasi Kanun'un 11. maddesi bu konuyu düzenlemektedir. Buna göre *"Kanun hükmü olmaksızın hiçbir resim veya vergi farz etmek mümkün değildir. Söz konusu kanun hükmü tüm Iraklıları kapsamalıdır"*. Vergi önünde eşitlik Esasi Kanun'un 18.maddesinde *"Kamu mükellefiyeti ve sorumluluğu konusunda....İraklılar eşittirler"* ve 91. maddesinde *" Kanun hükmü olmaksızın vergi veya resim farz etmek mümkün değildir. Ancak bu hüküm devletin sunduğu kamu hizmetine karşılık olarak aldığı ücretleri veya devlete ait mallardan yararlanmaya karşılık aldığı ücretleri kapsamaz. İrade aracılığı ile de resim veya vergi farz etmek mümkün değildir"* . Söz konusu hüküm resim, vergi ve ücretleri birbirinden ayırmıştır. Resim ve verginin farz edilmesi veya değiştirilmesi ya da kaldırılması kanunla ancak mümkündür, kanunun ilga edilmesi veya tadil edilmesi kanunla ancak mümkündür. Ücretler ise, bir kanunun çıkarılmasına hacet olmadan far edilmesi mümkündür. Söz konusu ücretler, tüzük, talimat... vs. ile düzenlenmesi mümkündür. Sözünü ettiğimiz hüküm resim ve vergilerin irade aracılığı ile farz edilmelerini

²¹⁰ Kamil, a.g.e, s. 26.

yasaklamıştır. Burada kanun koyucu doğru olanı ön görmüştür. Çünkü resim ve vergilerin farz edilmesi yetkisi sadece ümmet meclisine²¹¹ verilmiştir, bunun yanında herhangi bir resim veya verginin farz edilmesi, tadili veya ilga edilmesi kanun düzenlemesiyle ancak mümkündür. Vergi veya resimden muaf kılınma bir kanunla ancak mümkündür.²¹² Esasi Kanun'un 96. maddesi sözünü ettiğimiz durumu şu şekilde vurgulamıştır *“Vergi ve resimler, ayrımcılık yapmadan, mükelleflerden toplanmalıdır. Kanun hükmü olmaksızın herhangi bir kişiyi vergi veya resimden muaf tutmak mümkün değildir”*.

bbb. Askerilikte eşitlik: Esasi Kanun'un 18. maddesi bu tür eşitliliği düzenlemiştir. Ancak askerlikle ilgili kanun düzenlemeleri incelendiğinde, kaynağı askerliğe mükellef bulunan kişinin mali durumu olan bir ayrımcılığın var olduğu ortaya çıkar. 1934 tarihli ve 9 sayılı Milli Savunma Kanun'un 5.maddesine göre, askerlik mükellefiyeti bulunan kişinin 30 Irak Dinarını bedel olarak ödemesi durumunda, söz konusu kişi askerlik hizmetinden muaf tutulur. Yani bedelli askerlik öngörülmüştür. 1938 tarihli ve 40 sayılı Milli Savunma Kanun'u söz konusu bedeli 50 Irak Dinarına (m.6) ve bu kanunu tadil eden 1955 tarihli 47 sayılı kanun ise bu bedel tutarını 100 Irak Dinarına çıkarmıştır.

d. Seyahat Etme Özgürlüğü

Esasi Kanun bu hakkı açık bir şekilde düzenlememiştir. Ancak bunu dolaylı olarak yedinci madde hükmünden çıkarmak mümkündür. Buna maddeye göre tüm Irak halkının şahsi özgürlüğü garanti edilmiştir. Buna ilave olarak bir kanun hükmü olmaksızın bir ferdin hareketini kısıtlamak mümkün değildir. Bu hak 1923 tarihli ve 3 sayılı Pasaport Kanunuyla düzenlenmiştir. Bu kanunun 2.

²¹¹ Kraliyet dönemi Irak parlamentosunun özel ismidir.

²¹² El bustani Abdullah İsmail, **Müsahe-me Fi İdadi'l Düsturi'l Daim ve Kanuni'l İntihab**, Bağdat 1960, s. 133.

maddesine göre, deniz veya kara yoluyla Irak dışına seyahat eden Iraklının maiyetinde bir Irak pasaportu veya Irak devletine ait resmi makamların mührünü taşıyan bir geçiş belgesi var olmalıdır.²¹³ Bu kanun 1932 tarihli ve 65 sayılı kanunun ikinci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 1932 tarihli ve 65 sayılı Pasaport Kanun'un üçüncü maddesi vatandaşların yurt dışına seyahatini düzenlemiştir. Bu maddeye göre, yanında pasaport veya her yönden geçerli olan bir geçiş belgesi bulunmayan herhangi bir ferdin Irak dışına seyahat etmesi mümkün değildir.²¹⁴

e. Konut Dokunulmazlığı ve haberleşme Gizliliği Hakkı

aa. Konut dokunulmazlığı hakkı:

Irak Esasi Kanun'u bu hakkı sekizinci maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre *"konutlar müdahalelerden korunur, konutlara ancak kanunun belirlediği hal ve yollarla girmek mümkündür"*. Böylece söz konusu hüküm konutların kutsallığı ve dokunulmazlığını garanti altına almıştır. Ancak bazı durumlarda konutlara girmek kaçınılmaz hale gelebilir. Tarama veya soruşturma yapmak, bir suçluyu veya şüpheli kişiyi yakalama durumunda olduğu gibi. Bu hallerde konut kutsallığı veya dokunulmazlığı kuralı katı bir şekilde uygulanırsa,

²¹³ Bu kanunun 9.maddesine göre, aşağıdakiler bu kanun hükümlerinden müstesnadır:

- yaşı 15'ten küçük olanlar veya ihtisas ehli tarafından yaşı 15'ten daha küçük olduğu belirlenen kişi.
- Britanya deniz, kara veya hava kuvvetleri mensupları veya üniforma giyen Hindistan deniz kuvvetleri mensupları. Ancak söz konusu kişiler, yetkili pasaport memuruna, bu konumda olduklarını ispatlayan belge sunmak mecburiyetindedirler.
- Haç veya ziyaret vecibesini yerine getirmeye giden veya haç veya ziyaretten dönenler. Belli düzenlemelerle bir veya bir gurup kişiyi bu kanun hükümlerinden müstesna kılmak mümkündür.

²¹⁴ Bu kanunun dördüncü maddesinde bazı kişiler bu kanun hükümlerinden istisna edilmiştir:

- yaşı 15'ten küçük olan ve ebeveyni, veli veya vasisi ile birlikte ya da ebeveynini veya vasisi tarafından yazılı olarak yetkili kılınan kişilerle seyahat eden her kişi, ancak ismi söz konusu kişilerin pasaportun yazılı olmalıdır.
- Görevlerini yaptıkları esnada veya izin seyahatinde olan Britanya deniz, askeri veya hava kuvvetleri mensupları Hindistan kraliyet deniz kuvvetleri mensupları,
- Irak'ın kara sınırını aşan göçebe aşiret ferleri.
- Bu kanunun 9. maddesine dayanarak çıkarılan tüzük mucibince istisna edilen her kişi.

genel düzen ve kamu menfaati tehlikeyle karşı karşıya kalabilir. Bu yüzden Esasi Kanun, kanunların belirlediği hal ve yöntemle konutlara girebilmenin mümkün olduğunu hükme bağlamıştır. Böylece, konut kutsallığı ile kamu düzen ve menfaati arasındaki dengeyi sağlayabilmiştir.

bb. Haberleşme gizliliği hakkı:

Esasi Kanun'un on beşinci maddesi bu hakkı şu şekilde düzenlemiştir *“tüm posta, telgraf yazışmaları ve telefon görüşmeleri gizlidir ve kanunun belirlediği hal ve yollar hariç her türlü gözlem ve durdurmadan korunur”*. Böylece söz konusu hüküm posta, telgraf ve telefon yoluyla yapılan haberleşmelerin gizliliğini garanti etmiş ve bunlara her türlü gözlem ve durdurmalarından korumuştur. Bu hükme göre söz konusu haberleşmelere müdahalede bulunmak ancak kanunun belirlediği hal ve yollarla mümkündür. Ancak burada da şu eleştiriyi yöneltilebilir, Esasi Kanun kontların kutsallığını ve haberleşmenin gizliliğini tekeffül etmiş ve garanti altına almış olsa da, söz konusu anayasal kural bazı iradelerle ihlal edilmiştir. Bunlardan biri 1935 tarihli ve 18 numaralı iradedir. Bu irade genelkurmay başkanına, duyuru veya yazılı ya da sözlü emirler aracılığıyla bazı tedbirler alma hakkı tanımıştır. Gece ve gündüz her hangi bir saatte konutlara girip tarama yapmak ve posta ve telgraf ve telefon aracılığıyla yapılan haberleşmeleri gözlem emri, bunlardan bazılarıdır. Bir diğer irade 1940 tarihli ve 56 sayılı Kamu Güvenliğini ve Devletin Selametini Koruma İradesidir. Buna göre, içişleri bakanına posta, telgraf ve telefon aracılığı ile yapılan haberleşmeleri gözleme ve bunların kullanılmasını sınırlama, konutları teftiş etme ve tarama hakkı tanınmıştır. (m. 5/1 ve8)

B. Siyasi Haklar

Bu hak aşağıdakileri kapsamaktadır:

a. Vatandaşlık Hakkı

Esasi Kanun (m.5) vatandaşlık ve hükümlerinin özel kanun tarafından düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Esasi Kanun vatandaşlık hakkını garanti altına almış olsa da ve 9/Ekim/1924 tarihli ve 42 sayılı Vatandaşlık Kanunu bu hakkı düzenlemiş olsa da vatandaşlığı sona erdiren (vatandaşlıktan çıkarma) bir sürü iradeler çıkarılmıştır. Bu da anayasal (Esasi Kanun) kuralların apaçık ihlalidir. Esasi Kanun'a göre Irak vatandaşlığının kazanılması ve kaybı (geri alınması) kanunla düzenlenir. Bu konuda Esasi Kanun hükümlerini ihlal eden iradelerden olan 1933 sayılı ve 62 sayılı iradedir. Bu iradeye mucibince bakanlar kurulu, ailesi birinci dünya savaşından önce Irak'ta ikamet etmiş olmayan ve devletin güvenliği ve selametini tehlikeye uğratacak bir eylemde bulunan veya bu tür eylem çabasında bulunan kişiyi, vatandaşlıktan çıkarma yetkisine sahiptir. Vatandaşlık Kanun'un eki olan 1954 tarihli ve 17 sayılı bir diğer iradeye göre yine bakanlar kuruluna vatandaşlıktan çıkarma yetkisi tanınmıştır. Buna göre içişleri bakanının önerisi üzerine bakanlar kurulu 1938 tarihli ve 51 sayılı Bağdat'i Ceza Kanun'un²¹⁵ eki olan özel kanun hükümlerince cezalandırılan Iraklıyı vatandaşlıktan çıkarma hakkına sahiptir. Söz konusu kanun komünistliğe karşı mücadele ile ilgili özel kanundur.²¹⁶

²¹⁵ Krallık döneminde Irak Ceza Kanun'un adıdır.

²¹⁶ 1954 tarihli ve 17 sayılı Vatandaşlık Kanun'u temsilciler meclisi üyelerine sunulduğunda muhalif parti temsilcisi olan dört üye tarafından (birleşik halk cephesi mensubu ve Bağdat temsilcisi olan Abdürrahman Hasan ve Basra temsilcisi olan Sadık el Bassam ve İstiklal partisi mensubu ve Bağdat temsilcisi olan Abülmuhsini'l Duri ve İsmail el Ganim) protesto edildi. Dönemin başbakanı olan Nuri Sait söz konusu protestoculara şu cevabı verdi “*bu irade komünistliğe karşı mücadelenin bir bölümünü oluşturmaktadır. Komünistliğe karşı mücadele iki sütun üzerine oturmaktadır. Bunların birincisi, fakir ve işçi katmanının refah düzeyini arttırmak ve ikincisi caydırıcı kanuni cezalardır. Müteakip hükümetler cezaların söz konusu irade*

b. Genel Meselelere Katılma Hakkı

Esasi Kanun'un otuz altıncı maddesine göre "*temsilciler meclisi, her yirmi bin erkeğin bir temsilcisi olmak üzere, seçimle oluşturulur*". Aynı kanunun kırk ikinci maddesinde de "*otuz yaşını dolduran ve kendisinde 30. maddede sayılan engellerden biri olmayan her Iraklı kendini aday gösterebilir*". Bu hükümlerden şunu anlamamız mümkündür; her ne kadar on sekizinci maddede Iraklıların bütünü eşit olarak medeni ve siyasi haklara sahiptir hükme bağlanmış olsa da, Irak Esasi Kanun'u kadınları bu haktan mahrum (temsilciler meclisi seçiminde oy kullanma ve kendini aday gösterme hakkı) etmiştir. Buna ilave olarak 1924 tarihli temsilciler meclisi adaylarını seçme kanunu, kişinin kendisini aday gösterebilmesini servet koşuluna bağlamıştır. Böylece kendini aday göstermek isteyen kişinin siyasi hakkı sahip olduğu servet miktarı ile sınırlandırılmıştır (m.7). 1946 tarihli 11 sayılı Temsilciler Adaylarını Seçme Kanun'unda ise, kendini aday gösteren kişi teminat olarak yargı fonuna bir miktar para yatırmak mecburiyetindeydi. Söz konusu kanunun 37. maddesine göre kendini temsilciler meclisine aday göstermek isteyen kişi, teminat olarak yargı fonuna 100 Irak Dinar'ı yatırmak zorundaydı. Adayın kendini aday gösterdiği bölge toplam oyunun %10'u almaması durumunda ödemiş olduğu teminat o ilçe belediyesinin bir geliri olarak değerlendirilirdi.²¹⁷ 1946 tarihli ve 11 sayılı kanun aynı zamanda ordu ve polis mensuplarının da seçime katılmalarını yasaklamıştır (m.52).

kadar caydırıcı etkiye sahip olmadığını saptadılar". Söz konusu iradeye göre Nuri Sait hükümeti, Haziran 1955 tarihinde yabancı bir ülke hesabına çalışan ve yabancı ülkeye hizmet etmeyi bırakmama gerekçesiyle iki Iraklıyı çıkardı daha sonra Irak'ta ikamet eden diğer iki Iraklıyı vatandaşlıktan çıkardıktan sonra Türkiye'ye sürgüne gönderdi (Halil Adil Gafur, **1946-1954 Ahzap el Muaraza'l Aleniye Fi'l Irak**, 1. Baskı, Bağdat 1984, s. 272-273; El hasani Abdürrezzak, **Tarihi'l Vazart el Irakiye**, el cüz el tasi, 7. Baskı, Bağdat 1988, s. 147).

²¹⁷ El cidde Rait Naci, **el Teşriaat el İntihabiye Fi'l Irak**, El Hayrat Yayınları, Bağdat 2000, s. 61- 84.

c. Toplantı Yapma Özgürlüğü, Dernekler Kurma ve Bu Derneklere Üye Olma Hakkı

aa. Toplantı yapma hakkı:

Bu hak Esasi Kanun'un on ikinci maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir *“Kanun sınırları içerisinde Iraklılarve toplantı yapma.....özgürlüğüne sahiptirler”*. Bu madde hükmüne rağmen toplantı yapma hakkı veya özgürlüğü Esasi Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra da 1909 tarihli Osmanlı Genel Toplantılar Kanun'u tabiydi. Bunun sebebi Esasi Kanun'un 113 maddesiydi. Bu maddeye göre, *“05.11.1924 tarihinden önce, bu tarihte veya daha sonra yayımlanan ve bu kanunun yayımlandığı tarihe kadar uygulana gelen yürürlükte olan Osmanlı Kanunları geçerliliğini muhafaza eder”*.

Sözü edilen Osmanlı kanunu toplantı yapma hakkını birinci maddesinde şu şekilde tanımlamıştır *“Osmanlılar genel toplantı yapmakta serbesttir. Bu yapabilmeleri için izin almalarına gerek yoktur, ancak silah taşıyor olamamaları gerekir”*. Görüldüğü gibi 1909 tarihli Osmanlı Genel Toplantılar Kanun'a göre, toplantı yapabilmek için peşinen izne gerek yoktur. Ancak toplantıyı yapanlar içişleri, vali veya kaymakama, toplantının yeri, günü ve saatini belirten bir beyan(açıklama) sunmaları gerekli ve yeterlidir. Bu beyanı toplantının yapılacağı bölgede ikamet eden en az iki kişi tarafından imzalanmalıdır. Kanun'un ikinci maddesine göre beyanı imzalayacak kişiler medeni ve siyasi hakka sahip olmaları ve beşinci maddeye göre toplantının sebebi ve amacını belirtmeleri gerekmektedir.²¹⁸ Söz konusu Osmanlı Kanun'u 1954 tarihli ve 25 sayılı Genel Toplantı ve Toplu Gösteriler İrade'sinin 22. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

²¹⁸ Lahud Abdullah – Cozif Meğzel, **Hukukî'l İnsan el Şahsiye ve'l Siyasiye**, 1. Baskı, Beyrut 1972, s. 96.

bb. Dernekler kurma ve bu derneklere üye olma hakkı:

Esasi Kanun, kanun hükümleri çerçevesinde bu hakkı kullanmayı mubah kılmıştır. Esasi Kanun bu hakkı şu şekilde düzenlemiştir *“İraklılar kanun sınırları içerisinde.....ve dernekler kurma ve bu derneklere üye olma özgürlüğüne sahiptir”* (m. 12). Ancak bu konuyla ilgili düzenlemeler incelendiğinde, bu düzenlemelerin söz konusu hakkı son derece takyit ettiği ortaya çıkar. Bu kanun düzenlemeleri yürütmeye bu derneklerin kurulmasını onaylama yetkisi vermiştir, derneklerin kurulması yürütmenin olumlu kararını bağlanmıştır. Yürütmenin buna izin vermesi gerekmektedir. Yürütmenin buradaki yetkisini sınırlandıran anayasal kural veya yargı makamı yoktur.²¹⁹ 1922 tarihli Dernekler Kurma Kanun’u, 1921’de Irak milli rejiminin kurulmasından sonra, dernek kurma hakkının düzenleyen kanunların birincisidir. Kanunun yedinci maddesi, aynı zamanda işleri bakanına derneğin kurulmasını onaylama hakkı tanımıştır. Dernek kurucularının, bakanlar kurulunun önünde, işleri bakanının bu yöndeki kararına karşı itiraz etme hakları vardır. Kanunun sekizinci maddesine göre, bakanlar kurulunun kendisine sunulan itiraza yönelik kararı kesindir. Kanun işleri bakanına derneklerin sicillerini kontrol edecek memurlar atmama hakkı tanımıştır. 1922 tarihli Dernekler Kurma Kanun’u 1954 tarihine kadar yürürlükteydi. Bu kanun 19 sayılı 1954 tarihli Dernekler İradesi’nin 29. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu iradeyse 1955 tarihli ve 63 sayılı Dernekler Kanunuyla yürürlükten kaldırılmıştır. Burada zikredilmesi gereken şey, dernek kurma özgürlüğünü takyit eden ve işleri bakanının yetkilerini genişleten kurallar açısından 1954 tarihli ve 19 sayılı Dernekler İradesi’nin içerdiği hükümler 1955 sayılı 63 sayılı Dernekler Kanun’un içerdiği hükümlerin aynısıdır (m. 4, 6, 7 ve 16/A).

²¹⁹ Bekri, a.g.e, s. 80.

d. Görüş, İnanç ve Din Özgürlüğü

Esasi Kanun görüş ve yayın özgürlüğünü on ikinci maddede şu şekilde düzenlemiştir; *“Kanun sınırları dahilinde Iraklılar görüş belirtmek ve yayın özgürlüğü.....ne sahiptir”*. Bu bağlamda dikkat çeken şu nokta vardır; burada da Esasi kanun bu özgürlükleri garanti altına almış olsa da, bu konuyu düzenleyen özel düzenlemeler söz konusu hak ve özgürlükleri takyit etmiştir. Zararlı Propagandaları Engelleme²²⁰ ve yayınlar ilgili kanun ve iradeler²²¹ söz konusu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

İnan ve Din özgürlüğü ise, Esasi Kanun'un on üçüncü maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir *“ İslam devletin resmi dinidir. Mezhep gözetmeksizin bu dine ait, Irak'ta bilinen, ibadetleri yerine getirebilme özgürlüğü vardır, bunlara saygı duyulmaktadır ve dokunulmazlığı vardır. Tüm Irak halkının inanç özgürlüğü tamdır ve garanti edilmiştir. Kamu güvenlik, düzen ve ahlaka aykırı olmaması koşuluyla kendi geleneklerine göre herkes dini ibadetlerini yerine getirme özgürlüğü garanti altına alınmıştır”*. Bu hükümden şunu çıkarmak mümkündür, Esasi Kanun farklı dinler mensubu olanların ayin ve ibadet özgürlüğünü ikrar ediyor ve buna özen gösteriyor. Din ve inanç özgürlüğünün

²²⁰ 1938 tarihli ve 20 sayılı Zararlı Propagandaları Engelleme Kanun'un ikinci maddesi zararlı propaganda tabirinin ne anlama geldiğini belirlemiştir:

A. Bağda'i Ceza Kanun'un (Kanuni'l Ukubati'l Bağdadi) yetmiş sekizinci belirtilen yollarla kötü niyetli olarak yayınlanan ve devlete veya uygulanan siyasi rejime karşı kin ve nefreti uyandıran ve kışkırtan veya toplum katmanları arasında nefret ve düşmanlığı körükleyen her türlü yayındır.

B. Yukarıda zikri geçen yolların biriyle yayımlanan ve faklı haber veya bunun naklini ya da doğru haberin tahrif edilen şeklini içeren ve hedefi kamu güvenliğini zarara uğratmak veya devletin dış ilişkilerini bozmak olan her türlü yayını içerir. Kanun ayrıca bakanlar kurulunu, içişleri bakanı tarafından sunulan bir rapora dayanarak, herhangi bir Iraklıyı (söz konusu kişinin zararlı propaganda eyleminde bulunduğu dair kanaatinin oluşmasından sonra), Irak'ta veya Irak'ın belli bölgelerinde ikamet etmesini yasaklamakta yetkili kılmalıdır.

²²¹ 1954 tarihli ve 24 sayılı Yayınlar İradesi'nin (19, 20, 21, 22, 23, 24 ve 25.) maddeleri yayımlanması yasaklanan konuları belirlemektedir: hükümetin izni olmadan kral, kral yardımcısı veya veli ahde (pirinse) ait söz ve açıklamalar, devletin iç ve dış güvenliğini veya kamu düzenini bozmaya yönelik eylemlere kalkışmayı teşvik eden, kanun ve düzenlemelere boyun eğmeme olayını kışkırtan, herhangi bir kanuni tedbirin alınmasını engelleyen, ve suç işlemesini veya toplum fertleri arasında düşmanlık ve nefreti aşıl原因... vs. yayınlanması yasaklanan konulardır. Aynı zamanda başkanının izni olmadan Temsilciler Meclisi veya Ayan Meclisinin toplantı tutanaklarının yayınlanması da mümkün değildir.

ikrarı Esasi Kanun'un diğer maddelerince de pekiştirilmektedir. Müslüman olmayan Iraklılar dini inançlarından dolayı hiçbir ayırımı tabii tutulmazlar (m.6).

e. Kamu Görevlerinde Atanma Hakkı:

Bu hak Esasi Kanun'un on sekizinci maddesiyle garanti altına alınmıştır. *“Iraklılar medeni ve siyasi haklardan yararlanma konusunda eşittirler....askeri veya medeni olsun kamu görevlerinde çalışmak sadece kendileriyle sınırlıdır, yabancılar sadece kanunun belirlediği istisnai hallerde kamu görevinde çalışabilmeleri mümkündür”*. Irak kanun koyucusu, medeni ve askeri görevlerde atama konusunu, bazı istisnai durumlar hariç, Iraklılarla sınırlı tutmakla doğruyu yapmıştır. Bazı istisnai hallerde, durumun hal ve icabı, memurlar kadrosuna almadan, bazı meselelerle sınırlı olmak üzere ve geçici bir süre için, yabancıların çalışmasını gerekli kılabilir.

2. 1925 Tarihli Irak Esasi Kanunu'nda Medeni ve Siyasi Hakların Garantileri

Daha önce de vurgulandığı gibi hakların saygı ve kutsallık konusu olabilmesi için sadece anayasa kurallarının fertlerin bu hakları düzenlemesi yetmez, bunun yanında bunların doğru bir şekilde uygulanmasını sağlayacak ciddi garantilerin öngörülmesi ile korunması gerekmektedir. Böylece kişilerin, kaynağı fertler veya kamu otoritesi olan saldırılardan korkmadan ve çekinmeden, bu haklardan yararlanması mümkün olur.

Bu bölümde Esasi Kanun'da öngörülen garantiler aşağıdaki sıralamaya göre ele alınacaktır:

- A. Anayasal garantiler
- B. Yargısal garantiler
- C. Siyasi garantiler

A. Anayasal Garantiler

Irak Esasi Kanunu'nda öngörülen anayasal garantilere ışık tutmak için, konu iki alt başlık halinde ele alınacaktır:

a. Hukukun üstünlüğü ilkesi

1925 tarihli Irak Esasi Kanunu'nda bu ilkeye açık bir şekilde işaret edilmemiştir. Ancak Esasi Kanunun himayesi altında bu ilkenin ne oranda gerçekleştiğini aşağıdaki gibi mümkündür:

a. Eşitliliğin tüm çeşitleri, hukukun üstünlüğü görünümlerindendir. Bu yüzden çoğu anayasa düzenlemeleri, fertlerin ırak, cinsiyet, dil veya din... ayırımı yapmadan, eşit haklara sahip olduklarını vurgu yapmakta özen göstermiştir. Irak Esasi Kanunu da aynı tutumu sergilemiştir. Irak Esasi Kanunu söz konusu konuyu şu şekilde düzenlemiştir *“ırk, din ve dil bakımından farklı olsalar da, Iraklılar arasında, bunların kanun önünde, sahip oldukları haklar bakımından bir ayırım yapılmaz”* (m.6). Esasi Kanun'un on sekizinci maddesinde aynı esas bir kez daha vurgulanmıştır *“Iraklılar medeni ve siyasi haklardan yararlanma ve üzerlerinde olan kamu görev ve mükellefiyetler bakımından.....eşittirler”*. Ancak söylenmesi gereken üzücü hadise, Esasi Kanun'unda ikrar olunan eşitlik ilkesi, tamamlayıcı kanunlar ve yürütme tarafından çıkarılan iradelerle ihlale uğramış ve uygulamada eksiklik yaşamıştır.²²²

b. Anayasanın tadili: Irak Esasi Kanun'u birinci babın iki maddesini (m.118–119) anayasanın tadiline tahsis etmiştir. Söz konusu iki maddede anayasanın tadili yolu ve tadil tedbirleri düzenlenmiştir. Esasi Kanun'un 118 ve

²²² El cidde Rait Naci, *El Teşriat El Düsturiye Fi'l Irak*, Beyti'l Hikme Yayınları, Bağdat 1998, s. 32; Latif Nuri, *El Kanuni'l Düsturi ve'l Nizami'l Düsturi Fil Irak*, 2. Baskı, Ula'a Yayınları, 1979, s. 238.

119. maddelerinin içeriği, bu anayasanın donuk anayasalardan olduğu ve tadili için alınması gereken karmaşık tedbirlerin normal kanunların tadili yollarından çok daha farklı olduğunu sergilemektedir.²²³

Asıl görevi yasama tarafından çıkarılan kanun, emir ve talimatları uygulamak olan yürütmenin yetkileri, fertlerin hak ve özgürlüklerini kısıtlamak amacıyla, 26. maddenin 3 maddesinde zikri geçen kanun hükmündeki iradeler çıkarmaya kadar, genişledi. Söz konusu maddede düzenlenen ve yürütmeye irade çıkarma hakkı tanıyan hüküm istisnai bir haktır. Bu hakkın kullanılması sadece istisnai hallerle sınırlıdır. Ancak olan şu ki yürütme sınırını aşarak, kendisine sadece istisnai hallerde kullanabileceği bu hakkı, normal bir yetkisi olarak kullanmaya başladı. Böylece yürütme erki, parlamentonun tatile girdiği süre içerisinde yasamanın tam yetkisini kullanmaya başladı.

b. Kuvvetler (erkler) ayrılığı ilkesi

Irak Esasi Kanun'u parlamenter rejimi ve kuvvetler arası ayrılığı var sayan esas üzerine kuruludur. Esasi Kanun'a göre kuvvetler arasında karşılıklı ilişkinin varlığını farz eden ve denge ve işbirliği esasına oturtulan bir var sayılan bir kuvvetler ayrılığı anlayışı vardır. Ancak kanun koyucu yürütme erkine yasama ve yargı erklerine nazaran üstünlük tanımaktadır. Yürütme erki, ümmet meclisi²²⁴ (parlamento) ve krala tevdi edilmiş. Başka bir deyişle yürütme erki parlamento ve kraldan oluşmaktaydı. Esasi Kanun'un 28 maddesine göre *"Yasama erki ümmet meclisi ve krala... Verilmiştir"*. Ümmet Meclisi, Temsilciler ve Ayan Meclisleri olmak üzere iki meclisten oluşmaktaydı. Temsilciler Meclisi seçimle oluşturulmaktaydı. Söz konusu mecliste seçme hakkına sahip olan her yirmi bin erkek seçmen bir milletvekili tarafından temsil edilmekteydi (m. 36).

²²³ El zubeydi Leyis Abdülhasan, **Servet 14 Temmuz Fi'l Irak**, 2. Baskı, Bağdat 1981, s. 20.

²²⁴ Krallık döneminde Irak parlamentosunun özel ismidir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, genel seçim yapma emri krala aitti. Esasi Kanun'un 36/2'ye göre kralın ayrıca temsilciler Meclisini lağvetme ve faaliyetlerini askıya alma yetkisi de vardı. Ümmet Meclisinin (parlamento) ikinci meclisi olan Ayan Meclisi ise, sayısı Temsilciler Meclisinin dörtte bir sayısını geçmeyen üyeden oluşmaktaydı. Bunlar halkın güvenini kazanmış vatana ve millete hizmeti geçmiş kişilerdir. Bu özelliğe sahip kişiler Ayan Meclisi üyeleri olarak kral tarafından atanırlardı (m. 31/1). Esasi Kanun halkın güvenini kazanma hususu neye ve hangi kriterlere göre ölçüleceğini açıklamamıştır, bunu kralın takdirine bırakmıştır.²²⁵ Aynı zamanda Esasi Kanun'un m. 26/2'ye göre Ümmet Meclisinin toplanması emri kral tarafından çıkarılır, Meclisin açılışı, iptal olunması veya askıya alınması kralın emrine bağlıdır. Durum sadece Ümmet Meclisinin oluşturulması ile sınırlı kalmamış, kral yasama organının görevlerine de katılmıştır. Bu katılma, bakanlar kurulunun karar niteliğinde çıkardığı kanun taslaklarını onaylama şeklinde gerçekleşmekteydi. Bu onaylama işlemi söz konusu taslakların Ümmet Meclisine sunulmadan önce yapılmaktaydı (m.26/3). Kral aynı zamanda Esasi Kanun'un 26. maddesine göre, Ümmet Meclisi tarafından çıkarılan kanunları onaylama hakkına da sahipti, kral bu kanunları onaylamadan ve yayınlanması emrini vermeden yürürlüğe girmesi mümkün değildi (m. 26/1). Kral yasama erkinin görevlerine (kanun koyma faaliyetine) katılması yanında, bağımsız olarak kanun hükmünde irade çıkarma hakkına sahipti. Kralın irade çıkarma yetkisi Esasi Kanun'un 26./3'da şu şekilde düzenlenmiştir *"Kral, bakanlar kurulunun muvafakatiyle kanun hükmünde olan irade çıkarma yetkisi de vardır"*. Ancak yasal olarak kralın bu yetkisi (irade çıkarma yetkisi), kamu düzen ve güvenliği korumak, genel bir tehlikeyi engellemek, bütçede sarf edilmesine izin verilmeyen acil tutarların sarfı veya anlaşmadan doğan bağlayıcılıkları yerine getirmek gibi, meclisin tatile girdiği sürede meydana gelen ve acil tedbirlerin alınmasını gerektiren istisnai hallere bağlanmıştır. Esasi Kanun'un 26./3'e göre, Ümmet veya Kurucu Meclis

²²⁵ El kazım Salih Cuvat, *El Nizami'l Düsturi Fi'l İrak*, Bağdat 1980-1981, s. 20.

tarafından onaylanan antlaşmalardan doğan bağlayıcılıkları yerine getirmek için çıkarılan iradeler hariç, meclisin tatilde olduğu sürede kral tarafından çıkarılan diğer tüm iradeler tatil sonrası ilk toplantısında Ümmet Meclisine sunulmalıdır. Görüldüğü gibi anayasa, iradeyi incelemek üzere, meclisi hemen veya belli bir süre içerisinde toplanması şartını aramadan meclisin tatilde olduğu süre esnasında krala kanun hükmünde olan kanun çıkarma yetkisi tanımıştır. Anayasa sadece, meclisin iradeyle ilgili kabul veya ret kararını belli bir süreye bağlamadan, iradenin meclisin ilk toplantısında meclise sunulması gerektiği şartını aramıştır. Esasi Kanun meclise sunulmadığı durumda bu iradenin hükmü ne olacağı belirtilmiş değildir. Esasi Kanun bu halde irade hükmünün lağvedilmiş olacağını açıklamış olması lazımdı, böylece irade parlamentonun (Ümmet Meclisi) toplandığı günden itibaren lağvedilmiş sayılırdı.²²⁶

Burada işaret edilmesi gereken husus, meclisin bu iradeleri reddetmesi durumunda hükümetin söz konusu iradelerin hükümsüz hale geldiği ve ilan tarihinden itibaren lağvedilmiş olduğunu ilan etmesi gerekmektedir. Bu şu demek bu iradeler meclis tarafından reddedilse bile, hükümetin lağv kararını ilan etmesine kadar bunlar geçerliğini muhafaza eder. Bu da meclisin söz konusu iradelerle ilgili denetim yetkisini çiğnemektedir, bu iradeler meclisin bunları ret tarihinden itibaren lağvedilmiş sayılması gerekirdi.

Kralın hegemonyası sadece yasama organını değil, bakanlar kurulu olarak canlanan yürütmeyi de etkisi altına almıştır. Bakanlar kurulu başbakan dâhil olmak üzere en az yedi üyeden (bakandan) oluşmaktaydı (m. 64/1). Kralın mutlak ve bağımsız olarak başbakanı seçme ve kamu çıkarının gerektirdiği hallerde bunu görevden alma yetkisi vardı. Kral başbakan tarafından sunulan bakan adaylarını tayin etme ve görevden istifa etmelerini kabul etme yetkisine de sahipti (m.26/5).

²²⁶ Sabri El Seyit, *El Nuzumi'l Düsturiye Fi'l Biladi'l Arabiye*, El Kahire 1956, s. 271.

Hal sadece bunlarla da sınırlı kalmamış, 1925 tarihli anayasada, 1943 tarihinde 64.maddeye 3.fıkra metni ilave edilerek, yapılan tadille krala gerektiği hallerde tecrübelerinden yararlanmak üzere bakanlıksız bakanlar atama yetkisi tanınmıştır.²²⁷ Bunlara dayanarak şu söylemek mümkündür; kral normal bakan veya bakanlıksız bakanlar olsunlar fiili olarak bakanları seçme faaliyetine katılmaktaydı, gerçekte veya uygulamada da durum böyleydi. Kralın hegemonyası sadece bakanları atamak ve kabineyi oluşturmakla da sınırlı kalmamış bunların çalışmalarını da kapsamaktaydı. Esasi Kanun'un 65. madde gereğince onaylanmak üzere bakanlar kurulu tarafından çıkarılan kararlar krala sunulmalıydı. İşte bu onaylama yetkisine dayanarak kral söz konusu kararların çıkmasını geciktirebilir, bunları tadil edebilir hatta lağvedebilirdi.²²⁸ Hükümet artık kralın kontrolünde bir kurum haline gelmişti, çalışmalarından razı olmadığı hükümetin uzun süre görevde kalması mümkün değildi.

Yargıya gelince, Esasi Kanun'un 71.maddesine göre “*mahkemeler müdahalelerden korunur*”. Ancak fiilen söz konu hüküm uygulanmamaktaydı. Irak Esasi Kanun'u yargı erkini yürütmenin hegemonyasına terk etmişti. Hakim ve Kadı İşleri Komisyonu olarak adlandırılan bir kurumun var olmasına rağmen, hakim ve kadıların tayini, görevden alınmaları, nakilleri ve terfileri Adalet bakanı tarafından yapılmaktaydı. Söz konusu komisyonun çok pasif bir rolü vardı, hatta komisyonun kendisi de yürütmenin hegemonyası altındaydı. Bu komisyonun başkanı, Hakim ve Kadılar Komisyonunun bir kararına dayanmadan kral tarafından çıkarılan bir iradeyle doğrudan doğruya atanan Temyiz Mahkemesi başkanıydı. Komisyon üyesi olan diğer iki üyeden biri adalet bakanlığında çalışan memurlardan veya bakanın atadığı bir hakimdi, diğer üyeyse, Temyiz Mahkemesi hakimlerinden ve Şeri Temyiz Mahkemesi başkanlarından biriydi.²²⁹

²²⁷ Esat, **a.g.e.**, s. 93.

²²⁸ Esat, **a.g.e.**, s. 118.

²²⁹ Bekri, **a.g.e.**, s. 198.

Yukarıdakilerden şunları çıkarmamız mümkündür; Esasi Kanun'da düzenlenmiş bulunan kuvvetler ayrılığı, şekli bir ayrılıktan ibarettir, gerçekte ve uygulamada bundan hiçbir eser yoktur. Yürütmeye (hükümet) nazaran yasama ve yargı organları zayıf konumdaydılar. Kral, teorik ve gerçekte her üç kuvvetten daha güçlüydü.

B. Yargısal Garantiler

Bu başlık altında Esasi Kanun'da yargısal garantiler ele alınmıştır:

a. Kanunların anayasaya uygunluğuyla ilgili yargısal denetim

Bu konu Esasi kanun'un 81. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre *“Siyasi veya kamu görevleri ilgili sanığı bulundukları suçlardan dolayı, bakanları, Ümmet Meclisi üyelerini muhakeme etmek üzere yüksek bir mahkeme oluşturulur. Söz konusu mahkeme, Temyiz Mahkemesi üyelerini de görevleri ile ilgili işlemiş oldukları suçlardan dolayı yargılar. Yüksek Mahkeme bu kanunu ve diğer kanunları yorumlar ve anayasaya uygunluğunu tespit eder”*. Bu maddeden anlaşılan şu ki, Esasi Kanun, kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol etme yetkisini Yüksek Mahkeme olarak adlandırdığı özel bir mahkemeye bırakmıştır.²³⁰ Esasi Kanun (m.82/2)'de söz konusu mahkemenin oluşumunu düzenlemiştir. Bu hükme göre Yüksek mahkeme, başkan hariç, sekiz üyeden oluşur. Bunları Ayan Meclisi aşağıdaki gibi seçer:

- 1- Mahkemenin dört üyesini kendi (Ayan Meclisi) üyeleri tarafından seçer.

²³⁰ Yüksek Mahkemenin kanunların anayasaya uygunluğunu kararlaştırma yetkisi, sadece yasama organı tarafından çıkarılan normal kanunları değil, ayrıca Esasi Kanun'un 26. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak, yürütmenin, irade adı altında çıkardığı kanun hükmündeki kararları da anayasallığını araştırmayı da kapsar (Mirza İsmail, **Mebadil Kanuni'l Düsturi ve'l İlmi'l Siyasi**, el cüzi'l evvel, el Nazariyye'l Amme Fi'l Desatir, 1. Baskı, 1966, s. 226).

2- Mahkemenin geri kalan dört üyesini, Temyiz Mahkemesi üyeleri veya yüksek hakimler arasından seçer.

Mahkeme, Ayan Meclisi başkanın başkanlığında toplanır. Bunun hazır bulunmaması durumunda mahkemenin başkanlığını yardımcısı yapar. Mahkeme üyelik süresi, mahkemenin oluşturulmasını gerektiren meselenin sonuçlandırılması için belirlenen gerekli süre boyunca devam eder. Meselenin sonuçlanması ile mahkeme üyelik süresi de sona erer. Mahkemenin oluşumuyla ilgili Esasi Kanun'a yönetilecek eleştiriler ise, şöyledir: Yüksek Mahkeme üyelerini seçme yetkisini, Ayan Meclisine vermiştir. Bilindiği gibi bu meclis Ümmetler Meclisini (Irak Parlamentosu) oluşturan iki meclisten biridir. Ayan Meclisi'nin tüm üyeleri, halk tarafından değil, yürütme organı tarafından seçilmektedir (m. 31/1). Esasi Kanun'a bu konuda yöneltilecek ikinci eleştiri; Esasi Kanun Yüksek Mahkemeyi oluşturan sekiz üyeden dördününün Ayan Meclisi üyeleri arasından seçilmesi koşulunu aramıştır. Bunlara ilave olarak, Yüksek Mahkemenin başkanı da aynı zamanda Ayan Meclisinin başkanıdır. Yürütme tarafından tayin olunan mahkeme üyeleri aslında daha önce (parlamentoda) yorumlanması ve anayasallığının tespiti gereken kanunla ilgili müzakerelere ve oylamaya katılmış ve görüşlerini bildirmiş kişilerdir. Bunun için söz konusu kanunla ilgili görüşleri peşin olarak bilinmektedir. Çoğu kez Ayan Meclisi kendi üyeleri arasından seçeceği bu dört üyeyi, yürütmenin müzakere konusu olan kanunun kalması veya reddi doğrultusunda, ilgili kanuna yönelik destek veya muhalefet yanlısı olan üyelere seçerdi.²³¹ Yöneltilmesi mümkün olan üçüncü eleştiri ise, kanunların anayasaya uygunluğunu araştırmakla görevlendirilen Yüksek Mahkeme üyelerinin üyeliği sürekli değil, görülmekte olan meselenin incelenmesi için gereken süreye bağlıdır, geçici bir üyeliktir. Bu da zayıf bir noktadır, yürütme organı üye üzerine baskı uygulayarak meselenin çok çabuk sonuçlanmasını sağlayabilir. Üyenin sürekli bir üye olmaması bir önceki

²³¹ El bustani, a.g.e. s. 68.

itibarların değerini arttırır. Üyeliğin sürekli olması, mahkeme oluşturulmadan önce üyeye ilgili olan hususları etkisiz ve değersiz kılar.²³²

Mahkeme dava başvurusunda bulunmaya gelince, anayasallığının araştırılması gereken kanun veya kanun kuralı, bakanlar kurulu veya Ümmet Meclisini oluşturan iki meclisin birinin kararıyla, Yüksek Mahkemeye sevk edilir. Söz konusu sevk kararı Yüksek Mahkemenin toplanmasına yol açmaz, mahkemenin toplanması için, kralın bu yönde bir irade çıkarması ve bakanlar kurulunun muvafakati gerekir. Yüksek Mahkemenin bir kanunun tamamının veya bir kısmının anayasaya uygun olduğunu veya olmadığını kararlaştırmak, mahkeme üyelerinin 2/3 oy çoğunluğu gerekmektedir (m.86). Mahkemenin bir kanunun tamamının veya bir kısmının anayasal olmadığı yönündeki kararı, o kanunu veya anayasaya uygun olmayan kısmının lağvedilmesi sonucunu getirir. Söz konusu kanun veya belli kısmı mahkemenin kararı tarihinden itibaren iptal edilmiş sayılır. Ancak bu halde mahkeme iptal edilmiş hükümlerin uygulanmasından kaynaklanan zararları giderecek düzenlemeler çıkarmalıdır. Mahkemenin kararı kati, kesin ve herkes için bağlayıcılık arz eder. Hiçbir kurum önünde yüksek mahkeme kararına karşı itirazda bulunmak mümkün değildir. Dolayısıyla tüm mahkeme ve daireler söz konusu kararları uygulamalıdır.²³³

Mahkemenin çalışma metoduyla ilgili şu hususlara işaret etmek önem arz eder; mahkemeyi bir kanunun anayasallığını araştırma yapmaya çağırılması için kralın daveti ve bakanlar kurulunun muvafakati gerekir. Dolayısıyla, davet eden tarafın çıkarları doğrultusunda olmadığı için, sözünü ettiğimiz çağırını yapılmayabilir ve böylece anayasaya aykırı olmasına rağmen söz konu kanun yürürlükte kalmaya devam eder. Bu hale, yürütme tarafından çıkarılan iradeler konusunda tanık olmak mümkündür. Bunları Yüksek Mahkemeye sevk edebilecek makam veya güç yoktur. Bu iradeleri söz konusu mahkemeye sevk etme yetkisi bunları düzenleyen yürütme erkine özel bir yetkidir. O halde,

²³² Mirza, a.g.e, s. 243.

²³³ Mirza, a.g.e, s. 228.

yürütmenin çıkarı bunların yürürlükte kalması yönündeyse, anayasallıklarını kontrol etmek üzere söz konusu iradeleri Yüksek Mahkemeye sevk etmesi teorik bakımdan tasavvur edilmesi mümkün müdür?²³⁴ Bu da şu demek oluyor, yürütmenin istediği sürece bu iradeler güvende kalır ve denetlenmez.

Esasi Kanun'a bu alanda bir de şu eleştiriyi yöneltmek mümkündür; Esasi Kanun, kanunların anayasaya uygunluğu itirazını sadece yürütmeye tanımıştır. Vatandaşlar, hak ve özgürlüklerinin korunması için düzenlenmiş bulunan bu haktan (kanunların anayasaya uygunluğu itiraz hakkı) mahrum edilmişlerdir. Yukarıdakilere dayanarak şunu demek mümkündür; Yüksek Mahkeme fertlerin siyasi ve medeni haklarını korumak adına hatırı sayılır ciddi bir koruma sağlamamakta, yasama ve yürütmenin anayasa kurallarını çiğnememeleri için garanti sunmamaktadır.²³⁵

b. Yargının, idari çalışmaları, denetleme yetkisi

Esasi Kanun'un 73. maddesi göre *“Sivil mahkemelerin yargılama yetkisi, normal veya cezai olsun, Irak'taki tüm fertleri kapsar. Bu yetki, bu kanunda veya yürürlükteki diğer kanunlarla beyan edilecek ve medeni ve özel mahkemelerin ihtisasına giren dava ve meseleler hariç, Irak hükümetinin açtığı veya bunun aleyhine açılan tüm davaları kapsar”*.

Yukarıdaki madde metnine dayanarak şunu çıkarmak mümkündür; Irak birleşik yargı sistemini uygulayan ülkelerdendir. Genel yetkiye sahip tek bir yargı kurumundan başka kurum yoktur, bu kurum fertlerin kendi aralarında veya

²³⁴ El saidi Hamit, *Mebadi'l Kanuni'l Düsturi ve Tatavvuri'l Nizami'l Siyasi Fi'l Irak*, el Musul 1990, s. 158; El saidi Nime, *el NUZUMİ'l Siyasiye Fi'l Şarki'l Avsat*, el cüzi'l evvel, El Maarif Yayınları, Bağdat 1978, s. 70.

²³⁵ Şu önemli noktaya işaret etmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme kanunların anayasaya uygunluğu yetkisini sadece bir defa (1938 tarihli ve 20 sayılı zararlı propagandaları engelleme kanunu hususunda) uygulamıştır. Yüksek Mahkeme bu kanunun anayasaya uygun olmadığını kararlaştırmıştır. Anayasaya aykırı olmalarına rağmen hiçbir zaman Yüksek Mahkeme yürütme erki tarafından çıkarılan düzenlemelerin anayasallığını ele almamıştır (Mirza, *a.g.e.*, s. 228).

kendileri ile idare arasında meydana gelen tüm çekişmelere bakmaya yetkilidir. Bu husus daha sonra çıkarılan faklı düzenlemelerle de pekiştirilmiştir. 1958 tarihli ve 88 sayılı Medeni ve Ticari Muhakemeler Usulü Kanun'u söz konusu düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir. Bu kanun'un 18. maddesinde şu hüküm yer almaktadır *“Sivil mahkemelerin yargılama yetkisi, medeni ve ticari dava ve meseleler konusunda, hükümet dâhil tüm gerçek ve tüzel kişileri de kapsar”*²³⁶

C. Siyasi Garantiler

Bu başlık altında Esasi Kanun'da, medeni ve siyasi hakların korunması ile ilgili parlamentonun (Ümmet Meclisi) ve kamuoyunun rolü aşağıdaki gibi ele alınmıştır:

a. Parlamento denetimi

Parlamento, yürütme erkinin çalışmalarını birkaç metotlar denetler:

²³⁶ Irak kanun koyucusu normal yargıya, tüm çekişmelere bakma hususunda genel yargılama vilayeti (yetkisi) tanımış olmasına rağmen, mutlak olan bu yetkiye istisnalar ön görmüştür. Bazı kanunlarda bunların uygulamasından kaynaklanan çekişmelere bakma yetkisini normal yargıya değil, bunlar söz konusu kanunlarca oluşturulacak özel komisyon veya idari meclislere vermiştir. 1936 tarihli ve 69 sayılı devlet Memurlarının Disiplini Kanun'u bu düzenlemelere örnek gösterilebilir. Bu kanun Genel Disiplin Konseyine farklı yetki ve ihtisaslar tanımıştır, bu konseye alt disiplin konseyleri tarafından çıkarılan kararlara etme yetkisi tanımıştır. Bu halde çıkardığı kararlar kesindir ve hiçbir sivil veya idari mahkemenin bu kararlara karşı itiraz hakkı yoktur. Ancak Genel Disiplin Konseyi'nin daire başkanlarının yargılanması konusunda verdiği kararlara karşı, bakanlar kurulu nezdinde, bakanın itiraz etmesi mümkündür. Ancak burada da konseyin karar aracılığı ile verdiği ceza görevden alma haricinde bir disiplin cezası veya aklama kararı olması koşulu aranmaktadır. Konseyin, daire başkanları ile ilgili görevden alma kararı, doğru doğruya bakanlar kuruluna sunulur, kurul bunu onaylama veya daha hafif bir kararla değiştirme yetkisi vardır (El Berzenci İsam Abdülvehap, **El Rikabeti'l Kazaiye Ala amali'l İdare Fi'l İrak ve Afak Tetavuruha**, Mecelleti'l Ulumi'l Kanuniye ve'l Siyasiye, Camiet Bağdat, Külliye't'l Kanun ve'l Siyase, El Mücelledi'l Rabi, el Adadi'l evvel ve'l sani, 1985, s. 166 vd.).

aa. Soru:

Esasi Kanun'un 54. maddesine göre *"Ümmet meclisinde üye olan her kes bakanlara soru yöneltme ve açıklama isteme hakkı vardır. Acil olan ve bakanın muvafakati halleri hariç sorular ve cevaplar üzerinde (yöneltildikleri tarihinden hesaplanarak sekiz gün geçtikten sonra, her meclise has olan iç tüzüğünde belirtildiği şekilde) müzakere yapılır"*. Kanun koyucu, Temsilciler ve Ayan Meclisini için, iç tüzükleri mucibince, soru hakkıyla neyi kastettiğini belirtmiştir. Temsilciler Meclisine ait iç tüzüğün 105. maddesi bu hususu şu şekilde düzenlemiştir *"Temsilciler, Esasi Kanun'un 54.maddesinde zikrolunan haklarını özet ve açık bir şekilde, soru sorarak kullanırlar. Soru bir konu hakkında genel bilgi talep etmektir"*²³⁷. Bunun yanında Temsilciler Meclisi iç tüzüğünün 106–114.maddeleri arasında sorunun nasıl yöneltileceği yol ve niteliğini düzenlenmiştir. Bu husus Ayan Meclisi iç tüzüğünün 48-53.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu hükümlerden şunu çıkarmak mümkündür; parlamento sorusu, soruyu soran parlamento üyesi ve sorumlu bakandan başkasını kapsamaz veya bu çerçeveyi aşmaz. Konuya üçüncü bir kişinin müdahale etmesine yol açmaz. Niteliği itibarıyla parlamento sorusu münakaşa veya bakanlığın güvenilirliğinin sorgulanmasına yol açmaz. Parlamento sorusuyla kast olunan şey, parlamento üyesinin bilgi sahibi olmadığı veya olamadığı bir mesele ya da konu hakkında bilgi edinmek ya da belli bir konuya yönelik hükümetin dikkatini çekmektir. Bakan tarafından sunulan bilgiler parlamento üyesini ikna edecek düzeydeyse mesele çözülmüş demektir. Aktarılan bilgiler ilgili üyeyi ikna edecek düzeyde değilse, bakandan muğlâk kalan kısım hakkında açıklama isteme hakkına sahiptir. Bu hak sadece soruyu yönelten parlamento üyesiyle sınırlıdır. Esasi Kanun veya Ümmet Meclisi iç tüzüğünde sorunun nasıl yönetileceği konusu belirtilmiş değildir. Bakanlardan birine yöneltilecek soru, bunu sormak isteyen üye tarafından özet bir şekilde yazılmış ve kendisi tarafından yönetilmiş olması gerekir. Söz konusu üye sorusunu meclis

²³⁷ Ayan Meclisi iç tüzüğünün 47. maddesi.

başkanına teslim eder. Üye, söz konusu talepte (soru) cevabın yazılı veya sözlü olması gerektiğini açıklamalıdır. İlgili bakan kendisine yöneltilen soruyu cevaplamalıdır ki, parlamento üyeleri bakanların çalışmalarını denetleyebilsin. Ancak Temsilciler Meclisinin iç tüzüğünde şu hüküm yer almaktadır *“Bakan, kamu çıkarını korumak adına kendisine yöneltilen soruyu cevapsız bırakabilir”*²³⁸

bb. Sorgulama:

Esasi Kanun sorgulama hakkını 54. maddede düzenlemiştir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bu maddede ‘sorgulama’ terimi değil, ‘açıklama isteme’ terimi kullanılmıştır. Söylenmesi gereken bir diğer husus, meclis onaylamadığı sürece üye tarafından yöneltilen sorgulama geçerli değil veya kabul edilmiş sayılmaz. Esasi Kanun, bakanlıkları ansızın kararlardan korumak adına, bakanlara münakaşaları 8 gün erteleme talep hakkı tanımıştır. Bu hak, sorgulamanın bakanın güvenilirliği söz konusu yapan hallerle sınırlıdır. Başka bir deyişle sorgulama talebi bakanlığın güvenilirliğini konu yapan bir oylama talebinden ibaretse, bakanın konuyla ilgili münakaşayı 8 gün erteleme talep hakkı vardır. Sözünü ettiğimiz halde bir sonuca varmak uğruna gereken süre (bakanın 8 günlük erteleme talep hakkını ertelemesi durumunda veya Temsilciler Meclisinin süreci hızlandırması hakkını kullanması durumunda) 16 gündür. Çünkü, sorgulamaya (sunulduğu tarihten hesaplanarak) 8 gün sonra bakılır ve bakanlığı güvensizlik oylaması sorgulamayla ilgili müzakerelerin tamamlanmasından itibaren 8 gün sonra yapılır. Ancak bazı hallerde (güvensizlik oylaması sorgulama sonucuna dayanarak değil, asli bir talep olarak sunulduğu hallerde) bakanlığın elinde sadece 8 gün süre vardır.²³⁹

cc. Soruşturma:

Soruşturma hakkı Esasi Kanun’da düzenlenmemiştir. Ancak bu hakka Temsilciler Meclisinin iç tüzüğünde bu hakka şu şekilde işaret edilmiştir

²³⁸ Seyif, a.g.e, s. 340 vd.

²³⁹ Seyif, a.g.e, s. 347.

“Meclis, gerektiğinde parlamento sorgulaması yönünde emir verebilir. Sorgulama, en az 5 ve en çok 15 kişiden oluşan bir komisyon yapar. Sorgulama, ülkenin ekonomik ve siyasi durumunu tehlikeye uğratan önemli siyasi olaylar veya idari faaliyetler söz konusu olduğu hallerde veya seçimlerin güvenliğini ya da fertlerin hürriyetini tehdit eden durumlarda, yapılır”. 124. madde mucibince söz konusu komisyon, çalışmaları ve inceleme sonuçlarını içeren bir rapor düzenlemeli ve bunu meclise sunmalıdır ki, meclis bu konuya yönelik görüşlerini kararlaştırsın. Söz konusu sorgulama komisyonları bazı hallerde (açık bir hükme dayanarak) bazı hallerde soruşturma hâkiminin yetkilerine sahiptir. Şahitleri çağırır ve bunlara yemin ettirir ve bazen sahte şahitlik cezası gibi bazı cezalar uygular. Bu da parlamento çalışmalarını parlamento duvarları arasında sınırlayan genel kurala aykırıdır. Bu kuraldan çıkabilmek için açık bir hükmün varlığı lazım gelir. Esasi Kanun’da ise böyle bir hüküm yer almamaktadır.²⁴⁰

dd. Parlamento önünde bakanlığın siyasi sorumluluğu:

Esasi Kanun’un 66. maddesi bu konuyu şu şekilde düzenlemektedir *“Devlet bakanları, Temsilciler Meclisi önünde, dayanışmalı olarak bakanlıkların çalışmalardan dolayı ve münferit olarak her bakanın kendisine bağlı bakanlık ve daire çalışmalarından dolayı, sorumludur”.* Bu hükme göre, siyasi sorumluluğu hareketlendirme yetkisi Ayan Meclisine değil, Temsilciler Meclisine verilmiştir. Kanun koyucu burada doğru olanı yapmıştır. Çünkü iptale maruz kalan Temsilciler Meclisidir. Siyasi sorumluluk yetkisi Ayan Meclisine verilmiş olsaydı bakanlıklardan daha üstün makamda olurdu, çünkü hükümetin bunu iptal etme yetkisi yoktur.²⁴¹ Esasi Kanun’un 66. maddesine göre, hazır bulunan üyelerinin çoğunluğunun oyuyla hükümetin tamamından veya sadece bakandan güvenoyunu geri alabilir. Birinci durumda hükümetin ikinci durumdaysa bakanın istifa etmesi gerekir. Esasi Kanun’un 66. maddesi siyasi sorumluluğu hareketlendirme yetkisini çok kolay bir şekilde Temsilciler Meclisine tanımış ve

²⁴⁰ El bustani, **a.g.e.**, s. 224.

²⁴¹ Esat, **a.g.e.**, s. 225–234.

bunun için gerekli garantiyi sağlamış olsa da, ancak uygulama Temsilciler Meclisinin bu görevi yerine getirmekte (özellikle hükümetin Temsilciler Meclisini iptal etme baskılarını arttırdığı hallerde) yetersiz kaldığını göstermiştir.

Temsilciler Meclisinin sık sık hükümetler tarafından iptal edilmesi bu meclisinin denetleme görevini yerine getirmesini felce uğratmıştır. Kralın merkeziyetçi arzusunu yerine getirmek, Temsilciler Meclisinde özel bir taraftar kitlesi oluşturmak veya mecliste muhalefetçi üyelerden kurtulmak için, çoğu hükümetler, oluşturulmasının hemen arkasından Temsilciler meclisini iptal ederdi. Böylece temsilci meclisleri hükümetlere tabi hale geldi, hükümetten hesap sormak yerine onun rızasını kazanma peşinde olan bir kurum haline geldi. Hatta bundan ötesi, hükümeti denetleyecek yerde kendi hükümet önünde sorumlu kurum durumuna geldi. Bunun için Irak'ta parlamenter rejim tarihinde Temsilciler Meclisi'nin hükümetin güvenilirliğini oylama konusu yapan bir karar aldığını görmek mümkün değildir. Hatta Temsilciler Meclisi'nin hükümetin güvenilirliğini oylama konusu yapan bir soruşturma başlatma çabasına tanık olmak da mümkün değildir. Buna karşılık Temsilciler Meclisi toplantılarında eleştiri ve itirazda bulunmak ve bazı durumlarda hükümet üzerine acımasızca yürüme vakaları sıkça yaşanmaktaydı. Ancak bunlar hükümete karşı siyasi sorumluluk hareketlendirme düzeyine varmazdı.²⁴² Uygulamaya gelince, kralın ve Ayan Meclisi'nin hükümetlere karşı siyasi sorgulamayı başlatmaları vakasına tanık olmamız Mümkündür. Böylece uygulamada siyasi sorumluluk yetkisi Temsilciler Meclisi'nden kral'a ve Ayan Meclisi'ne geçmiştir. Ayan Meclisi fiili olarak bunu uygulayabilmiş ve kendisine arz olunan hükümetin çalışmalarını durdurmuş ve hükümeti istifa etmeye mecbur etmiştir. Hükümetin meclisi (Ayan Meclisini) iptal etme gibi bir yetkisi yoktur.²⁴³

²⁴² Temsilciler Meclisi'nin siyasi sorumluluğu (sorgulamayı) başlatamaması sadece meclisin iptal edilebileceği endişesine değil, önemi bundan daha az olmayan bir başka sebebe de dayanmaktaydı; hükümetler kral tarafından desteklenmekteydi. Böylece Temsilciler Meclisi de kral tarafından desteklenen hükümetten güvenoyunu geri almaktan çekinmekteydi. Kralın güveni, başbakanın seçilmesinin temelini oluşturmaktaydı, bu güven aynı zamanda bunların ayakta kalmalarının temeliydi (Esat, **a.g.e.**, s. 236, 241).

²⁴³ Esat, **a.g.e.**, s. 233 vd.

b. Kamuoyu denetimi

Yukarıdaki bölümlerde işaret edildiği gibi, kamuoyu denetiminin iktidarda bulunanları alıkoymakta ve genel olarak anayasa hükümlerine ve özellikle fertlerin haklarına saygı duymaları konusunda ana rol oynar. Dolayısıyla Esasi Kanun uygulandığı dönemde, kamuoyunun, siyasi ve medeni hakların korumasındaki rolü aşağıdaki gibi ele alınmıştır.

aa. Basın:

Esasi Kanun basın özgürlüğünü açık bir şekilde ve bağımsız bir madde halinde düzenlememiştir. Ancak bunu dolaylı olarak 12. maddede görüş bilirlere ve yayın özgürlüğü içerisinde garanti altına almıştır. Söz konusu maddeye göre, *“Kanun sınırları dahilinde Iraklılar görüş belirtmek ve yayın özgürlüğü.....ne sahiptir”*. Ancak söz konusu hüküm bu özgürlükleri garanti altına almış olsa da, basın özgürlüğü için ciddi bir koruma sağlamamaktadır. Çünkü bu hüküm, yasama organının basın özgürlüklerini kısıtlayacak ve basın özgürlüğü ile bağdaşmayan bazı düzenlemeler (basını denetleme, izne tabi tutma, ihtar düzenlemesi, durdurma, lağvetme, haciz, idari müsadere ve nakit teminatı gibi) koyma yetkisini bir sınıra tabi tutmadan, görüş belirtme ve yayın özgürlüğünün sınırlarını kanuna bağlamıştır. Esasi Kanun’un bu gibi meselelere önem vermemesi ve Ümmet Meclisi’nin (parlamentonun) halkı doğru bir şekilde temsil etmemesi, yasamanın, basın özgürlüğü ile bağdaşmayan ve bunu ihlal eden, kanunlar çıkarmasına yol açmıştır. Bu kanunlarda anayasal prensibin kendisini sınırlayan ve etkisiz hale getiren hükümler yer almaktaydı. Matbuat üzerine uygulanan denetim, yayın durdurma cezası, gazete veya dergi çıkara bilmeyi içişleri bakanının takdirine bırakma (içişleri bakanı bunlara izin verme

veya engelleme yetkisine sahipti) uygulamaları, anayasal ilkenin felce uğramasına yol açmıştır.²⁴⁴

Irak basınıyla ilgili, eski denetim sistemine işareti içermeyen birçok matbuat kanunu çıkarılmıştır, ancak Irak basını 1935 tarihli ve 18 sayılı Sıkı Yönetim İradesiyle bu sisteme tabi tutulmuştur. Bu iradenin m.14/3'e göre, ordu başkomutanı bir duyuruyla veya yazılı veya sözlü bir emirle birçok tedbir alma hakkı vardır. İhtarda bulunmaya gerek olmadan (yayınlanmadan önce) gazete ve dönüşümlü yayınları denetleme ve yayınlanmasını durdurma emri bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bir başka düzenleme ise, 1940 tarihli ve 56 sayılı Kamu Güvenliğini ve Devletin Selametini Koruma İradesidir. Buna göre, içişleri bakanına gazete, dergi, bülten, kitap ve diğer matbuatları denetleme hakkı tanınmıştır (m.5/2). Son düzenleme ise, 1956 tarihli ve 1 sayılı Olağanüstü Hal İradesidir. Buna göre, başbakana, bakanlar kurulu kararına dayanarak gazeteler, dergiler, bültenler ve diğer tüm matbuatları denetleme konusuyla ilgili beyanname, duyurular, emirler ve kararlar çıkarma yetkisi tanınmıştır (m.2/2).

Yukarıdakilere dayanarak Esasi Kanun'un 12. maddesinde yer alan özgürlükler yok sayılmıştır.

bb. Siyasi partiler:

1921 tarihinden 1958 tarihine kadar Irak'taki partisel yaşamı üç aşamaya bölmek mümkündür:

aaa. Birinci aşama:

Bu aşama 1921–1932 tarihleri arasındaki süreyi temsil eder. Bu aşamada aleni olarak parti çalışmalarına izin verildi. Partiler Irak'ta bir ilk olan parlamento operasyonlarına girdi, resmi olarak yaklaşık 10 siyasi parti kuruldu.²⁴⁵ Bu siyasi

²⁴⁴ El bustani, **a.g.e.**, s. 61.

²⁴⁵ Irak Milli Partisi, Irak Canlanma Partisi, Hür Irak Partisi, Ümmet partisi, Musul'da Irak Milli Partisi, Musul'da Irak İstiklal Partisi, İlerleme Partisi, Halk Partisi, Irak el Ahit Partisi, Milli Kardeşlik Partisi (El

partilerin bazının, halkı milli hedefe yöneltmekte, etkili rolü vardı. Diğer bazının ise bunun aksine olumsuz bir etkisi vardı. İç koşullar, partilere ait siyasi hitabın muğlâklığı ve güçsüz oluşumu, partilerin bilinçli bir halk tabanına dayanmamasından dolayı, söz konusu partiler Irak siyasi hayatından silinip gittiler. Bu dönemde siyaset sahasında Milli Kardeşlik Partisinden başka siyasi parti kalmamıştı. Söz konusu parti Temsilciler Meclisi'nin içinde ve dışında muhalefete liderlik yapmaktaydı. Milli Kardeşlik Partisi'nin çalışmaları, 29/Nisan/1935 tarihinde Yasini'l Haşimi hükümeti tarafından, askıya alındı. Başbakan el Haşimi hükümetinin söz konusu partinin çalışmalarını sona erdirmekle ilgili gerekçesi, eski parti gruplaşmaları sona erdirmeye ve uygulanması beklenen ve reform planlarını destekleyen birleşik cepheyi oluşturmaktı. Böylece söz konusu partinin toplantıları durdurulmuş ve siyasi çalışmalarına son verilmiştir.²⁴⁶

bbb. İkinci aşama:

Bu aşama 1933–1945 tarihleri arasındaki siyasi hayata işaret eder. Bu aşamada Milli Birlik Partisi'nden başka siyasi parti kurulmamıştır. Söz konusu parti de Aralık 1934 tarihinde kurulmuştur. Bu parti daha sonra Eyyubi hükümetinin oluşturduğu Temsilciler Meclisi üyelerinden oluşmaktaydı. Eyyubi hükümetinin hedefi siyasi parti ve oluşumlarının birliğini sağlamaktı. Bu aşamada siyasi nitelikli bazı kültür merkezleri ve dernekler kurulmuştur. 1936'da kurulan Halkın Reformu Derneği ve 1935'te kurulan el Müsanna Derneği, örnek olarak gösterilebilir.²⁴⁷

ccc. Üçüncü aşama:

Bu aşama 1946–1958 tarihleri arasındaki siyasi hayata işaret eder.

cuburi Abdücebbbar Hasan, *el Ahzap ve'l Cemiyati'l Siyasiye Fi'l Kutri'l İraki (1908-1958)*, Bağdat 1977.

²⁴⁶ Cemil Ahlam Hasan, *El Afkari'l Siyasiye Li Ahzapi'l İrakiye Fi Ahdi'l İntidap (1922–1932)*, Bağdat 1985, s. 84.

²⁴⁷ Halil, *a.g.e.*, s. 70.

27/Aralık/1946 tarihinde kralın vasisi olan Abdül İlah bir beyanname yayınlarak, siyasi parti ve toplulukların oluşturulmasına yol vermek ve anayasanın garantörlüğü altında ve partisel yaşam düzenine geçerek doğru bir demokratik hayata yönelmek düşüncesinde olduklarını açıklamıştır. Buna dayanarak, Tevfik el Süveydi hükümetine başvurarak siyasi parti kurma talebinde bulunmuşlardır. 2/Nisan/1946 tarihinde bu gruplardan beşine siyasi parti kurma (İstiklal Partisi, Özgürler Partisi, Demokratik Milli Parti, Halk Partisi, Milli Birlik Partisi). Söz konusu hükümet, komünist üyeler içeriyor gerekçesiyle Milli Kurtuluş partisinin kurulmasına izin vermemiştir. Daha sonra diğer dört partinin kurulmasına izin verilmiştir; bunlar Reform Partisi,²⁴⁸ Anayasal Birlik Partisi, Halk Cephesi Partisi ve Sosyalist Ümmet Partisidir.²⁴⁹

29/Eylül/1947 tarihinde, 1922 tarihli Dernekler Kanun'un 4 ve 10. maddelerine dayanarak, Halk ve Milli Birlik partisinin iznini geri almıştır (kapatmıştır). Hükümetin gerekçesi, izne mazhar olan hedeflerinden uzaklaşmaları, tehlikeli yer altı teşkilatı kurmaya yönelmeleri, halkı devrim yapmak için kışkırtmaları, çarpışmaları teşvik etmeleri ve kaynağı meçhul olan gelirlere, dayanmalarıdır.²⁵⁰

12/Eylül/1954 tarihinde Dernekler Kanun'un 4 ve 10. maddelerine dayanarak Demokratik Milli Partisinin iznini geri aldı (kapattı). Burada da gerekçe izne mazhar olan programlarından uzaklaşması ve ülkenin kanun ve düzenlemelerine saygı duymayan yasal olmayan taraflarla işbirliği yapmasıydı.²⁵¹

²⁴⁸ 14/Temmuz/ 1951 tarihinde, bezedikleri ve aynı hedefe hizmet ettikleri için, Reform Partisiyle Sosyalist Ümmet Partisi birleşti (El cuburi, **a.g.e**, s. 188).

²⁴⁹ Nuri El Sait liderliğindeki Anayasal Birlik Partisi ile Salih Cebir'in liderliğini yaptığı Sosyal Ümmet Partisi, rejimi destekleyen partilerdirler. İktidarda olan otoriteler, sözü edilen ve faaliyetleri yükselişte olan partilere karşı koyma gayreti olarak karşıt partiler kurmaya kalkıştılar. Böylece, siyasi hayata saldırmak adına Aynasal Birlik Partisi ve Sosyal Ümmet Partisi kuruldu (El zubeydi Leyis, **a.g.e**, s. 56; El hasani, **Tarihi'l Vezarat el İrakiye**, el cüz el sabi, s. 24).

²⁵⁰ El hasani, **Tarihi'l Vezaraati'l İrakiye**, el cüz el sabi, s. 180.

²⁵¹ El hasani, **Tarihi'l Vezarat el İrakiye**, el cüz el tasi, s. 153.

29/Eylül/1954 tarihinde, içişleri bakanı, 1954 tarihli ve 19 sayılı Dernekler İradesi'nin 25. maddesine dayanarak, bir beyanname çıkardı. Bu beyanname mucibince tüm parti ve siyasi kulüpler kapatıldı. Böylece aleni partisel hayata *“Bu İrade yürürlüğe girmeden önce kurulmuş bulunan tüm oluşumlar lağvolunur ve bu irade hükümleri mucibince tasfiye edilir”* son verildi. Bu irade hükümleri mucibince lağvolunan ve (Irak'ın her tarafında) kapatılan dernek ve kulüp sayısı 468' e ulaştı, bu hal 1958'e kadar devam etti.²⁵²

3. 1925 Tarihli Irak Esasi Kanunu'nda Medeni ve Siyasi Hakların Takyitleri

Irak kanun koyucusu medeni ve siyasi hakları düzenlerken bir diğer taraftan bunların devamlı olarak kullanılabilmesini garanti almak adını bir de bunların takyitlerini düzenlemiştir. Kanun koyucu burada söz konusu hakların mutlak haklar olmadığı köşesinden hareket etmiştir, bu hakları bir taraftan diğer fertlerin hak ve özgürlüklerine saygı duymak ve bir diğer taraftan kamu çıkarlarının korunması hususları takyit eder. Buna dayanarak bu bölümde ilk olarak Esasi Kanun'a göre olağan daha sonra olağanüstü (istisnai) hallerde medeni ve siyasi hakların takyitleri ele alınacaktır.

A. Olağan Hallerde Medeni ve Siyasi Hakların Takyitleri

Esasi Kanun 5. maddede vatandaşlık hakkına işaret etmiş ve bunun özel bir kanun tarafından düzenleneceğine vurgu yapmıştır. Aynı kanunun yedinci maddesinde ise *“Irak'ta oturan herkesin şahsi özgürlüğü tecavüz ve müdahalelerden korunur, kanun hükmü olmaksızın hiçbir Iraklının yakalanması,*

²⁵² 1956 tarihinde Demokratik Milli Parti ile İstiklal Partisi liderleri Kurultay Partisi adı altında bir parti kurmaya çalıştılar, ancak hükümet buna izin vermedi (Hüseyin Fadıl, *el Fikri'l Siyasi Fi'l İraki'l Muasır (1914-1958)*, Bağdat 1984, s. 78; Halil, *a.g.e.*, s. 275 vd.).

tutuklanması, cezalandırılması, oturduğu yeri değiştirmeye zorlanması, takyit edilmesi ve silahlı kuvvetlerde hizmet etmeye mahkûm edilmesi mümkün değildir” hükmü yer almaktadır. Böylece Esasi Kanun açık olarak bir kanun hükmüyle fertlerin yakalanmaları, tutuklanmaları, cezalandırılmaları, oturdukları yerleri değiştirmeleri, takyit edilmeleri ve silahlı kuvvetlerde hizmet etmelerinin mümkün olduğunu hükme bağlamıştır. Aynı zamanda kanunun sekizinci maddesi de konutların korunduğu, ancak bir kanun hükmünün belirlediği hal ve yollarla denetlenmesi ve kontrol edilmesinin mümkün olduğunu düzenlemiştir. Posta, telgrafla mektuplaşma ve telefonla görüşmenin kutsallığı konusunda da aynı hal söz konusudur. Esasi Kanun’un 15. maddesi kanun belirlediği hal ve yollarla bu hakların takyit edilebileceğinin hükme bağlamıştır. İnanç ve din özgürlüğü konusunda da Esasi Kanun (m. 13) kamu güvenlik, düzen ve ahlakı korumak adına bir kanun hükmüyle söz konusu hakların takyit edilebileceğini hükme bağlamıştır “*İslam devletin resmi dinidir. Mezhep gözetmeksizin bu dine ait, Irak’ta bilinen, ibadetleri yerine getirebilme özgürlüğü vardır, bunlara saygı duyulmaktadır ve dokunulmazlığı vardır. Tüm Irak halkının inanç özgürlüğü tamdır ve garanti edilmiştir. Kamu güvenlik, düzen ve ahlaka aykırı olmaması koşuluyla kendi geleneklerine göre herkesin dini ibadetlerini yerine getirme özgürlüğü garanti altına alınmıştır*”. Yani dini vecibeleri yerine getirebilme özgürlüğü, bunun kamu güvenliği, düzene ve adabı tehlikeye uğratmaması koşuluna bağlanmıştır. Iraklıların görüş ve yayın özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, dernekler oluşturma ve bu derneklere olabilmeye özgürlüğünün kanunla takyit olunabileceğini belirten Esasi Kanun’un 12. maddesinde de aynı hal söz konusudur. Esasi Kanun’un 18. maddesine göre, kamu görevlerinde çalışabilme hakkı sadece Iraklılarla mahsus bir haktır, ancak kanunun belirlediği istisnai durumlarda yabancıların da söz konusu görevlerde çalışabileceği hükme bağlanmıştır; bu da bir çeşit kanuni takyittir. Kamu meselelerine katılma konusunu düzenleyen 36. maddede de bir kanuni takyit yer almıştır, buna göre “*temsilciler meclisi, her yirmi bin erkeğin bir temsilcisi olmak üzere, seçimle*

oluşturulur". Esasi Kanun'un 42.maddesinde "otuz yaşını dolduran ve kendisinde 30. maddede sayılan engellerden biri olmayan her Iraklı kendini aday gösterebilir" bir başka takyit ön görülmüştür. Söz konusu maddeye göre Temsilciler Meclisine aday olma ve seçme hakkı sadece erkeklerle sınırlandırılmıştır. Kadınlar seçime katılma ve aday olma hakkından mahrum edilmiştir.

Yukarıdaki bilgilere dayanarak Esasi Kanun'da yer alan ve fertlerin medeni ve siyasi hakları ile ilgili olan maddeler "kanun sınırları dâhilinde", "kanun mucibince" veya "kanunun belirlediği hal ve yollarla" tabirleri ile takyit edilmiştir. Anayasa bir taraftan bu anayasal hükümlerle bağdaşmayan ve buna muhalif olan kanunları men edecek hiçbir garanti sunmamış ve diğer taraftan Esasi Kanun (matbuat, dernekler, genel toplantılar ve Ümmet Meclisi tarafından çıkarılan veya yürütme tarafından çıkarılan ve irade aracılığıyla Ümmet Meclisi tarafından onaylanan hak ve özgürlüklerle ilgili olan diğer kanunlarda olduğu gibi) özel kanunların anayasal kuralları ne oranda takyit edeceğini belirlememiştir. Anayasada daha sonra çıkarılacak özel kanunların anayasal kuralları ne oranda takyit edeceği belirlenmiş olsaydı, yasama ve yürütmenin organı söz konusu kanunları çıkarırken yetki sınırını aşmamaları garanti altına alınmış olurdu.

B. Olağanüstü Hallerde Medeni ve Siyasi Hakların Takyitleri

Devletler çoğu kez peşin olarak savaş, savaş tehdidi veya savaş dolayısıyla (tehlikeli iç karışıklıkları) meydana gelen eserleri ortadan kaldırmak ve doğal afetler gibi durumların meydana geleceğini kestirir ve bu gibi tehlikeleri önlemek adına bazı anayasal kurallar koyar. Irak kanun koyucusu aynı şekilde davranmıştır. Esasi Kanun'un 26/9 ve 120. maddelerinde "istisnai hal teorisi/

olağanüstü hal” şu şekilde düzenlenmiştir “*kral...bu kanunun hükümleri mucibince örfi idare veya olağan üstü hal ilanında bulunabilir*”.

Esasi Kanun’un yüz yirminci maddesinin birinci fıkrasındaysa “*Irak’ın herhangi bir bölgesinde kargaşalar meydana geldiği veya meydana gelebileceğine dair işaretler var olduğu hallerde veya Irak’ın herhangi bir bölgesinin saldırıya maruz kaldığı durumlarda, kralın (bakanlar kurulunun muvafakatini aldıktan sonra), geçici olarak kargaşaların söz konusu olduğu veya düşman saldırısına maruz kalan bölgelerde, örfi idare ilan etme hakkı vardır*” hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise “*Irak’ın herhangi bir bölgesinde bir tehlikenin meydana geldiği, isyan veya barışı tehlikeye sokan bir halin söz konusu olduğu durumlarda kralın (bakanlar kurulunun muvafakatini aldıktan sonra) Irak’ın tamamında veya belli bir bölgesinde olağanüstü hal ilanı hakkı vardır. İlanın kapsadığı bölge özel kanun mucibince yönetilir. Söz konusu özel kanuna göre kişiler belirli suçlardan dolayı özel mahkemeler önünde yargılanır ve bazı kurumların alacağı idari tedbirler hükme bağlanır*”.

Yukarıdaki hükümlere dayanarak aşağıdakileri söylemek mümkündür:

- a. Irak Esasi Kanun’u, örfi idare veya olağanüstü hal ilanı yetkisini yürütmeye vermiştir.²⁵³ Her ne kadar söz konusu yetki kanuna (Esasi Kanun’un 28.maddesine) göre Ümmet Meclisine tanınan bir haktır. Söz konusu madde mucibince kanun koyma yetkisi Ümmet Meclisi ve kral olmak üzere yasama organına verilmiştir. En azından, sözünü ettiğimiz hal ilan edildikten hemen sonra, bu halin devam edip veya iptali konusunda görüş bildirmek üzere Ümmet Meclisi toplantıya davet edilmeliydi. Kral, örfi idare veya olağanüstü hali ilan ederken bakanlar kurulunun muvafakatini almakla

²⁵³ Kurucu Meclis’in bazı üyeleri, örfi idare ilanı yetkisinin yasama organın (parlamento) kontrolünde olması için çabalamıştır. Ancak bu çabalar başarıyla sonuçlanmamış, Çünkü bu sistemle (örfi idare ilanı yetkisinin yürütme organında olması sistemi), diğer hususları göz ardı ederek, o dönemde iktidarda olan otoritenin kuvvetlendirilmesi istenmiş. (Nasif Sadun Antar, **Ahkami’l Zurufi’l İstisnaiye Fi’l Teşrii’l İraki**, Yüksek Lisans Tezi, Camiet Bağdat, Külliyesi’l Kanun, 1980, s. 176).

yükümlüdür, bir diğer taraftansa, bakanlar konseyi başkanın ve üyelerinin tayini ve görevden alma yetkisi yine krala aittir.²⁵⁴

b. Esasi Kanun'un 26. maddesi, örfi idare veya olağan üstü hal ilanı yetkisini (ilan edilmesi gereken halleri belirlemeden) krala tanımıştır. Ancak 120. maddede bunun aksi ön görülmüştür. Bu maddeye göre, örfi idare veya olağanüstü hal, durumları (örneğin kargaşaların söz konusu olduğu veya vuku bulacağına dair işaretlerin var olduğu durumlarda, düşmen saldırısı tehlikesinin var olduğu, tehlikenin meydana geldiği, isyan çıkması veya barışı tehlikeye sokacak durumlarda) belirlemiştir. Burada değinilmesi gereken bir önemli husus vardır; 120. madde zikri geçmeyen birçok hali bu madde kapsamına sokmak mümkündür. Bunun için Esasi Kanun'un 120. maddesi eleştiri konusudur. Söz konusu madde örfi idare veya olağanüstü hal ilanı durumlarını örnekseme yoluyla değil münhasır olarak belirlemeliydi.²⁵⁵ Söylenmesi gereken bir diğer husus, 120. maddenin birinci fıkrasının örfi idarenin ilan edilebilmesi için belirlediği durumlar, olağanüstü hal ilanı için aynı maddenin ikinci maddesinde belirlenen hallerden farklı değildir.

c. Esasi Kanun'un 120. maddesinin 1. fıkrasına göre, örfi idare halinin ilanı kargaşa ve düşman saldırılarıyla teması olan bölgelerde söz konusu olur. Burada “*teması olan bölgelerde*” ifadesinin kullanılması doğru bir tercih değildir. Çünkü bu hüküm örfi idarecilere, örfi idareye tabi olmayan bir bölgede meydana gelen bir fiilin örfi idareyle yönetilen bir bölgeyle temasta olduğunu bahane ederek o bölgeyi de örfi idareye tabi tutma yetkisini tanımaktadır. Bunun sonucu olarak örfi idare ilanı yetkisi, istisnai durum yaşayan bölgeden, daha geniş bir bölgeyi kapsamış olur.²⁵⁶

²⁵⁴ Bilindiği gibi, bakanlar kurulunun onayını aldıktan sonra, örfi idare ve olağanüstü hal ilanı yetkisi krala aittir.

²⁵⁵ 1921–1958 Irak'ta kraliyet döneminde, örfi idare hali 16 defa ilan edilmiştir (El hasani, **Tarihi'l Vezarati'l İrakiye**, el cüz el aşir, s. 316).

²⁵⁶ Nasif, **a.g.e.**, s. 187.

- d. Anayasal hüküm örfi idare veya olağanüstü hal süresini belirlememiştir. Bu da bu yetkinin (örfi idare veya olağanüstü hal yetkisini) krala ve kendi tarafından tayin olunan bakanlar kurulunun muvafakatine bırakıldığını gösterir. Bu da kalıcı örfi idare veya olağan üstü durumlar olarak adlandırılan hallerin inşa edilmesine yol açar.²⁵⁷
- e. Esasi Kanun'un 120.maddesinin 2. fıkrasına göre, olağanüstü hal ilanına tabi olan bölgeler özel kanuna tabidir, bu kanun hükümleri mucibince kişiler işlemiş oldukları bazı suçlardan dolayı özel mahkemeler önünde yargılanır. Bilindiği gibi söz konusu mahkemelerin varlığı medeni ve siyasi insan haklarının açık bir şekilde ihlali demektir.

II. 16 TEMMUZ 1970 TARİHLİ IRAK GEÇİCİ ANAYASASI'NIN MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA YÖNELİK TUTUMU

16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasının medeni ve siyasi haklara yönelik tutumu üzerine ışık tutmak için bu konu aşağıdaki başlıklar altında ele alınmıştır:

- 1- 16 TEMMUZ 1970 TARİHLİ IRAK GEÇİCİ ANAYASASINDA MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR**
- 2- 16 TEMMUZ 1970 TARİHLİ IRAK GEÇİCİ ANAYASASININ MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA YÖNELİK GARANTİLERİ**
- 3- 16 TEMMUZ 1970 TARİHLİ IRAK GEÇİCİ ANAYASASINDA MEDENİ VE SİYASİ HAKLARIN TAKYİTLERİ**

²⁵⁷ 1935 tarihli ve 18 sayılı Örfi İdare İradesi'ne dayanarak Irak 1935 tarihinden itibaren 13.07.1958 kraliyet rejiminin çöküşüne kadar örfi idareyle yönetildi (El bustani , **a.g.e**, s. 164).

1. 16 Temmuz 1970 Tarihli Irak Geçici Anayasasında Medeni ve Siyasi Haklar

16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası üçüncü babını genel hak ve sorumluluklarını düzenlemeye tahsis etmiştir. Ancak buna rağmen bu hakla ilgili bazı hükümler geçici anayasanın diğer baplarında (Irak'ın yönetim şeklini düzenleyen hükümler arasında veya Irak Cumhuriyetinin sosyal ve ekonomik temellerini düzenleyen ikinci bapta) yer almaktadır.

16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasında düzenlenen medeni ve siyasi haklar aşağıdaki gibi ele alınmıştır:

A. Medeni Haklar

Bu haklar aşağıdakileri kapsamaktadır:

a. Yaşam Hakkı

Irak'ın diğer anayasaları gibi 1970 tarihli geçici anayasa da yaşam hakkını açık olarak düzenlemeyi ihmal etmiştir. Ancak söz konusu anayasanın 22. maddesinin a. fıkrasında insanın saygınlığının korunur olduğu ve psikolojik olsun veya fiziksel olsun her türlü işkence yapılmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır.²⁵⁸

²⁵⁸ 57. maddenin n. fıkrasında Irak Cumhurbaşkanı (özel af çıkarma ve idam hükümlerini onaylamaya) yetkili kılınmıştır. 1973 tarihinde yapılan ilk tadile göre, söz konu yetki (idam hükümlerini onaylamak ve özel af çıkarmak) 1993 tarihinde yapılan 14 dördüncü tadilde bu yetki m.58/n. Fıkrası olarak yer almış ve şu ifade (özel af çıkarmak) kullanılmıştır.

b. Özgürlük ve Şahsi Güvenlik Hakkı

1970 tarihli Irak geçici anayasası bu hakla ilgili bir hüküm içermez. Ancak söz konusu anayasa bu hakka farklı maddeler içerisinde işaret etmiştir. Böylece 29 Nisan 1964 tarihli Irak geçici anayasası ve 21 Eylül 1968 tarihli Irak geçici anayasasının izlediği yolu uygulamıştır.

1970 tarihli Irak geçici anayasasının 20.maddesinde, yasal bir yargılamaca suçluluğu kanıtlanıncaya kadar sanıkların masum olduğu, kanun hükümlerince sorgulama ve yargılamanın tüm aşamalarında, savunma hakkının kutsal olduğu ve mahkemece aksi kararlaştırılmadığı sürece yargılama duruşmalarının aleni olduğu hükmü yer almaktadır. Aynı anayasanın 21. maddesinde ise, cezanın şahsi olduğu, kanun hükmü olmadan hiçbir suç veya cezanın söz konusu olmadığı ve suçun işlediği zamanda yürürlükte olan cezadan daha ağır bir cezanın uygulanmasının mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Bu anayasanın 22. maddesinde ise “A. *İnsanın saygınlığı korunur ve psikolojik olsun veya fiziksel olsun her türlü işkence yapılması yasaktır. B.Kanun hükmü olmaksızın hiç kimse yakalanamaz tutuklanamaz, hapis edilemez ve aranamaz*” hususlarının altı çizilmiştir.

c. Eşitlik Hakkı

1970 tarihli Irak geçici anayasası bu hakkı, 19. maddesinin a. fıkrası olarak şu şekilde düzenlemiştir “*Vatandaşlar, cinsiyet, ırk, dil, sosyal katman veya dinden dolayı bir ayırım yapmadan, kanun önünde eşittirler*”. Burada değinilmesi gereken bir husus vardır; bu fıkrada kanun koyucu vatandaşların genel hak ve sorumluluklar bakımından eşit olduklarını değil, sadece kanun önünde eşit olduklarını düzenlemiştir. Böylece 1970 tarihli geçici anayasa burada önceki anayasalarda uygulanan yoldan farklı bir yol izlemiştir. Önceki

anayasalarda vatandaşların, genel hak ve sorumluluklar bakımından, yasa önünde eşit oldukları hükmü yer almaktaydı. Kanun önünde eşitlik, eşit haklara sahip olmanın bir görünümüdür. Yukarıda da vurgulandığı gibi eşitliğin iki görünümü vardır:

aa. Haklar bakımından eşitlik

aaa. Kanun önünde eşitlik: Bu tür eşitlik anayasanın (m. 19/a.)’da *“Vatandaşlar, kanun önünde eşittirler.....”*

bbb. Yargı önünde eşitlik: Bu hak anayasanın 63.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir *“A. yargı bağımsızdır ve kanundan başka hiçbir otoriteye tabi değildir. B. Yargıdan yararlanma hakkı herkes için garanti edilmiştir”*

ccc. Kamu görevine atanmakta eşitlik: Anayasa bu hakkı 30.maddenin b. fıkrasında tekeffül etmiştir. Buna göre *“Kamu görevini üstlenmekte eşitlik kanun tarafından tekeffül edilir”*.

bb. Genel sorumluluk bakımından eşitlik: Bu hakkı aşağıdakileri kapsar:

aaa. Vergi ödemek bakımından eşitlik: Anayasa bu hakkı 35.madde olarak şu şekilde düzenlemiştir *“Her vatandaş mali vergileri ödemekle yükümlüdür. Kanun hükmü olmaksızın mali vergilerin farz edilmesi veya tadil edilmesi mümkün değildir”*.²⁵⁹

bbb. Askerlik yapmakta eşitlik: 1970 tarihli geçici anayasa bu tür eşitliği 31.maddesinin a. fıkrasında şu şekilde düzenlemiştir *“vatani savunmak, kutsal bir görevdir ve vatandaş için bir şereftir. Bayrak hizmeti zorunludur ve yerine getirilmesi kanunla düzenlenir”*. Anayasanın bu tür hakkı düzenlemiş olmasına rağmen, fiili bakımdan gerçekleşmedi, çünkü bedelli askerlik (para karşılığı askerlik hizmetinden af olmak) uygulaması uygulanmaktaydı.

²⁵⁹ El butسانی, a.g.e, s. 133.

d. Özgürce Taşınma (Seyahat Etme) Hakkı

1970 tarihli Irak geçici anayasası bu hakkı 24. maddesinde tekeffül etmiştir. Söz konusu maddede bu hak şu şekilde düzenlenmiştir *“vatandaşın yurt dışına seyahat etmesini veya yurda geri dönüşünü yasaklamak mümkün değildir. Kanunların belirlediği haller hariç ülke içerisinde taşınmasını veya ikamet etmesini takyit etmek mümkün değildir”*. Bu hak 1959 tarihli ve 55 sayılı Cevaz Sefer (pasaport) Kanun’u kanunuyla düzenlenmekteydi. 1999 tarihine kadar yürürlükte kalan söz konusu kanun 1999 tarihli ve 32 sayılı Cevaz Sefer (pasaport) Kanun’un 13. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 1999 tarihli ve 32 sayılı pasaport kanunu vatandaşın ülke dışına seyahat etme hususunu ikinci madde birinci bendin a. fıkrasında, şu şekilde düzenlemiştir *“Pasaport, geçiş belgesi ve her yönüyle geçerli bir seyahat etme belgesi taşıyanlar haricinde Irak’ı terk etmek mümkün değildir”*. Kanun, ikinci maddenin birinci bendinin a. fıkrasında yer alan hükümlerden, aşağıdakileri müstesna kılmıştır:

aa. 15 yaşını doldurmamış ve babası veya annesiyle (isimi birisinin pasaportunda yazılmış olması ve fotoğrafının yapıştırılmış olması koşuluyla) seyahat edenler. Ebeveyninin birisinin isteği ve şer’i velisinin muvafakatiyle söz konusu kişi için özel (müstakil) bir pasaport çıkarmak mümkündür.

bb. Irak Cumhuriyetinin de taraf olduğu bir uluslararası anlaşma mucibince affolunan kişiler.

cc. Irak’a ulaşan ve seyahatini tamamlamak üzere Irak’ı terk eden gemi ve uçaklarda çalışan mürettebat, Irak’ta hizmet etmeyi bırakıp veya hizmeti tamamlayıp ülkesine geri dönen mürettebat veya Irak’ta gemi veya uçakta mürettebat sıfatıyla çalışan kişiler.

dd. Alışlagelen kendi bölgelerinde olan veya normal çalışmaları gereği Irak’ın kara sınırını aşan göçebe aşiret fertleri.

ee. Bu kanunun 6. maddesi mucibince müstesna kılınan herkes.

1999 tarihli ve 32 sayılı kanun'un beşinci maddesi mucibince, emniyet genel müdürü veya bunun yetkili kıldığı kişi, adalet, güvenlik veya istisnai olarak bazı durumlardan dolayı, herhangi bir kişinin Irak dışına çıkmasına izin vermemesi konusunda yetkili kılınmıştır. Bu yasaklamaya dayanarak, seyahat etmesi yasaklanan kişi, idari mahkeme önünde, söz konusu yasaklama kararına karşı itirazda bulunabilir.

Anayasanın, taşınma özgürlüğü hakkını açık bir şekilde tekeffül etmesine rağmen ve pasaport kanunun bunu düzenlemesine rağmen otorite tarafından çıkarılan kararlar söz konusu hakkı takyit etmeyi amaçlamıştır. Rejim, seksenli yıllarda vatandaşların Irak dışına çıkmalarını ve bazı şartların var olmadığı halinde kadınların Irak dışına çıkmalarını yasaklamıştır. Aynı zamanda Irak dışına çıkmak isteyenler seyahat resimlerine tabi tutulmuştur.

e. Konut Dokunulmazlığı ve Haberleşme Gizliliği Hakkı:

1970 tarihli konutların dokunulmazlığını 22.maddesinin c. fıkrasında şu şekilde düzenlemiştir *“Konutlar dokunulmazdır, kanunda belirlenen haller haricinde konutlara girmek veya arama yapmak mümkün değildir”*. Böylece anayasa, kanunda zikri geçmeyen bir gerekçe veya delil olmaksızın konutların kutsallığının ihlal edilmesini tekeffül etmiştir. Ancak burada anayasaya yöneltilebilecek eleştiri şu ki, konutların kutsallığı hakkını öneminden dolayı, özgürlük ve şahsi güvenlik hakkından ayrı ve bağımsız bir madde halinde düzenlemeliydi.

Haberleşme gizliliği hakkına gelince, bu hak anayasanın 23. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir *“Posta, telgraf, telefon aracılığıyla yapılan haberleşmelerin gizliliği korunur, kanunun belirlediği sınır ve usullere göre, adalet ve güvenlik gereksinimleri olmaksızın bunları açığa çıkarmak mümkün değildir”*. Bu hükümle 1970 tarihli Irak geçici anayasası Irak'ta Cumhuriyet

döneminde çıkarılan ve haberleşmenin gizliliğini düzenleyen ilk anayasadır. Bu dönemde çıkarılan önceki anayasalar söz konusu hakkın düzenlemesini ihmal etmiştir.

B. SİYASİ HAKLAR

Bu haklar aşağıdakilere kapsar:

a. Vatandaşlık Hakkı

Bu hak anayasanın altıncı maddesinde “*Vatandaşlık ve hükümleri kanun tarafından düzenlenir*”. Böylece anayasa (diğer Irak anayasalarının yaptığı gibi) vatandaşlığın düzenlenmesini özel kanuna bırakmıştır. Ancak bu anayasa Irak’ın bir önceki 21 Eylül 1968 anayasasının (bu konuda) arkasında kalmıştır. Çünkü 1968 anayasası bu konuda temel bir ilke kabul etmiştir. Buna göre, 6 Ağustos 1924 tarihinden önce Irak’ta oturan ve daha önce Osmanlı vatandaşlığını taşıyan ve Irak vatandaşlığını seçen Iraklı bir aileye mensup olan Iraklının vatandaşlığı düşürülemez. Burada söylenmesi gereken bir diğer husus 1970 anayasasında vatandaşlıkla ilgili hüküm, Irak Cumhuriyetine ilişkin birinci bapta ve devletin siyasi rejimini düzenleyen hükümleri arasında düzenlemiştir. Önceki anayasalarda ise, vatandaşlıkla ilgili hüküm fertlerin haklarına mahsus bap veya bölümde düzenlenmiştir. Böylece vatandaşlık, 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasına göre vatandaşın bir hakkı olarak sayılmamaktadır.

16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasının yürürlükte olduğu dönemde 1963 tarihli ve 43 sayılı Vatandaşlık Kanun’u uygulanmaktaydı.

b. Genel Meselelere Katılma Hakkı

1970 tarihli geçici anayasa genel meselelere katılma hakkını 47. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre *“Ulusal Meclis, farklı siyasi, iktisadi ve sosyal alanlarda, halkın temsilcilerinden oluşur. Ulusal Meclis’in oluşturulması, üyelik yolları, işleyişi ve yetkileri Ulusal Meclis Kanun’u olarak adlandırılan özel bir kanunla belirlenir”*. Bu hak ayrıca anayasanın elli yedinci maddesinin d. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir *“Ulusal Meclis, adaylığa muvafakat ettiği tarihten hesaplanmak üzere, en fazla 60 içerisinde gizli ve özgür oylama yöntemiyle, genel halk referandumu yapılır. Referandumla ilgili tedbirler kanun tarafından düzenlenir”*.

Yukarıdaki anayasal hükümlere dayanarak, Ulusal Meclis Kanun’u ve Halk Referandumunu Düzenleme Kanun’u, çıkarılmıştır.

aa. Ulusal Meclis Kanun’u

1980 tarihli ve 55 sayılı Ulusal Meclis Kanun’u genel meselelere katılma hakkını 12. maddesinde şu şekilde düzenlemiştir *“Erkek olsun bayan olsun, kanunda belirlenen şartları taşıyan her Iraklının Ulusal Meclis seçimlerine katılma veya kendisini aday gösterme hakkı vardır”*.²⁶⁰ Ancak söz konusu kanun 1995 tarihli ve 26 sayılı Ulusal Meclis Kanun’un 90.maddesinin birinci bendiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun’un 13.maddesiyle söz konusu hak yine şu şekilde düzenlenmiştir *“Erkek olsun bayan olsun, bu kanunda belirlenen şartları taşıyan her Iraklının Ulusal Meclis seçimlerine katılma veya kendisini aday gösterme hakkı vardır”*. Bu kanunun 14. maddesindeyse, seçmende bulunması gereken şartlar belirlenmiştir. Buna göre Iraklı olan ve 18 yaşını tamamlayan herkes Ulusal Meclis seçimlerine katılabilir. Bu kanunun 15.maddesi Ulusal Meclis üyeliğine aday olma şartlarını aşağıdaki gibi düzenlemiştir:

²⁶⁰ El cidde, *El Teşriaati’l İntihabiye Fi’l İrak*, s. 192.

aaa. Yabancı asıllı olmayan ve doğumla Iraklı olan ana ve babadan doğumla Iraklı olan veya yabancı asıllı olmayan doğumla Iraklı bir babadan ve doğumla Arap bir anneden olmalıdır.

bbb. Tam ehliyetli ve 25 yaşını doldurmuş olmalıdır.

ccc. Allah'ın varlığına, anayasanın temel ilkelerine ve 17–30 Temmuz Devrimine inanıyor olmalıdır ve Kadisiyet Saddam²⁶¹ ve Ummü'l Maarik²⁶² savaşlarına iştirakı gönüllü olarak, başışta bulunarak, çalışma ve üretim şeklinde olsun veya fikri ve edebi eserleriyle olsun katılımı faal, seçkin kapasite ve imkânlarına uygun olmalıdır. Aynı zamanda Kadisiyet Saddam ve Ummü'l Maarik Savaşları'nın Irak'ın şerefle şanını yükselttiklerine, Irak'ın toprağını, suyunu, semasını, güvenlik ve mukaddesatını korumak için bunlardan başka bir yolun olmadığına inanıyor olmalıdır.

ddd. Sosyalizme inanıyor olmalı ve davranışı da sosyalizmle bağdaşıyor olmalıdır.

eee. Askerlik durumu sağlam olmalıdır.

fff. Askerlikten firari veya geri kalmış olmamalı veya firari ve geri kalmış olmasına askerlik hizmetine geri döndükten sonra nişan, yiğitlik madalyası, üstün başarı madalyası veya Ummü'l Marik Savaşı alametlerini almış olmalıdır.

ggg. Yabancıyla evli olmamalıdır.

ğğğ. Yüz kızartıcı bir suçtan dolayı cezalandırılmış olmamalıdır.

²⁶¹ Irak tarafından İran-Irak Savaşına verilen isimdir.

²⁶² Irak tarafından,1991 Birinci Körfez Savaşına, verilen isimdir.

hhh. En az ortaokul diplomasını veya buna eşit bir diplomayı taşıyor olmalıdır.

Aynı zamanda kanun, Irak'ın Ağustos 1990 tarihinden itibaren ambargoya²⁶³ tabi tutulduğu yıllarda ticaretle uğraşanları kendilerini Ulusal Meclis adayı olarak göstermekten mahrum etmiştir. Söz konu mahrumiyet, ambargonun kalkacağı tarihten itibaren iki seçim dönemini kapsar.²⁶⁴

Yukarıdakilere dayanarak, kanun Ulusal Meclis üyeliği için aradığı bazı şartların makul ve mantıklı olmadığını söylemek mümkündür. Bunların bazı Ulusal Meclis adayında bulunması gereken (olmazsa olmaz) ana kuraldır *“Doğumla Iraklı.....veya tam ehliyetli....olmalıdır”*. Diğer bazı ise, çoğu kişiyi kendini aday göstermekten alıkoyan (Kadisiyet Saddam ve Ummü'l Maarik Savaşları'nın Irak'ın şerefle şanını yükselttiklerine, Irak'ın toprağını, suyunu, semasını, güvenlik ve mukaddesatını korumak için bunlardan başka bir yolun olmadığına inanıyor olmalı veya Irak üzerine iktisadi ambargo uygulandığı tarihte ticaretle uğraşanların kendilerini Ulusal Meclise aday göstermekten... mahrum etmek kuralları gibi) bir engel oluşturmaktadır.

bb. Ulusal Referandum Kanun'u

1995 tarihli 13 sayılı Ulusal Referandum Kanun'u, genel meselelere iştirak etme hakkını 2. maddesinde şu şekilde düzenlemiştir; *“Aşağıdaki şartları taşıyan Iraklı erkek veya kadının referanduma katılma hakkı vardır: 1. 18 yaşını tamamlamış olmalı 2. tam ehliyetli olmalı 3. askerlik durumu sağlam olmalı ve 4. yüz kızartıcı bir suçtan dolayı bir cezaya çarptırılmış olmamalıdır”*.

²⁶³ Birleşmiş Milletler, Saddam'ın Kuveyt'i işgalinden sonra, bir müeyyide olarak Irak üzerine iktisadi ambargo farz etmiştir.

²⁶⁴ 1995 tarihli ve 26 sayılı Ulusal Meclis Kanun'u, silahlı kuvvetler ve iç güvenlik mensuplarının seçimlere katılmalarını açıklamamıştır. Söz konusu kanunun 17. maddesinde şöyle bir hüküm yer almaktadır *“Bu kanunun 15.maddesinde belirlenen şartları taşıyan silahlı kuvvetler ve iç güvenlik kuvvetleri mensupları, kanun hükmünce istifaları kabul edildikten sonra, kendilerini Ulusal Meclis adayı göstermeleri mümkündür”* (El cidde, **El Teşriaati'l İntihabiye Fi'l Irak**, s. 230).

c. Görüş, Özgürce Toplanma, Dernek Oluşturma ve Bu Derneklere Üye Olma Hakkı

1970 tarihli Irak geçici yasası görüş, özgürce toplanma, dernek oluşturma ve bu derneklere üye olma hakkını 26.maddesi olarak şu şekilde düzenlemiştir *“Anayasa, anayasanın hedeflerine uygun ve kanun çerçevesinde özgürce görüş belirtme, yayın yapma toplanma, yürüyüş düzenleme, siyasi parti, sendika ve dernek kurma hakkını tekeffül eder. Devlet, ilerici ve milli devrim yoluyla bağdaşan bu özgürlükleri kullanabilmek için lazım olan gereksinimleri, sağlamaya çalışır”*²⁶⁵

Yukarıdakilere dayanarak şunları söylemek mümkündür: Anayasanın görüş, yayın ve toplanma özgürlüğü ve dernek ve siyasi parti kurma hakkını tekeffül etmesine rağmen, bu hakları düzenleyen kanunlar bunları takyit etmeye çalışmıştır. Görüş ve basın yayın özgürlüğü ilgili 1968 tarihli ve 206 sayılı Matbuat Kanun’u (bu kanun 1970 tarihli Irak geçici anayasası yürürlükte olduğu müddetçe uygulanmaktaydı) 16 ve 17.maddelerinde yayınlanması yasaklanan konuları belirlemiştir. Buna şu konuların yayınlanması yasaktır; *“Cumhurbaşkanı, Devrim Konseyi Başkanı veya başbakan veya başbakan vekili veya devrime, anlayışına, cumhuriyet rejimine ve kurumlarına hakaret eden ve sömürgeci, ayrılıkça, irticacı ve bölgeselci düşüncelere hizmet eden veya ülkenin iç ve dış güvenliğini bozmaya tahrik eden veya Cumhurbaşkanı, herhangi bir Devrim konseyi üyesi, başbakan veya bunun vekilinin açıklaması ve sözünü karşı tahrik eden....”*²⁶⁶

²⁶⁵ El cidde Rait Naci, *Teşirati’l Cemiyyat ve’l Ahzabi’l Siyasiye Fi’l Irak*, 1. Baskı, Beyt El Hikme, Bağdat 2002, s. 88.

²⁶⁶ Şerif Meysem Hanzal, *El Tanzimi’l Desturi ve’l kanuni Li Hurriyeti’i Sahafa Fi’l Irak (Dirase Mukarene Fi’l Matbui’l Devri)*, Yüksek Lisans Tezi, Bağdat 1999, s. 35.

Toplantı yapma özgürlüğü veya hakkına gelince, 1959 tarihli 115 sayılı Genel Toplantı ve Gösteri Kanun'u tazyitlerle dolu içeriğiyle yürürlükte kalmaya devam etti.

Dernek kurma hakkına gelince, 1960 tarihli ve 1 sayılı Dernekler Kanun'u 2000 yılına kadar yürürlükte kalmaya devam etti. 2000 yılında 13 sayılı Dernekler Kanun'u çıkarıldı. Bu kanun'un üçüncü maddesi, erkek bayan her Iraklıya, kanun hükümleri mucibince, denek kurma veya buna üye olma veya dernekten çekilme hakkı tanında. Bu kanun dördüncü maddesi ise, derneğin hedeflerini, programlarını ve düzenlerini belirlemektedir. Söz konusu kanunun beşinci maddesi dernekleri, kanun hükümlerine mucibince hedefleri gerçekleştirebilmeleri için, barışçıl ve demokratik yollar kullanma şartına tabi tutmuştur.

Siyasi partiler konusuna gelince, bu hak 1991 tarihine kadar bu hak 1960 tarihli ve 1 sayılı kanunla düzenlenmekteydi. Bu tarihte siyasi partiler bağımsız bir kanuna tabi tutulmuştur, 1991 tarihinde 30 sayılı Siyasi Partiler Kanun'u çıkarılmıştır. Söz konusu kanun mucibince, Irak'ta Siyasi Partilerin çerçevesi çizilmiş ve belirlenmiştir.²⁶⁷

d. Din ve İnanç Özgürlüğü

16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası din ve inanç özgürlüğünü 25. maddesinde tekeffül etmiştir. Buna göre *“Din ve inanç özgürlüğü ve dini ayinleri gerçekleştirme faaliyetleri tekeffül edilmiştir. Ancak bunlar anayasa ve kanun hükümleriyle ve kamu ve ahlak düzeniyle çelişmemelidir”*.

²⁶⁷ El cidde, Teşirati'l Cemiyyat ve'l Ahzabi'l Siyasiye Fi'l Irak, s. 85.

e. Kamu Görevlerinde Atanma Hakkı

1970 tarihli Irak geçici anayasası bu hakkı 19 maddesinin b. fıkrası olarak şu şekilde düzenlemiştir *“Kanun sınırları içerisinde tüm vatandaşlar için fırsat eşitliği garanti edilmiştir”*. Bu hak üzerine bir de anayasanın 30.maddesinin b. fıkrasıyla vurgu yapılmıştır *“Kamu görevlerini üstlenmekte eşitlik kanun tarafından tekeffül olunur”*. Böylece, 1970 tarihli Irak geçici anayasası cumhuriyet döneminde kamu görevlerini açık bir şekilde tekeffül eden ilk anayasadır. Cumhuriyet döneminde çıkarılan önceki anayasalar bu hakkı, haklarda eşitliği düzenleyen madde hükümleri içerisinde tekeffül etmiştir.

2. 16 Temmuz 1970 Tarihli Irak Geçici Anayasasının Medeni ve Siyasi Haklara Yönelik Garantileri

Bu başlık altında, 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasında medeni ve siyasi hakların garantileri aşağıdaki plan izlenerek ele alınmıştır:

A- Anayasal Garantiler.

B- Yargı Garantileri.

C- Siyasi Garantiler.

A. Anayasal Garantileri

Yukarıda da zikredildiği gibi medeni ve siyasi hakların anayasal garantileri kendisini, hukukun egemenliği (üstünlüğü) ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri şeklinde, gösterir. Dolayısıyla anayasal garantiler aşağıdaki başlıklar altında ele alınmıştır:

a. Hukukun egemenliği (üstünlüğü) ilkesi

1970 tarihli Irak geçici anayasası bir önceki anayasalar gibi hukukun üstünlüğü ilkesini açık bir şekilde düzenlememiştir. Ancak söz konusu ilkeye bağlayıcılığın ne oranda olduğunu aşağıdaki şekilde tespit etmek mümkündür:

aa. Söz konusu anayasa 19.maddesinin a. fıkrasında eşitlik üzerine şu şekilde vurgu yapmıştır *“Vatandaşlar, cinsiyet, ırak, dil, sosyal katman veya din farkı gözetmeden, hukuk önünde eşittirler”*. Bu hükümle anayasa, vatandaşlar arasında münhasır olarak sayılan esaslardan dolayı bir ayrımın yapılamayacağını belirlemiştir. Buna karşılık söz konusu hükmün mefhumu muhalifinden, vatandaşlar arasında ayrım yapılması için bazı esasların var olduğunu, çıkarmak mümkündür. Böylece 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası Irak’ın bir önceki anayasası olan 29 Nisan 1964 tarihli anayasasının (bu bakımdan) arkasından kalmıştır. Çünkü 29 Nisan 1964 anayasasında söz konusu esaslar münhasır değil, örnek olarak zikredilmiştir.

bb. Anayasa 5.maddesinin b. fıkrasında Kürk halkının ve geri kalan diğer azınlıkların haklarını şu şekilde ikrar etmiştir *“Irak halkı Arap ve Kürt milleti olmak üzere iki ana milletten oluşmaktadır. Bu anayasa Irak’ın toprak bütünlüğü içerisinde Kürt halkının ve tüm azınlıkların yasal haklarını ikrar eder”*. Böylece 1970 tarihli Irak geçici anayasası cumhuriyet döneminde çıkarılan anayasalarda var olan eksikliği tamamlamıştır. Bu anaysalar sadece Kürt halkının milli haklarını ikrar edip diğer azınlıkların milli haklarını görmezden gelirken 1970 tarihli Irak geçici anayasası tüm azınlıkların milli haklarını da ikrar etmiştir.

cc. Anayasanın tadili: 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası, 66. maddesinin b. fıkrasında anayasayı tadil edecek makamı belirlemektedir. Bu fıkra göre anayasayı tadil etme yetkisi Devrim Konseyine bırakılmıştır, tadil

kararı Konsey üyelerinin üçte iki çoğunluğuyla alınır. Ancak söz konusu hüküm tadil işlemlerini belirtmemiştir.²⁶⁸ 1970 tarihli anayasa, anayasanın tadili için Devrim Konseyi üyelerinin üçte iki çoğunluk şartını aramış olsa da, söz konusu anayasanın tadil konusunda donuk anayasalardan olmadığı, bunun aksine esnek anayasalardan olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü tadil bakımından donuk nitelikli anayasalar tadil için özel çoğunluğun sağlanmasını şartını değil, çok kompleks tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir. Anayasanın Devrim Konseyi tarafından çıkarılmış olması ve tadil yetkisinin de aynı Konseye bırakılmış olması, bu anayasanın esnek nitelikte olduğu kanıtlayan başka bir delildir.²⁶⁹

dd. Anayasa, yasama organını yürütme organından ayıran sınırı belirgin bir şekilde çizmemiştir. Anayasa Devrim Konseyine (ülkede en yüksek yasama organı), başkanı tarafından kullanılmak üzere, yürütme yetkisi de tanımıştır. Bu yetki, bakanlıklar ve diğer devlet kurumlarının çalışmalarını denetlemek, bakanlıklarıyla ilgili meseleleri müzakere etmek üzere bakanları davet etmek ve gerektiği halde bunları sorgulamak ve Devrim Konseyini konu hakkında bilgilendirmekten ibarettir (m. 44/4). Diğer taraftan anayasa bakanlar konseyine de yasama yetkisi tanımıştır. Anayasaya göre bakanlar konseyi, kanun taslaklarını hazırlama ve bunu yasama organına sevk etme yetkisi vardır. Buna ilaveten, anayasa cumhurbaşkanına gerektiği halde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi tanımıştır (m.57/c.)

ee. 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası, tüm vatandaşların yargıya gitme hakkı garanti altında olduğunu vurgulamıştır. Ancak yargı organını düzenleyen kanunları ele alıp incelediğimizde, söz konusu hakkın takyit edildiği ortaya çıkacaktır. Örneğin 1979 tarihli ve 160 sayılı Yargıyı Düzenleme Kanun'un 10. maddesine göre, "*yargı, egemenlik işlerinden sayılan davalara bakmaz*".

²⁶⁸ El cidde, el Teşriaati'l Düsturiye Fi'l Irak, s. 112.

²⁶⁹ El kazım, el Nizami'l Düsturi Fi'l Irak, s. 98.

b. Kuvvetler ayrılığı ilkesi

Irak'ta anayasal gerçek şunu göstermektedir: yasama erki birden çok organ tarafından (Devrim Konseyi, cumhurbaşkanı ve Ulusal Meclis) kullanılmaktadır. Buna ilaveten Devrim Konseyi, Irak'ta en üst yasama organı sayılmaktaydı. Söz konusu konseyi kanun ve kanun hükmündeki kararname çıkarma yetkisine sahipti. Devrim Konseyi ayrıca yürürlükte olan kanunların uygulanmasıyla ilgili gerekli kararları çıkarma hakkı vardı. Konseyin yetkileri sadece anayasanın 42. maddesinde zikri geçen yetkilerle sınırlı değildir. Bunun yanında anayasanın 52, 53 ve 54'ci maddeleri Konseyin Ulusal Meclisle birlikte kullandığı diğer yetkilerini de düzenlemiştir. Bu yetkiler ise, yasa taslağı sunmak, cumhurbaşkanı veya Ulusal Konsey üyelerinin dörtte bir çoğunluğu tarafından önerilmiş bulunan yasa taslaklarını ikrar etmekten ibarettir.²⁷⁰

Cumhurbaşkanına gelince, anayasanın 53. maddesinde cumhurbaşkanına kanun taslağı önerisinde bulunma hakkı tanınmıştır. Ayrıca 28.01.1993 tarihli ve 15 sayılı Devrim Konseyinin kararıyla yapılan anayasanın 23 sayılı tadiliyle cumhurbaşkanına kanun hükmünde kararname çıkarma hakkı tanınmıştır, bu da hukuki açıdan büyük bir olgudur. Böylece cumhurbaşkanı da, anayasanın (m.42/a)'da Devrim Konseyine tanımış olduğu yasama yetkisine benzer bir yetkiye kavuşturulmuştur.²⁷¹

Ulusal Meclis ise, milletin temsilcisi olarak yasama yetkisine sahipti, ancak bu söz konusu meclisin yasama alanında bağımsız bir yasama yetkisine sahip olduğu anlamına gelmez. Ulusal Meclis kanun koyma yetkisini Devrim Konseyiyle birlikte kullanır.²⁷² Ayrıca Ulusal Meclis üyelerinin kanun tasarısı önerme yetkileri de iki şartla takyit edilmiştir: birincisi, kanun tasarısı Meclis üye sayısının dörtte biri tarafından önerilmiş olması ve ikincisi, önerilen kanun

²⁷⁰ El cidde Rait Naci, *Dirasat Fi'l Şuuni'l Düsturiye'l İrakiye*, El Hayrat yayınları, Bağdat 2001, s. 40 vd.

²⁷¹ El cidde Rait Naci, *Dirasat Fi'l Şuuni'l Düsturiye'l İrakiye*, s. 177.

²⁷² El cidde Rait Naci, *El Teşriaati'l İntihabiye Fi'l Irak*, s. 246.

tasarısının askeri veya kamu güvenliğiyle ilgili olmaması takyitleridir (m. 54). Böylece, 16 Temmuz 1970 anayasası Ulusal Meclisi, Devrim Konseyi ve cumhurbaşkanından sonra gelen bir kanun koyucu konumuna getirmiştir. Söz konusu anayasa 62. maddesinin a. fıkrasında bakanlar konseyini kayıtsız şartsız her türlü kanun tasarısı hazırlamakta yetkili kıldığı halde, Ulusal Meclisin (milletin temsilcisini) kanun tasarısı önerme yetkisini askeri ve kamu güvenliğiyle ilgili olmaması şartıyla takyit etmiştir.

Yürütmeye gelince, 1973 tarihli ve 567 sayılı Devrim Konseyinin kararıyla anayasada yapılan birinci tadille bakanlar konseyinin oluşturulacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu anayasanın 61.maddesinin a. fıkrası mucibince söz konusu konsey bakanlardan oluşmakta ve başkanlığı da cumhurbaşkanına bırakılmıştır, cumhurbaşkanı aynı zamanda bakanlar konseyi veya kurulunun da başkanıdır. 1979 tarihinde yapılan anayasanın dördüncü tadili mucibince bakanlar konseyi, cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlardan oluşmaktaydı. Konseyin başkanlığı yine cumhurbaşkanına verilmiştir. Bu hal 1991 yılına kadar devam etmiştir. 1991 tarihinde Devrim Konseyinin 83 sayılı kararıyla anayasada yeni bir tadil yapılmıştır. Böylece anayasanın 61. maddesinin a. fıkrasına göre, bakanlar konseyi (kurulu) başbakan, başbakan yardımcıları ve bakanlardan oluşmaktaydı. Söz konusu madde ayrıca bakanlar konseyinin tanımına yapmıştır. Buna göre bakanlar konseyi, cumhurbaşkanı tarafından çizilen devletin genel siyasetini yürüten kurumdur. Anayasanın 61. maddesinin c. fıkrasına göre, cumhurbaşkanı uygun gördüğü hallerde bakanlar konseyi toplantılarına başkanlık yapabilir. Anayasanın 58. maddesinin d. fıkrasına göre, bakanlar konseyi başkanını, başkan yardımcılarını ve bakanları atma ve görevden alma yetkisi cumhurbaşkanına aittir. Burada işaret edilmesi gereken husus şudur ki, 29/05/1994'ten itibaren cumhurbaşkanı bakanlar konseyi başkanlığını da üstelenmiştir.

Yargı organına gelince, anayasanın 63. maddesinin a. fıkrasına göre, yargı bağımsızdır ve kanundan başka hiçbir otoriteye tabi değildir. Söz konusu

maddenin (c) fıkrasına mucibince, mahkemelerin oluşturulması, mahkemelerin derece ve yetkileri, hâkim ve kadıların tayini, terfileri, yargılanmaları ve emekliye ayrılma yolları kanun tarafından belirlenir. Böylece kanuna göre, kadıların tayini ve görevlerinin sona erdirilmesi cumhurbaşkanı tarafından yapılır.

1979 tarihli ve 160 sayılı Yargıyı Düzenleme Kanununa göre, tüm hâkim, kadı ve yargılamakla yetkilendirilen memur, kurum ve komisyonları kontrol etme yetkisi adalet bakanına verilmiştir (m. 55/ birinci). Yukarıdaki bilgilere dayanarak şunu söylemek mümkündür: 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası cumhurbaşkanına geniş yasama ve yürütme yetkisi tanımıştır. Söz konusu anayasaya göre, Irak Cumhuriyeti kurum ve kuruluşları arasında yetki genişliği bakımından en üst planda olan cumhurbaşkanı makamıdır.

B. Yargı Garantileri

Bu başlık altında, 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası mucibince, medeni ve siyasi hakların korunması konusunda yargının rolü ele alınmıştır:

a. Kanunların anayasallığıyla ilgili yargı denetimi

16 Temmuz 1970 tarihli anayasa kanunların anayasaya uygunluğuyla ilgili yargı denetimini düzenlememiş, yargının bağımsız olduğu ve yargıya gitme hakkını garanti altına almakla yetinmiştir. Yani anayasada kanunların anayasallığı konusunda denetleme yetkisinin hangi makama ait olduğunu belirleyen bir hüküm mevcut değildir. Anayasanın bu konuda ve Yüksek Anayasa Mahkemesinin geleceği konusunda suskun kalması doktrinde görüş ayrılığına yol açmıştır.

Birinci görüşe göre, 1970 tarihli anayasanın Yüksek Anayasa Mahkemesine işaret etmemesi, 1968 tarihli ve 159 sayılı Yüksek Anayasa Mahkemesinin Kanunun yürürlükten kaldırıldığı anlamına gelmez. Bu görüşü savunanlar görüşlerini 1970 tarihli geçici anayasanın 69.maddesine dayandırmaktadır. Bu maddede şu hüküm yer almaktadır *“bu anayasanın yürürlüğe girmesinden önce uygulanmakta olan tüm kanun ve Devrim Konseyi kararları geçerliliğini korur. Anayasada belirtilen yollardan başka yolları izleyerek söz konusu kanun ve kararların tadili veya yürürlükten kaldırılması mümkün değildir”*. Bu hüküm 1968 tarihli ve 159 sayılı Yüksek Anayasa Mahkemesi Kanununun yürürlükte kalmasını icap ettirir. Söz konusu anayasa hükmü mucibince, bahsedilen kanun anayasanın belirlediği yol ve makam tarafından ilga edilinceye kadar yürürlükte kalmaya devam eder. Binaenaleyh Yüksek Anayasa Mahkemesi Kanunu ilga edilmediği sürece, Yüksek Anayasa Mahkemesi kanunen varlığını korur (mevcuttur) ve kanunda belirlenen yetkilerini kullanabilir.²⁷³

İkinci görüşe göre ise, 1968 tarihli ve 159 sayılı Yüksel Anayasa Mahkemesi Kanunu 1968 tarihli Irak geçici anayasasıyla birlikte ilga edilmiş ve yürürlükten kaldırılmıştır. 1968 tarihli Irak geçici anayasası Yüksek Anayasa Mahkemesinin oluşturulmasıyla ilgili bir hüküm içermekteydi ve 1968 tarihli ve 159 sayılı kanunda bu anayasal hükme dayanılarak çıkarılmıştır. Şimdi 1968 tarihli Irak geçici anayasası lağvedilmiş ve yerine 1970 tarihli Irak geçici anayasası çıkarılmıştır. Bunun yanında 1970 tarihli anayasada bahsedilen kanunla ilgili açık bir hüküm yok ve anayasa, kanunların anayasallığını denetleyen bir taraf olarak Yüksek Anayasa Mahkemesiyle ilgili bir işaret içermez. Böylece 1968 tarihli ve 159 sayılı Yüksek Anayasa Mahkemesi Kanunu hukuki dayanağı olan 1968 tarihli Irak geçici anayasasıyla birlikte yürürlükten kaldırılmıştır. Bu görüşe göre Yüksek Anayasa Mahkemesinin hukuki varlığı

²⁷³ El hasan Malik Dohan, *El Medhal Lidiraseti'l Kanun*, el cüz el evvel, Bağdat, 1972, s. 327; Latif Nuri, *El Rikabe Ala'l Kavanin ve Himayeti'l Şeriye'l Düsturiye Fi'l Aktar el İştirakiye ve'l Irak*, Miceleti'l Kaza, Sayı. 3, 1973, s. 72.

yoktur. Yürürlüğe girmesinden önce uygulanmakta olan tüm kanunların yürürlükte kalmaya devam edeceğini hükme bağlayan 1970 tarihli anayasanın 69. maddesine gelince, bu görüşte olanlara göre söz konusu anayasal hüküm niteliği ne olursa olsun tüm kanunların yürürlükte kalacağı anlamını taşımaz. Bu anayasal hükme göre yürürlükte kalmaya devam edecek kanunlar anayasal nitelikte olmayan yani anayasanın açık bir şekilde çıkmasını hükme bağlayan kanunlardan olmamalıdır. Anayasal niteliğe sahip kanunlar yani anayasanın çıkarılmasını gerektirdiği ve konusunu belirlediği kanunlar ise, varlığını ön gören anayasanın yürürlükten kaldırılmasıyla lağvedilmiş sayılır. Bunun aksini söylemek, anayasal olmayan kanunların var olduğuna işaret eder. Bu da çok tehlikeli bir durumdur anayasa koyucusu bunu kastetmiş olamaz.²⁷⁴ Doktrindeki görüşler ne olursa olsun, biz ikinci görüşte olanlara katılmaktayız. Yüksek Anayasa Mahkemesi, varlığına işaret etmeyen 16 Temmuz 1970 tarihli anayasayla ortadan kaldırılmış ve hukuki dayanağı lağvedilen 1968 tarihli ve 159 sayılı Yüksek Anayasa Mahkemesi Kanununu da yürürlükten kaldırılmıştır.

b. İdarenin çalışmalarıyla ilgili yargı denetimi

16 Temmuz 1970 anayasası normal yargının yanında bir de idari yargının (Danıştay gibi) oluşturulmasıyla ilgili bir işaret bulunmaktadır. Bu da Irak'ta normal yargının genel yetkiye sahip olduğunu gösterir. Özel bir hükümle müstesna kılınanlar hariç olmak üzere, normal yargı, idari davalar dâhil her türlü davaya bakmakla yetkilidir. Bununla beraber idari yargının oluşturulması gerektiğini savunan görüş, bu görüşüne savunmaya devam etmiştir. Bu görüşü savunanların çabası, idari yargının oluşturulmasıyla ilgili hükmün Hukuk Düzeninde Reform Kanunda yer almakla sonuca varmıştır. 1977 sayılı ve 35 sayılı Hukuk Düzeninde Reform Kanun'un adli teşkilatın reformuyla ilgili

²⁷⁴ El hasan, **a.g.e.**, s. 327-328; El bekri Abdülbaki, **El Medhal Lidiraseti'l Kanun ve'l Şeriatî'l İslamiye**, el cüz el evvel, Eladab Yayınları, Necef 1972, s. 354.

bölümünde şu hüküm yer almaktadır “*yargıda ihtisas prensibini gerçekleştirmeye çalışmak, adli teşkilatın sosyal ve ekonomik dönüşümleri gerçekleştirme kapasitesine sahip olabilmesi için devlet ve kamu sektörü ve meslek örgütleri memurlarıyla ilgili davalara ve bakanlıklar, kamu kuruluşları veya kamu sektörünün taraf olduğu çekişmeleri çözmek üzere özel mahkemeler oluşturmak*”. Buna dayanarak 1977 tarihli 140 sayılı İdari Mahkemeler Kanunu çıkarıldı ve bu kanunun hükümleri mucibince Irak’ta ilk defa olarak idari mahkemeler olarak adlandırılan mahkemeler kuruldu.²⁷⁵ Ancak bu mahkemelerin oluşturulması, idari yargı sistemini uygulayan ülkelerde olduğuna benzer (bu mahkemelerin oluşumu ve normal yargıdan bağımsızlığı ve yetkileri bakımından) bir idari yargının oluşmasına yol açmadı. Bu kanunun getirdiği yenilik birleşik yargı (normal)’nın kanuni sistemi içinde yeni mahkemeler oluşturulmasından ibaretti. Bu mahkemeler, çekişmenin idari, medeni veya ticari nitelikte olup olmadığına bakmasızın, genel olarak idari makamların taraf olduğu çekişmelere bakmakla yetkilidir. Böylece söz konusu mahkemelerin geri kalan diğer asliye mahkemelerinden bir farkı yoktur. Sadece bahsedilen mahkemeler idari makamların taraf olduğu davalara bakmaya yetkilidir. Dolayısıyla önemsiz olan bu fark idari mahkemelerin, 1979 tarihli ve 160 sayılı Yargıyı Düzenleme Kanununu tadil eden 1988 tarihli ve 16 sayılı kanun tarafından lağvedilmesini haklı kılmış veya gerekçesini oluşturmuştur.²⁷⁶

Yukarıdakilere dayanarak, Irak yargı sisteminin birleşik yargı anlayışı üzerine kurulu olduğu,²⁷⁷ 1979 tarihli ve 65 sayılı Devlet Şurası Meclisi (Meclis Şura el Devle) Kanununu ikinci kez tadil eden 1989 tarihli 106 sayılı Kanunla Irak’ta ilk defa olarak normal yargının yanında bağımsız idari yargının

²⁷⁵ Hüseyin Cafer Nasır, **el Mahakimi’l İdariye Fi’l Irak**, Mecelleti’l Kaza/ Nikabeti’l Muhamin, Sayı 4, 1987, s. 47.

²⁷⁶ El berzenci İsam Abdülvehap, **Meclis Şura’l Devle ve Miladi’l Kazai’l İdari’l İraki**, Mecelleti’l Ulumi’l Kanuniye, Camiet Bağdat, Külliyyeti’l Kanun, el Mücelledi’l Tasi, Sayı 1 ve 2, 1990, s. 114.

²⁷⁷ 1979 tarihli ve 106 sayılı Yargıyı Düzenleme Kanununun 3. maddesi bunu vurgulamıştır. Bu hükme göre “*özel bir hükümle istisna edilmediği sürece yargının velayeti genel ve özel tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsar*”.

kurulduğunu söylemek mümkündür. Buna dayanarak, ilk adım olarak genel disiplin konseyi, idari yargı mahkemesi ve devlet şura meclisinin yüksek kurulundan oluşan Devlet Şurası Meclisi oluşturuldu. Böylece birleşik yargı sistemi anlayışı üzerine kurulan Irak yargısı artık çifte yargı sistemi anlayışı üzerine kurulu hale geldi. 1989 tarihli ve 106 sayılı kanun idari yargının ihtisaslarını belirlemiştir. Sınırlı ve basit olan bu ihtisaslar yalnız, önünde karşı itirazda bulunacak makam belirlenmeyen idari emir ve kararların geçerliliğine bakmayı kapsar.

Burada aktarılması gereken husus şudur ki devlet normal yargıdan bağımsız olan başka bir yargı teşkilatı oluşturduğunda, bu iki yargı arasında çıkacak olası çekişmeleri çözmek üzere bir yargı kurumu da öngörmelidir. Bunun için, 1989 tarihli ve 106 sayılı ikinci tadil kanunu yedinci maddesinin dördüncü maddesi bu konuyu hükme bağlamıştır. Söz konusu hükme göre *“idari mahkemeyle normal mahkeme arasında bir çekişme söz konusu olduğunda ilgili makam Temyiz Mahkemesi başkanı tarafından, Temyiz Mahkemesi üyeleri arasından, seçilen üç üye ve Devlet Şurası Meclisi başkanı tarafından, meclis üyeleri arasından, seçilen üç üye (toplam altı) üyeden oluşan bir kurum oluşturur. Kurum Temyiz Mahkemesi başkanının başkanlığında toplanır, kurumun oybirliği veya oy çokluğuyla aldığı kararlar kesin ve bağlayıcıdır”*.²⁷⁸

C. Siyasi Garantileri

Daha önce de vurgulandığı gibi, medeni ve siyasi hakların siyasi garantileri, parlamento ve kamuoyunun yürütme organı çalışmalarını denetlemekten ibarettir. 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasası döneminde siyasi garantiler aşağıdaki gibi ele alınmıştır:

²⁷⁸ El berzenci, *Meclis Şura’l Devle ve Miladi’l Kazai’l İdari’l İraki*, s. 155.

a. Parlamento garantileri

16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasının 47. maddesine göre *“Ulusal Meclis, toplumun siyasi, iktisadi ve sosyal farklı katmanların temsilcilerinden oluşur. Söz konusu meclisin oluşturulması, üyeliği, çalışma sistemi ve yetkileri Ulusal Meclis Kanunu olarak adlandırılan özel kanun tarafından belirlenir”*. Bunun yanında anayasanın 55. maddesinin (b) fıkrası şu hükmü getirmiştir *“Ulusal Meclis, gensoru yöneltmek ve sorgulamak üzere bakanlar konseyinin herhangi bir üyesini çağırabilir”*. Yukarıdaki hükümlere dayanarak 1980 tarihli ve 55 sayılı Ulusal Meclis Kanunu çıkarıldı. Söz konusu kanunun 47. maddesinin beşinci, altıncı ve yedinci fıkralarında Ulusal Meclisin denetsel yetkileri düzenlenmiştir. Bahsedilen hükümler incelendiğinde, kanunun Ulusal Meclisi, devletin iç ve dış genel politikasını tartışmak, Meclisin iç tüzük hükümleri²⁷⁹ mucibince gensoru yöneltmek, sorgulamak veya yorumunu almak üzere bakanlar konseyinin herhangi bir üyesini çağırarak, anayasa hükümleri ve Meclisin iç tüzüğü mucibince bakanlar konseyi üyelerinin herhangi birini görevden alma önerisinde bulunmakla yetkili kıldığı ortaya çıkacaktır.²⁸⁰

1980 tarihli ve 55 sayılı Ulusal Meclis Kanunu birkaç defa tadil edilmiştir.²⁸¹ Sıkça yapılan bu tadillerden dolayı, bu kanun 1995 tarihli ve 26

²⁷⁹ Ulusal Meclis İç Tüzüğü'nün 94. maddesinin birinci fıkrasına göre *“Ulusal Meclisin her üyesi, meclis başkanı aracılığıyla bakanlar konseyinin üyelerinin herhangi birine karşı sözlü veya yazılı soru yöneltebilir. Meclis üyesi, söz konusu soruyla bakanlığın siyasetiyle ilgili bakanın bir tasarrufla bulunduğu, belli bir karar aldığı veya belli bir mesele konusunda bir tutum sergilediği sorgular. Soru yargıya intikal etmiş bir meseleyle ilgili olmamalıdır”*. Tüzüğü'nün 97. maddesinde şu hususu hükme bağlamıştır *“Ulusal Meclisin tüm üyeleri, Ulusal Meclis başkanı aracılığıyla bakanlar konseyinin herhangi bir üyesine karşı yazılı sorgulama yöneltebilir. Ulusal Meclis üyesi yöneltmiş olduğu sorgulamada, ilgili bakanın belli bir meseleyle ilgili uyguladığı siyaset ve sergilediği tutumunu bakanlığı dayandırılan kusur veya imhaların sebebini açıklamasını ister. Sorgulama talebinin onaylanması için, talebin on Ulusal Meclis üyesinin desteğini kazanmış olması gerekir”*.

²⁸⁰ Ulusal Meclis İç Tüzüğü'nün 97. maddesinin yedinci fıkrasına göre *“oylama sonucu sorgulama talebi reddedilirse, mesele bitmiş sayılır. Ancak Sorgulama Meclis üyelerinin üçte ikisi tarafından onaylanırsa, bu onaylama ilgili bakanın görevden alma önerisinde bulunmak anlamına gelir”*. Aynı maddenin sekizinci fıkrasına göre *“Ulusal Meclis başkanı, oylamayla ilgili meclis kararını, cumhurbaşkanına sunar”*.

²⁸¹ 1988 tarihli ve 115 sayılı Devri Konseyi kararıyla Ulusal Meclisin denetsel yetkisi genişletilmiştir. Söz konusu karar aşağıdakileri hükümleri içermektedir:

sayılı yeni Ulusal Meclis Kanunuyla yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konu yeni kanun üçüncü babının ikinci bölümünü meclisin denetsel yetkilerine tahsis etmiştir. Bu kanunun 57. maddesinin birinci fıkrasına göre, Ulusal Meclis İç Tüzüğü mucibince, Ulusal Meclis, sorgulamak ve yorumunu almak üzere bakanlar konseyi üyelerinin herhangi birini çağırabilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, tüm Ulusal Meclis üyelerinin meclis başkanı yoluyla bakanlar konseyi üyelerinin herhangi birine karşı sözlü veya yazılı soru yöneltme hakkını garanti altına almıştır. Meclis üyesi yönelttiği soruda ilgili balandan bakanlığıyla ilgili almış olduğu bir karar ve yapmış olduğu bir tasarruf veya sergilediği bir tutum hakkında açıklama isteyebilir. Ancak üye tarafından yöneltilen soru yargıya intikal etmiş bir meseleyle ilgili olmamalıdır. 1995 tarihli ve 26 sayılı Yeni Ulusal Meclis Kanunun 58.maddede ise, gerektiği halde Meclisin, kanunun 57. maddesi mucibince bakanlar konseyinin herhangi bir üyesine karşı yöneltilen soruyla elde edilen sonuçlar ışığında oluşturduğu görüşünü cumhurbaşkanına sunabileceğini hükme bağlanmıştır. Kanun 57. maddesi mucibince Ulusal Meclise, meclisin iç tüzüğü hükümlerine göre bakanlar konseyinin herhangi bir üyesini sorgulama yetkisi tanımıştır.²⁸² Ulusal Meclis gerektiği halde kanunun 57 ve 58. maddesine dayanarak elde ettiği sonuçlar ışığında elde ettiği görüşünü cumhurbaşkanına sunabilir. Cumhurbaşkanı gerektiği halde Ulusal Meclis ve

Birinci: cumhurbaşkanının emrine dayanarak Ulusal meclis ve yetkili komisyonları aşağıdakileri yapmakla yetkilidir:

1. Meclisin uygun gördüğü yöntemle devlet ve sosyal sektörü dairelerini tam veya kısmi denetlemek.
2. Sorgulama ve soruşturmayı gerektiren bir mesele hakkında sorgulamak üzere başbakanı, bakanları veya devlette çalışan herhangi bir memuru çağırarak.

İkinci: Meclis bu kararın birinci bendinin birinci ve ikinci fıkraları aracılığıyla ulaştığı neticeler ışığında, teftiş ve sorgulama konusu olan mesele hakkında sorumlu oldukları tespit olunan kişiler hakkında, güvenoyunu geri almak, görevden almak, emekliye ayırmak kanun hükümleri mucibince yargılanmak üzere özel mahkemelere sevk etmeleri dahil, tavsiyede bulunabilir.

²⁸² Ulusal Meclis İç Tüzüğü'nün 128.maddesine "*Ulusal Meclisin tüm üyeleri, Ulusal Meclis başkanı aracılığıyla bakanlar konseyinin herhangi bir üyesine karşı yazılı sorgulama yöneltebilir. Ulusal Meclis üyesi yöneltilmiş olduğu sorgulamada, ilgili bakanın belli bir meseleyle ilgili uyguladığı siyaset ve sergilediği tutumunu bakanlığı dayandırılan kusur veya ihmalin sebebini açıklamasını ister. Sorgulama talebinin onaylanması için, talebin on Ulusal Meclis üyesinin desteğini kazanmış olması gerekir*" söz konusunu maddede aynı zamanda şu hüküm de yer almaktadır "*oylama sonucu sorgulama talebi reddedilirse, mesele bitmiş sayılır. Ancak Sorgulama Meclis üyelerinin üçte ikisi tarafından onaylanırsa, bu onaylama ilgili bakanın görevden alma önerisinde bulunmak anlamına gelir.*

meclise bağılı ihtisaslı komisyonlardan (meclisin uygun gördüğü surette), devlet, sosyal ve karışık sektöre ait daireleri teftiş etmesini veya meclise sevk edildiği meseleden dolayı sorgulamak ve soruşturmak üzere bakanlar konseyi başkanını, bu meclisin herhangi bir üyesini veya devlette çalışan herhangi bir memuru çağırmasını isteyebilir. Meclis, 59. maddenin ikinci fıkrasına dayanarak, vardığı neticeler ışığında sorgulama konusu olan mesele hakkında sorumlu oldukları tespit olunan kişiler hakkında, görevden almak, emekliye ayırmak kanun hükümleri mucibince yargılanmak üzere özel mahkemelere sevk etmek konusunda uygun tavsiyede bulunabilir. Aktarılan bilgilere göre, elde ettiği neticeler ışığında oluşturduğu tavsiyeler, cumhurbaşkanına göre bağlayıcılık arz etmeyen tavsiye konumundadır. Dolayısıyla Ulusal Meclisin denetsel yetkisinin sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü cumhurbaşkanının onayı olmadan söz konusu tavsiyelerin hiçbir eseri yok ve hiçbir hüküm ifade etmez.

b. Kamuoyu denetimi

Bu başlık altında 19 Temmuz 1970 Irak geçici anayasası döneminde medeni ve siyasi hakların korunmasında basın ve siyasi partilerin rolü ele alınmıştır:

aa. Basın:

Basın özgürlüğü, 16 Temmuz 1970 tarihli anayasanın 26. maddesinde, düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre *“anayasa, bu kanunun amaçları doğrultusunda ve sınırları içinde, görüş ve yayın özgürlüğü, toplantı yapma, gösteri düzenleme, siyasi parti, sendika ve dernek kurma özgürlüğünü garanti eder. Devlet, devrimin ilerici milliyetçi anlayışıyla bağdaşan söz konusu özgürlükleri kullanabilmek için gereken zemini sağlamaya çalışır”*.

Yukarıdaki hükme dayanarak, 1970 tarihli anayasanın görüş belirtme ve yayın özgürlüğünü garanti etme aracılığıyla basın özgürlüğünü tekeffül ettiği ortaya çıkmaktadır. Söz konu anayasa bu bakımdan önceki Irak anayasalarının arkasında kalmıştır.²⁸³ Çünkü önceki anayasalar basın özgürlüğünü, görüş açıklama yöntemlerinden birisi olan görüş özgürlüğünden farklı olarak, bağımsız bir madde halinde düzenlemiştir.

16 Temmuz 1970 Irak geçici anayasası döneminde Irak basını 1968 tarihli ve 206 sayılı matbuat kanunuyla düzenlenmekteydi. Ayrıca Irak basını, 1965 tarihli ve 4 sayılı Ulusal Selamet Kanunun dördüncü maddesinin on birinci fıkrasına dayanarak bir önceki denetim sistemine tabiydi. Söz konusu sistem 1974 yılının sonuna kadar yürürlükte kalmaya devam etmiştir. Bu tarihten sonra önceki denetim sistemi kaldırıldı ve yerini, yazı işleri müdürü, editör ve hatta gazeteci ve yazar tarafından uygulanan öznel denetim sistemine bırakmıştır.²⁸⁴

bb. Siyasi partiler:

16 Temmuz 1970 anayasası cumhuriyet döneminde, siyasi partilerin kurulmasına yol veren ve siyasi partilerle ilgili hüküm içeren ilk anayasal belgedir. Önceki anayasalar, sadece dernek ve sendikalara işaret etmekteydi.²⁸⁵ 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasının 26. maddesi mucibince *“anayasa, bu kanunun amaçları doğrultusunda ve sınırları içinde, görüş ve yayın özgürlüğü, toplantı yapma, gösteri düzenleme, siyasi parti, sendika ve dernek kurma özgürlüğünü garanti eder. Devlet, devrimin ilerici milliyetçi anlayışıyla bağdaşan söz konusu özgürlükleri kullanabilmek için gereken zemini sağlamaya çalışır”*. Aynı zamanda 1991 tarihli ve 30 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, Irak’ın siyasi tarihinde, bağımsız olarak siyasi partileri düzenleyen ilk kanundur. Söz konusu kanunla Irak’ta siyasi partilerin hukuki

²⁸³ 29 Nisan 1964 tarihli ve 21 Eylül 1968 tarihli geçici anayasalar.

²⁸⁴ Şerif, **a.g.e**, s. 93.

²⁸⁵ El cidde, **Teşirati’l Cemiyyat ve’l Ahzabi’l Siyasiye Fi’l Irak**, s. 88.

çerçevesi çizilmiştir.²⁸⁶ Bu kanunun ikinci maddesinde şu hüküm yer almaktadır *“bu kanun hükümleri mucibince, erkek ve bayan her Iraklının siyasi parti kurma, siyasi partiye üye olma veya siyasi partiden geri çekilme hakkı vardır”*. Ancak anayasanın açık bir şekilde siyasi partilerin kurulmasını işaret etmesine ve özel kanunun siyasi parti hükümlerini düzenlemesine rağmen, parti sisteminin lider parti (Arap Baas Sosyalist Partisi liderliğinde) ve Ulusal Cephe esaslı üzerine kurulu olduğu anlaşılmaktadır.

3. 16 Temmuz 1970 Tarihli Irak Geçici Anayasasında Medeni ve Siyasi Hakların Takyitleri

Bu başlık altında 16 Temmuz 1970 tarihli geçici anayasa döneminde sırasıyla normal şartlarda ve daha sonra olağanüstü şartlarda medeni ve siyasi haklar üzerine farz olunan takyitler ele alınmıştır:

A. Olağan Şartlarda Öngörülen Takyitler

Geçici anayasanın 6. maddesine göre, Irak Vatandaşlığı ve hükümleri kanun tarafından düzenlenir. Anayasanın 19. maddesinin a. fıkrası ise, vatandaşların kanun önünde eşit olduğu ve vatandaşlar arasında cinsiyet, Irak, dil, sosyal katman veya dinden dolayı ayrımcılık yapılmasının mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin b. fıkrasında ise, tüm vatandaşların kanun sınırları içerisinde eşit fırsatlara sahip oldukları tekeffül edilmiştir.

Anayasanın 22. maddesinde, insan saygınlığının korunduğu hükme bağlanmış ve insanların psikolojik ve fiziksel işkenceye tabi tutulmasını yasaklamıştır. Aynı zamanda söz konusu fıkarda kanunun düzenlediği haller

²⁸⁶ El cidde, Teşirati'l Cemiyyat ve'l Ahzabi'l Siyasiye Fi'l Irak, s. 85.

hariç birisinin yakalanmasının, tutuklanmasının hapsedilmesinin veya aranmasının yasak olduğu ve konutların dokunulmaz olduğu ve kanunun öngördüğü haller haricinde girilmesinin ve aranmasının mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 23. maddesinde mektup, telgraf ve telefon yoluyla haberleşmenin gizliliğinin tekeffül olduğu ve ancak kanunun belirlediği sınırlar içerisinde adalet ve güvenliğin gerektirdiği hallerde bunun açıklanmasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Anayasanın 24. maddesinde vatandaşların ülke içinde intikal etme ve yurt dışına seyahat etme ve yurda dönme özgürlüğü düzenlenmiştir. Bu hakkın kısıtlanması kanunun öngördüğü hallerde ancak mümkündür. Anayasanın 25. maddesi, din ve inanç ve dini vecibeleri yerine getirme özgürlüğünü düzenlemiştir. Ancak bu özgürlükler bu anayasa, kanunlar kamu ahlak ve düzeniyle çakışmamakla takyit edilmiştir. Anayasanın 26. maddesindeyse bu anayasanın hedefleri doğrultusunda ve kanun sınırları içerisinde kalması koşuluyla görüş açıklama, yayın ve toplantı yapma, gösteri düzenleme, siyasi parti ve dernek kurma özgürlükleri düzenlenmiştir. Aynı madde devletin, ilerici milliyetçi devrim anlayışıyla bağdaşan bu özgürlükleri kullanmak için zemin sağlaması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Yukarıdaki hükümlere dayanarak aşağıdaki hususları not etmek mümkündür:

a. Çoğu siyasi ve medeni haklar (kanun sınırları içerisinde) ifadesiyle takyit edilmiştir. Anayasa bu haklarla bağdaşmayan veya çelişen kanunların çıkarılmasını yasaklayan herhangi bir garanti ön görmemiştir.

b. Bazı haklar (anayasanın hedefleri doğrultusunda) ifadesiyle takyit edilmiştir. Bu hedeflerin de geniş oldu kontrol ve belirlenmesinin de zor olduğu izlenmektedir.

c. Geri kalan bazı medeni ve siyasi haklar (ahlak ve kamu düzeniyle çelişmemelidir) ifadesiyle takyit edilmiştir. Yukarıda da değinildiği gibi, genel ahlak ve kamu düzeni sınırları belli olmayan geniş kavramlardır.

B. Olağanüstü Şartlarda Öngörülen Takyitler

16 Temmuz 1970 Irak geçici anayasası olağanüstü halleri 62. maddesinin (z) fıkrası olarak düzenlemiştir. Söz konusu madde hükmüne göre bakanlar konseyi alttaki yetkilere sahiptir:

*“z. Kanun hükmü mucibince tam ve kısmi olağanüstü hal ilanı”.*²⁸⁷ Böylece anayasa olağanüstü hal meselesinin düzenlenmesini özel kanuna bırakmıştır. Bilindiği gibi, 16 Temmuz 1970 tarihli geçici anayasa döneminde olağanüstü hal yasası çıkarılmamıştır. Bu da bu anayasanın uygulandığı dönemde 1965 tarihli ve 4 sayılı Ulusal Selamet Kanununun yürürlükte olduğunu ve olağanüstü hali düzenlediği anlamına gelmektedir. Söz konusu kanunun ikinci maddesine göre *“olağanüstü halin ilanı ve sona erdirilmesi bakanlar konseyinin muvafakati ve resmi cumhuriyet emriyle yapılır”*. Söz konusu hükme göre, olağanüstü hal ilanı ve sona erdirilmesi yetkisi cumhurbaşkanı ve bakanlar konseyine aittir.

III. 2005 TARİHLİ IRAK YENİ ANAYASASI’NIN MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA YÖNELİK TUTUMU

1. 2005 Tarihli Irak Yeni Anayasasında Medeni ve Siyasi Haklar

Irak anayasa koyucusu, dünya ülkeleri anayasalarında ve uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan hakları bu başlık altında düzenlemektedir. Eşitlik, özel hayata saygı, konut dokunulmazlığı, vatandaşlık hakkı, savunma

²⁸⁷ Anayasa 57. maddesinin (b) fıkrasında tam ve kısmi olağanüstü hal ilanı ve sona erdirilmesi yetkisini cumhurbaşkanına vermiştir. 08/07/1973 tarihili anayasanın ilk tadili ile bakanlar konseyi kurulmuş ve kanun mucibince, tam ve kısmi olağanüstü hal ilanı yetkisi söz konusu konseye verilmiştir.

hakkı, ceza sorumluluğun kanunilik ilkesi, seçme ve seçilme (aday olma) hakkı ve siyasi iltica hakkı bu başlık altında düzenlenen haklardır.

A- Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi günümüzün giderek yükselen değerlerden birisidir.²⁸⁸ Dikta rejimlerle yönetilen ülkeler dâhil bütün ülkelerin anayasaları, eşitlik ilkesini anayasal güvence altına almaktadır.²⁸⁹ Ayrıca uluslararası insan hakları belgelerinde de eşitlik ile ilgili hükümlere yer verildiği görülmektedir.²⁹⁰ Eşitlik ilkesinin hukukî niteliğine ilişkin üç soru sorulabilir. Bunlar: Eşitlik ilkesi, “hukuk devletinin bir parçası” mıdır yoksa eşitlik ilkesi bir “temel hak” mıdır? Ya da eşitlik ilkesi, devlet yönetimine egemen olan bağımsız bir “temel ilke” midir?

Eşitlik ilkesinin hukukî niteliği tartışmalıdır.²⁹¹ Bir kere, eşitlik ilkesinin hukuk devleti ilkesinin içinde mevcut olduğu düşünülebilir.²⁹² Diğer yandan eşitlik ilkesinin bir temel hak olduğu da düşünülebilir. Zira bu ilkedен yararlanıanlar bakımından eşitlik ilkesi, eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurmaktadır.²⁹³ Nihayet eşitlik ilkesi, devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilke olarak da kabul edilebilir. Çünkü, eşitlik ilkesi devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları konusunda verilmiş bir emir niteliğindedir.²⁹⁴

Irak Anayasasında eşitlik ilkesi, temel hak ve özgürlükler kısmında düzenlenmektedir. Buna göre, Irak Anayasa koyucusu eşitlik ilkesini bir temel

²⁸⁸ Çeçen, **a.g.e.**, s.41-45.

²⁸⁹ Öden Merih, “**Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**”, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s.13.

²⁹⁰ Eşitlik bir temel ilke olarak İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 2. ve 7. maddelerden düzenlenmektedir.

²⁹¹ Özbudun, **a.g.e.**, s.113.

²⁹² Özbudun, **a.g.e.**, s.113.

²⁹³ Özbudun, **a.g.e.**, s.113.

²⁹⁴ Özbudun, **a.g.e.**, s.113.

hak saymaktadır.²⁹⁵

Keyfi ayrımları önlemeyi amaçlayan eşitlik ilkesi, Fransız Devrimi'nden bu yana farklı şekillerde formüle edilmişlerdir. “Kanun önünde eşitlik” ve “Kanunların eşit koruması” ilkeleri en çok rastlanan eşitlik formülleridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 7. maddesinde yer alan; “Kanun önünde herkes eşittir ve farksız olarak kanunun eşit korumasından istifade hakkını haizdir. Herkesin işbu Beyannameye aykırı her türlü ayırt edici muameleye karşı ve böyle bir ayırt edici muamele için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır” ifadesi bu söylemi desteklemektedir. Anayasa ve uluslararası insan hakları belgelerinde, insanlar arasında belirli nedenlerle ayırım yapılmasını yasaklayan hükümlere de geniş yer verilmektedir.²⁹⁶

Irak Anayasasının eşitlik ilkesini düzenleyen 14. maddesi ise şöyledir: “Bütün Iraklılar cins, ırk, milliyet, köken, renk, din, mezhep, inanç, görüş, iktisadi veya sosyal statü ayrımı yapılmaksızın kanun önünde eşittirler”. Bu maddeye göre, Irak Anayasası eşitlik ilkesi kapsamında “kanun önünde eşitlik” ve “belirli nedenlerle ayırım yapılmasının yasaklanması” ilkelerini kabul etmektedir.

Eşitlik, mutlak ve nispî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak eşitlikten

²⁹⁵ Bu üç yorumdan sonuncusunun 1982 Anayasası sisteminde daha doğru olduğu düşünülebilir. Çünkü, 1961 Anayasası eşitlik ilkesine “temel haklar ve ödevler” kısmında (m.12) düzenlemiş olmasına rağmen, 1982 Anayasası eşitlik ilkesini, “temel haklar ve ödevler” kısmına değil, “genel esaslar” kısmına yerleştirmiştir. Anayasanın bu sistematiğinden, Anayasanın eşitlik ilkesini devlet yönetimine egemen olan bir “temel ilke” bir “genel esas” olarak düşünüldüğü sonucu çıkmaktadır. Bu şu anlama gelmektedir ki; eşitlik ilkesi de, cumhuriyetçilik ilkesi, laiklik ilkesi, Atatürk milliyetçiliği ilkesi, sosyal devlet ilkesi, hukuk devleti ilkesi gibi anayasal sistemin temel yapısını belirleyen ilkelerden biridir. Özbudun, **a.g.e.**, s.113.

²⁹⁶ Örnek olarak 2. maddede şöyle denilmektedir: “Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir akide, milli veya içtimai menşe, servet, doğuş veya herhangi diğer bir fark gözetilmeksizin işbu Beyanname ile ilan olunan tekmil haklardan ve bütün hürriyetlerden istifade edebilir. Bundan başka, bağımsız memleket uyruğu olsun, vesayet altında bulunan, gayri muhtar veya sair bir egemenlik kayıtlamasına tabi ülke uyruğu olsun, bir şahıs hakkında, uyruğu bulunduğu memleket veya ülkenin siyasi, hukuki veya milletlerarası statüsü bakımından hiçbir ayrılık gözetilmeyecektir”.

kastedilen şey, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır.²⁹⁷ Kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaz.²⁹⁸ Bizce, Anayasanın 10'uncu maddesinin ilk fıkrasında yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” hükmü, bu konularda mutlak eşitliği emretmektedir. Yani, hangi düşüncelerle olursa olsun, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri bakımlardan kişiler arasında ayırım yapılamaz. Örneğin kadınlara milletvekili adaylığı için kota konulması yolundaki düşünceler²⁹⁹ “mutlak eşitlik” ilkesine aykırıdır. Anayasanın 10'uncu maddesinin ilk fıkrasına göre, cinsiyet, bir “özüml ayırım yasağı ”dır. Cinsiyete dayalı bir ayırım öngören düzenleme, hangi arzu edilen (kadın milletvekili oranını yükseltmek gibi) mülhazayla olursa olsun eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Çünkü “cinsiyet” bir mutlak eşitlik sebebidir. Keza 10'uncu maddenin ikinci fıkrasında yer alan “hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz” hükmü de bu şekilde bir “mutlak eşitlik” hükmüdür. Irak Yüksek Federal Mahkemesi'nin, kanunları mutlak eşitlik ilkesine; yani 14. madde de yer alan “ayırım yasakları”na aykırılık bakımından denetlemesinde ve bu nedenle kanunları iptal etmesinde de bir problem yoktur. Örneğin dil, ırk, din, cinsiyet, mezhep, iktisadi veya sosyal statü bakımından ayrımcılık içeren bir kanunun Yüksek Federal Mahkemesi tarafından iptal edilmesi gerektiğinden şüphe yoktur.

Nispî eşitlikten kastedilen şey ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tâbi tutulmasıdır. Bu şu anlama gelir ki, farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tâbi tutulabilirler. Diğer bir ifadeyle, nispî eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu

²⁹⁷ Özbudun buna “şekli hukukî eşitlik ” diyor. Özbudun, **a.g.e.**, s.113.

²⁹⁸ Bkz. Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, s.313.

²⁹⁹ Gören Zafer, “**Kota Düzenlemelerinin Anayasaya Uygunluğu**”, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1999, Cilt 16, s.381–413.

ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumunu, niteliğini yaptığı işe göre değişebilecektir.

Nispî eşitlik ilkesi “haklı nedenler”in varlığı halinde, kişiler arasında ayırım yapılmasına olanak tanımaktadır. Yani, bir “haklı neden” varsa, kanun koyucu eşitlik ilkesinden ayrılabilir. Başka bir deyişle “Haklı neden” varsa, kanunun yaptığı ayırım, eşitliğe aykırı sayılmaz, “haklı neden” yoksa kanunun yaptığı ayırım eşitlik ilkesine aykırıdır. Irak anayasasında haklı nedenlerin varlığı durumunda ayırım yapılmasını olağan kılan bir hüküm bulunmamaktadır. Geçmiş dönemlerde bir anayasa yargısının olmayışı, bu bağlamda aydınlatıcı bir yüksek mahkeme kararına da rastlamak mümkün değildir. Ancak bize göre, nispî eşitlik ilkesi bakımından Yüksek Federal Mahkemesi kanunları denetleyebilir ve bu ilkeye aykırı görüp kanunları iptal edebilmelidir. Yani Yüksek Federal Mahkemesi bir “haklı neden”in bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Bir haklı neden yokken, kanun koyucu “keyfi” olarak bir ayrımcılık yapmışsa, Yüksek Federal Mahkemesi bu düzenlemeyi iptal edebilir.

a. Irak Anayasasında Eşitlik İlkesinin Muhatapları

Irak Anayasasının 14. maddesi bu konuda hiçbir fark gözetmeksizin tüm Iraklıların kanun önünde eşit olduklarını ifade etmektedir. “Kanun önünde eşitlik” soyut bir ifade olduğundan bu ifadeye göre, eşitlik ilkesinin kimlere hitap ettiğini somut bir şekilde saptamak kolay değildir. Oysa Irak anayasa koyucusu, tıpkı Türk Anayasasında olduğu gibi,³⁰⁰ eşitlik ilkesinin muhataplarını somut bir şekilde sayabilirdi. Fakat buna rağmen eşitlik ilkesinin, yürütme organı (kanun uygulayıcıları) ve yasama organına (kanun koyucu) hitap ettiğinde kuşku

³⁰⁰ Türk Anayasasının 10. maddesinde bu konuda “devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” ifadesi yer almaktadır.

bulunmamaktadır.

aa. Yasama Organı

Hak ve özgürlükler kısmında yer alan eşitlik ilkesi; yasama organını da bağladığından; eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler yapan bir kanun, örneğin dil, din ve mezhep bakımından vatandaşlar arasında ayırım yapılmasının öngörülmesi, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı görülerek iptal edilecektir.

bb. Yürütme Organı

Eşitlik ilkesi, yasama organını olduğu kadar yürütme organına da hitap etmektedir. Hatta eşitlik ilkesinin öncelikle kanunun uygulayıcılarına hitap ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Eşitlik ilçesi açısından yasama organında fazlaca sorun yaşanmamaktadır. Nitekim en otoriter rejimlerde dahi kanun koyucular eşitlik ilkesine uygun olarak kanun yapmaktadırlar. Eşitlik ilkesi açısından asıl sorun, idare makamlarının işlemlerinde meydana gelmektedir. Yürütme organı, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır. Bu nedenle bir kanunu uygulayacak olan idarî makamlar, bireysel durumlarda uygulayacakları kanunu eşitlik ilkesine uygun bir şekilde tatbik etmek zorundadırlar. Başka bir deyişle; bir kanunun aynı hükmünü bir kişi için bir şekilde, başka bir kişi için başka bir şekilde uygulayan idarî makamın bu işlemi, idarî yargı organları tarafından sırf eşitlik ilkesine aykırılıktan dolayı iptal edilecektir.

İdarenin eşitlik ilkesine uyması zorunluluğu Irak açısından büyük önem taşımaktadır. Baas iktidarı döneminde idare makamlar, eşitlik ilkesini her fırsatta Sünni Araplar lehine ihlal etmişlerdir. Örneğin güvenlik teşkilatına sadece Sünni Araplar alınmaktaydı. Baas iktidarına üye olan vatandaşlara bir

takım imtiyazların sağlanması da idarenin eşitlik ilkesine aykırı hareket ettiğinin bir göstergesidir. Baas iktidarı döneminde devletin yargı teşkilat içinde güçlü bir idari yargının yokluğu, bu olumsuz tablonun ortaya çıkmasında önemli bir etken olmuştur.

İdari makamların eşitlik ilkesine uymasını sağlamak, güçlü bir idari yargının varlığına bağlıdır. Nitekim Irak'ın yeni anayasası bu gerçeği göz önünde bulundurarak, güçlü bir idari yargının inşa edilmesini vurgulanmaktadır.

b. Irak Anayasası'nda Yazılan Nedenlerle Ayrım Yasakları

Irak Anayasası; cins, ırk, milliyet, köken, renk, din, mezhep, inanç, görüş, iktisadi veya sosyal statü nedeniyle ayrım gözetmeyi açıkça yasaklamaktadır. Yani bu özelliklere veya niteliklere dayalı kanuni sınıflandırma veya ayrımların eşitlik ilkesi yönünden anayasaya aykırılığı karene olarak kabul edilmektedir.

Burada tartışılması ve çözüme bağlanması gereken sorun, Anayasada belli özelliklerle tanımlanan bazı grupların hak ve menfaatlerine zarar veren sınıflandırmalar ile bu grupların içinde bulundukları eşitsizlikleri telafi edici bir takım özel haklar sağlayan sınıflandırmaların, dolayısıyla “Karşı ayrım” ile “Koruyucu ayrım” arasında bir fark gözetilip gözetilmeyeceğidir.³⁰¹ Örneğin Irak toplumu içinde oldukça zayıf bir konumda olan kadınlar lehine koruyucu bir takım haklar sağlayan bir yasa, cinsiyet ayrımının yasaklaması nedeniyle iptal edilebilir mi? Buna benzer örnekler azınlıklar için de verilebilir. Türk Anayasasında olduğu gibi Irak Anayasasında da bu konu ile ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Merih Öden'e göre, Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasada yazılı özelliklere dayanan kanuni sınıflandırmalardan belli azınlık gruplarının hak ve menfaatlerine zarar verenleri en sıkı ölçülerle denetlerken; onlara özel bir

³⁰¹ Öden, a.g.e, s. 323.

takım haklar tanıyarak bu grupları koruyanlara hoşgörülle yaklaşabilir.³⁰² Irak'ta bugüne kadar bir anayasa mahkemesi olmadığı gibi; bu konuda bir içtihadı da rastlamak mümkün değildir. Ancak bizim Kanaatimize göre, Irak Federal Yüksek Mahkemesi, böyle bir koruyucu ayırım söz konusu olduğunda bu duruma hoşgörülü yaklaşmalıdır.

Son olarak dikkat edilmesi gereken diğer bir husus da fiili sınıflandırmalardır. Başka bir deyişle dil, ırk ve cinsiyet gibi anayasada açıkça sayılan özelliklere dayanan sınıflandırmalar ve ayrımlar kadar; anayasadaki bir takım sınıflandırmalara dayanmayan, cinsiyetleri, siyasi düşünceleri, felsefi inançları, din ve mezhepleriyle tanımlanan bazı kişi ve grupların aleyhine ayrımcı etkiler yaratan eylemler de denetlenmelidir.³⁰³ Bu konu, etnik ve mezhep çatışmalarının oldukça yoğun olduğu Irak açısından büyük önem arz etmektedir.

Aşağıda Irak Anayasasında yazılan nedenlerle ayırım yasakları incelenecek; bu bağlamda Irak'ta kadınların konumunu yakından ilgilendiren cinsiyet ayrımı yasağı, teorik ve pratik detayları ile ele alınacaktır.

aa. Cinsiyet

Kadın erkek eşitliği, insanoğlunun üzerinde en çok tartıştığı sorunlardan birisidir. Yüz bin yıldır süre giden cinsiyet sorunu karşısında mağdur olanlar kadınlardır. Bu gerçeğin bir yansıması olarak ülke anayasaları ve insan hakları belgelerinin çoğunda cinsiyet ayrımı yasaklanmaktadır. Irak Anayasası da cinsiyet farklılıklarına dayalı kanuni sınıflandırmaların eşitlik ilkesine aykırı olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu durumda, kadınları erkeklerin yararlandıkları bir takım haklardan yoksun bırakan kanuni ayrımlar, eşitlik ilkesini ihlal etmesi gerekçesiyle geçersiz sayılacaktır. Bu yaklaşım, eşitlik ilkesinin düzenlendiği 14. maddenin teorik bir sonucudur. Teoriktir çünkü hayata geçirilmesinde bir takım

³⁰² Öden, **a.g.e.**, s. 323.

³⁰³ Öden, **a.g.e.**, s. 323-324.

engellerle karşılaşmaktadır.

Irak Anayasası'nın ikinci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde şöyle bir ifade yer almaktadır: "İslam'ın değişmez hükümleriyle çelişen yasa çıkartılamaz." Bu ifade göz önünde bulundurulduğunda; cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan 14. maddenin aynı metin içinde yer alması çelişkili bir durum yaratmakta; bu durum da bizi kadının İslam Hukukundaki konumunu araştırmaya yönlendirmektedir.

En ılımlı İslamcı düşünür, İslam hukukundaki kadınların konumunu savunurken; kadın-erkek arasında mutlak bir eşitliğin varlığını iddia etmekten kaçınmaktadır.³⁰⁴ Endülüslü büyük İslam filozofu İbn Rüşd, buna örnek olarak gösterilebilir. Ord. Prof. İsmail Hakkı İzmirli, İslam'ın kadına bakışı konusundaki İbn Rüşd'ün düşüncelerini şöyle aktarmaktadır: "İbn Rüşd, kadın hakkında, fıkhi ve felsefi neticesi olarak, hukukunu vasi surette beyan ediyor...Kadın, erkek gibi, istiklal-i efkar, istiklal-i irade sahibidir. Biri diğerine mütehakim değildir. Her biri fikirlerinde, iradelerinde ve fiillerinde serbesttir. Bir kadın; erkek gibi ilim tahsil eder, aleliltlak âlim olur, müftü olur, veli olur, müderris olur, müçtehit olur. Kadın erkek gibi vilayet sahibidir. Tamamıyla hukuk-i medeniyeye malik olur. Ukudde (sözleşme imzalama), muamelatta, erkekten hiçbir farkı yoktur. Malında dilediği gibi tasarruf eder. Şahit olur, vekil olur, kefil olur, şerik olur, dava açar, ticaret eder, vasi olur. Umumi hayata (kamu yönetimine) atılabilir."³⁰⁵ İbn Rüşd'ün buraya kadarki açıklamaları, İslam hukukunda kadın-erkek eşitliğini savunduğunu göstermektedir. Ancak İbn Rüşd'ün düşüncelerinin tamamında şöyle devam etmektedir: "İbn Rüşd, kadını erkekle müsavi tutar. Yalnız mahiyet değil, derece itibariyle bir fark gösterir: Kadın erkeğin ehil olduğu her şeye ehildir. Harbe, felsefeye vs. Erkeklerin

³⁰⁴ Bu konu da fazla bilgi için bkz. Hatipoğlu Muhammet Sait, **Müslüman Kültürü Üzerine**, İslam'ın Kadına Bakışı, Ankara 2004, s. 177- 186.

³⁰⁵ Mirza, **a.g.e.**, s. 23.

yapacaklar her işe kadir olur, şu kadarki, erkeklerden daha zayıf olur.”³⁰⁶ Görüldüğü gibi İbn Rüşd gibi bir İslam aydını her ne kadar İslam’ın kadın bakışını savunsa da; inkâr edemeyeceği bir takım eşitsizlikler bulunmaktadır. İbn Rüşd, nazik bir ifadeyle İslam’da kadının, erkekten sonra ikinci derece bir varlık olduğunu ifade etmektedir. “Derece itibariyle bir fark gösterir” ifadesi bu şekilde yorumlanabilir. İbn Rüşd, kadınların, erkeklerin yapacağı her şeyi yapmaya ehil olduğu ifade ederken; erkeklerden daha zayıf bir performans göstereceklerini savunmaktadır. Yani erkeklerin yaptıkları bir işi kadınların da ayın ölçüde başarmaları imkânsızdır.

İbn Rüşd’ün bu görüşü İslam’ın kadına bakışını özetlemektedir. İslam’ın kadın konusundaki bu teorik yaklaşımı uygulamaya da yansımaktadır. Erkekler lehine çok eşlilik kural, mirasta ½ hisse kıstası ve ispat konusunda bir erkek iki kadın şahit formülü erkek-kadın eşitliğini bozan örneklerden birkaçıdır.

Anayasanın 39. maddesinde: “İrakililer din, mezhep ve inançları doğrultusunda özel kimliklerine bağlı kalma özgürlüğüne sahiptirler. Bu husus yasayla düzenlenir” ifadesi yer almaktadır. Bu hüküm gereğince Irak nüfusunun % 99’unu oluşturan Müslümanların aile ilişkilerinde İslam hukuku uygulanacaktır.³⁰⁷

Irak’ın da taraf olduğu “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nin” birinci maddesi kadınlara karşı ayrımı; “kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın, kadın ile erkek eşitliğine dayanan politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanmasını

³⁰⁶ Mirza, **a.g.e**, s.23.

³⁰⁷ 1959 tarihli Irak Aile hukuku (Ahvali Şahsiye Kanunu) büyük ölçüde İslam hukuku kurallarına uygun düzenlenmesine rağmen; dini otoriterce ısrarla değiştirilmek istenmiştir. Bunun sebebi de, din adamlarının %100 İslam hukukuna dayalı yeni bir aile hukuku düzenlemeleridir.. Bahır el ulum Muhammet, **Azvaa Ala Kanun El Ahval El Şahsiye**, Necef 1963, s. 14-37; El şavaf Abdullatif, **Abdulkerim Kasım ve Irakkiyun Aharun**, El Varrak Yayınları, Beyrut 2004, s. 84; El ani Muhammet Şefik, **Ahkam El Ahval Şahsiye Fi El Irak**, 1970, s.3; Haris Yusuf Ganima, **El Tavaif El Diniye Fi El Kavanin El Irakiye**, Mücellet Beyt El Nehreyin, 1989, s. 68.

engelleyen veya oradan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağılı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama” olarak tanımlamaktadır. Ancak, Irak bu antlaşmaya taraf olurken, İslam hukukuna aykırı oldukları gerekçesiyle ikinci maddenin 27. (kadınlara karşı ayrımcı hükümler içeren yasaların iptal edilmesi) ve 11. (ceza hukukunda kadınlar aleyhine olan hükümlerin iptal edilmesi) fıkralarına şerh koymuştur. Ayrıca aynı antlaşmanın evlilik sözleşmesinde erkek-kadın eşitliğinin sağlanmasını öngören 16. maddeye de şerh konulmuştur. Kadın haklarını savunan sivil toplum örgütlerinin taleplerine rağmen Irak hükümeti, antlaşmanın bu maddeleri üzerinde koymuş olduğu şerh notlarını kaldırmamaktadır.

Tüm bu anlatılanlardan hareketle, Irak Anayasası İslam hukuku kurallarının kadın haklarını ilgilendiren alanlarda İslam hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Fakat, İslam hukukunda ise, erkekler lehine ve kadınların aleyhine bir takım kuralların olduğu bir gerçektir. İşte bu durum karşısında, 14. maddede cinsiyete dayalı ayrımcı sınıflandırmanın önlenmesi hükmü önemini yitirmektedir.

bb. Din ve Mezhep

Din ve mezhep konusunda eşitliğin sağlanması, laiklik bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Laik bir hukuk düzeni olmadan dinsel eşitliğin sağlanması oldukça zordur. Din ve mezhep nedeniyle ayırım gözetmeyi yasaklayan hükümler, eşitlik ilkesini güçlendirdiği gibi, laiklik ilkesinin de pekiştirilmesine yardımcı olmaktadır.³⁰⁸

Irak Anayasasının 14. maddesi din ve mezhep yönünden sınıflandırmayı açık bir şekilde yasaklamaktadır. Din ve mezhep ayırımı içeren yasaların eşitlik ilkesi yönünden anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmelidir.

³⁰⁸ Öden, **a.g.e.**, s. 339–340.

aaa. Din ve Mezhep Eşitliğini Sağlayan Başka Hükümler

Irak Anayasasında 14. maddeyi destekleyen başka hükümler de bulunmaktadır. İkinci maddenin ikinci fıkrası: “Bu anayasa, Irak halkının çoğunluğunun Müslüman kimliği ile Hristiyanlar, Yezidiler, Mendai, Şaibeler gibi bütün Irak vatandaşlarının inanç ve dini vecibelerini yerine getirme özgürlüğünü teminat altına alır” hükmü ile farklı din ve mezhep mensuplarının inanç ve dini vecibelerini eşit bir şekilde serbestçe yerine getirmelerini anayasal güvence altına almaktadır. Ancak bu madde din ve mezhep ayrımının yasaklanması yönünden de eleştirilebilir. Çünkü din ve mezhep nedeniyle ayrım gözetmenin yasaklanmasının amacı, hiçbir dini inanca sahip olmayanlar dâhil olmak üzere toplumda dini inanç ve kanaatleri bakımından azınlıkta kalanları haksız ayrımlardan korumaktır.³⁰⁹ Bu bağlamda ikinci maddenin ikinci fıkrası iki açıdan eleştirilebilir. Birincisi, sadece azınlıkta olan inançlar sayılmakta; bunların dışında kalması muhtemel diğer dini azınlıkların durumları belirsizliğini korumaktadır.³¹⁰ İkincisi ise, bu fıkra ile hiçbir dini inancı olmayanların durumuna bir açıklık getirilmemesidir.

7. maddenin 1. fıkrasında da yer alan; “Saddam Hüseyin’in Baası ve bütün sembolleri başta olmak...kökten dinci...ayrımcılığını benimseyen hiçbir program veya kurum teşkil edilemez. Bunların savunulması, desteklenmesi ve teşvik edilmesi yasaktır...” ifadesi, dinsel ayrımcılığı yasaklayan bir başka hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca anayasanın 39.³¹¹, 40.³¹² ve 41.³¹³

³⁰⁹ Öden, a.g.e, s. 335.

³¹⁰ Burada zikredilen dinlerin münhasıran sayılıp sayılmadıkları tartışma konusudur. Başka bir deyişle, burada sayılan dini inançlar dışında varsa başka bir inanç mensupları dini vecibelerini serbestçe yerine getirebilecekler mi? Kanaatimce Irak anayasa koyucusu burada münhasıran değil; örnek anlamında bir sayım yapmıştır. Bu örnekler çoğaltılabilmektedir. Çünkü bu fıkra da yer alan tüm Iraklılar ifadesi, bu bağlamda bir karine olarak kullanılabilir. Irak Anayasa koyucusu bu sayımı yapmasaydı kanımca daha isabetli olurdu. Dinsel ve mezhepsel eşitlik açısından bu fıkra şöyle düzeltilmeli: “Bu anayasa Irak vatandaşlarının inanç ve dini vecibelerini yerine getirme özgürlüğünü teminat altına alır.”

³¹¹ 39. maddede aynen şu ifadeler yer almaktadır: “Iraklılar din, mezhep ve inançları doğrultusunda özel kimliklerine bağlı kalma özgürlüğüne sahiptirler. Bu husus yasayla düzenlenir.”

³¹² 40. madde aynen şu ifadeleri içermektedir: “Her ferдин fikir, vicdan ve inanç özgürlüğü vardır.”

³¹³ 41. maddede şu ifadeler bulunmaktadır: “Bir din veya mezhebe bağlı olanlar aşağıda sayılan

maddelerinde de dini özgürlükler düzenlenerek; bir anlamda dinsel ve mezhepsel eşitliğe vurgu yapılmaktadır.

bbb. Din ve Mezhep Eşitliği İlkesiyle Çelişen Hükümler

Daha önce de belirtildiği gibi laikliğin temel ilkelerden birisi dinler arası eşitliktir. Laik hukuk düzenin olmayışı, dinler arası eşitlik yönünden riskli sonuçlar yaratılabilir. Irak Anayasası, demokratik düzene geçişi hedeflemekle birlikte; demokratikleşmeyi laiklik ilkesinin dışında bir olgu olarak değerlendirmektedir. Nitekim Irak Anayasa laiklik ilkesini devletin temel niteliklerinden birisi olarak kabul etmemekte; bu bağlamda da anayasada dinler arası eşitliği bozan bazı hükümlere yer verilmektedir.

Irak Anayasası'nın ikinci maddesinde; "Devletin resmi dini İslam'dır ve İslam, yasamanın başlıca kaynağıdır" ifadesi yer almaktadır. Aynı maddenin 2/1 fıkrasının (a) bendinde ise; "İslam'ın değişmez hükümleriyle çelişen yasa çıkartılamaz" hükmüne yer verilmektedir. Devletin resmi bir dininin olması ve hukuk düzeninin belli bir dinin kurallarıyla donatılması, din ve mezhep eşitliği ilkesiyle çelişmektedir. Gayrimüslim vatandaşlara zorunlu olarak İslam hukuku ağırlıklı kuralların uygulanması, din ve vicdan özgürlüğü ile bağdaşmayan bir durum ortaya çıkartmaktadır.

cc. Irk, Milliyet, Köken, Renk, Görüş, İktisadi veya Sosyal Statü

Irak Anayasası, herkesin ırk, milliyet, köken, renk, görüş, iktisadi veya sosyal statü nedeniyle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduklarını hükmetmektedir. Nitekim ırk, milliyet, köken, renk, görüş, iktisadi veya sosyal statü farklarına dayalı kanuni sınıflandırmalar eşitlik ilkesine; dolayısıyla da anayasaya aykırıdır.

konularda özgürdürler: - Şii Hüseyiniye törenleri dâhil, dini törenler düzenlemek, - Vakıf işlerini ve dini kuruluşlarını idare etmek, bu husus yasayla düzenlenir - Devlet, ibadet özgürlüğünün ve ibadet yerlerinin korunmasını sağlar.

İnsanlık tarihinde dil farklılıkları, birtakım hak ve özgürlüklerden yararlanmaya engel teşkil etmiştir. Ülke anayasalarının büyük çoğunluğunda ve insan hakları bildirilerinde insanlar arasında dil farkı gözetmenin yasaklanmasının temel amacı; daha çok dil farklılıkları sebebiyle azınlık olanların haksızlığa uğramalarını engellemektir.³¹⁴

Irak hukuk düzeni, resmi olarak dil ayrılığına dayalı azınlık statüsünü kabul etmektedir. Irak Anayasası'nın dördüncü maddenin birinci fıkrasında devletin resmi dilinin Arapça ve Kürtçe olduğu ifade edilmektedir.³¹⁵ Irak Anayasası'nın 14. maddesinde yer alan, dil yönünden ayırım yapılmasının yasaklanması ardında yatan amaç; anadilleri Arapça ve Kürtçe dışında olan ve dolayısıyla dil yönünden azınlık statüsündeki grupların haklarını korumaktır. Dolayısıyla, anadilleri Arapça ve Kürtçe olan vatandaşların yararlandıkları haklardan anadilleri Arapça ve Kürtçe olmayan vatandaşların da aynı haklardan yararlanmaları gerekmektedir. Böylece, anadiller Arapça ve Kürtçe olan vatandaşların bir takım haklardan yoksun bırakan bir kanuni sınıflandırma anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi istenmeli. Buna karşılık anadilleri Arapça ve Kürtçe olmayanların, onlara bir takım özel haklar sağlayarak koruyan kanuni ayırımların eşitlik ilkesine aykırı düşüp düşmeyecekleri tartışma konusu olabilir.

Konuya ilk olarak Irak Anayasası'nda yer alan Irak Devleti'nin resmi dilinin Arapça ve Kürtçe olduğu yönündeki hükümleri açıklamakla yaklaşılabılır. Resmi dilin Arapça ve Kürtçe olması, Irak Devleti'nin bütün resmi yazışmalarının Arapça ve Kürtçe olarak yapılması anlamına gelmektedir.³¹⁶

³¹⁴ Öden, **a.g.e.**, s. 340–341.

³¹⁵ Irak Anayasasının dördüncü maddesinin birinci fıkrası aynen şöyledir: “Irak Cumhuriyeti'nin resmi dilleri Arapça ve Kürtçe'dir...”

³¹⁶ Irak Anayasasının üçüncü maddesinin ikinci fıkrası resmi dil kavramının kapsamı ve bu hükmün uygulanma yollarını şöyle ifade edilmektedir.

a) Resmi gazete Arapça ve Kürtçe yayınlanır.

b) Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu, bağımsız mahkemeler ve benzeri resmi kurumlarda resmi dillerden herhangi biri kullanılabilir.

c) Resmi belgeler her iki dilde tanzim edilir. Resmi yazışmalar her iki dilde yapılır.

Fakat Irak Devleti'nin resmi dilinin Arapça ve Kürtçe olması, tüm vatandaşların Arapça ve Kürtçe'yi konuşmak zorunda oldukları anlamına gelmemektedir. Nitekim vatandaşlar, yalnızca devletin resmi makamlarıyla olan işlerinde Arapça ve Kürtçe kullanmak zorundadırlar. Bu durumda devletin, anadilleri Arapça ve Kürtçe olmayan vatandaşlara yardımcı olmak; başka bir deyişle onların dil ayrılığı dolayısıyla zarar görmelerini önlemesi gerekmektedir. O halde anadilleri Arapça ve Kürtçe olmayan yurttaşların dil ayrılığı yüzünden zarar görmelerini önlemek amacıyla kanunla özel bir takım kolaylıkların sağlanması, eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülemeyecektir. Aksine eşitlik ilkesinin bir gereği olarak kabul edilebilecektir. Vatandaşların resmi dil niteliğinde olmayan kendi anadillerini kullanma hakları göz önünde bulundurulduğunda, anadilde eğitim öğretim gibi anayasanın özel olarak düzenlediği konular dışında,³¹⁷ anadilleri Arapça ve Kürtçe olmayan vatandaşların bazı haklardan kendi anadillerini kullanarak yararlanmalarını kolaylaştıracak kanuni ayırım, eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceği savunulabilir.

Irak'ın yeni anayasasındaki dil ayrımı gözetme yasağına ilişkin bu hükümler, doğurdıkları sonuçlar bakımından ırk ayrımıgözetme yasakları için de tekrarlanabilir. Irak Anayasası, ırk yanında renk nedeniyle de ayırım gözetilemeyeceğini belirtmektedir. Burada gündelik hayatta ırk kavramının çoğu kez etnik grup anlamında kullanıldığına dikkat çekmek gerekmektedir.³¹⁸ Nitekim Irak Anayasası, ırk ve renk ayrımı gözetilmesinin yasaklanmasının yanında, etnik grupları belirleyen özellikler veya nitelikler nedeniyle de ayırım gözetilmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır.

Irak Anayasası'nda yer alan görüş (düşünce) nedeniyle ayırım gözetme

d) Mevcut eğitim kuralları çerçevesinde, resmi dillerden herhangi birisinde eğitim veren okullar açılabilir.

e) Para, pasaport, pul ve benzeri eşitlik gerektiren alanlarda her iki dil de kullanılabilir.

³¹⁷ Irak Anayasası, anadilleri Arapça ve Kürtçe olmayan etnik gruplara anadilde eğitim hakkı tanımaktadır. Bu hakkı tanzim eden üçüncü maddenin birinci fıkrası aynen şöyledir: "Nitekim Irak Anayasası anadilleri Arapça ve Kürtçe olmayan etnik gruplara anadilde eğitim hakkı tanımaktadır".

³¹⁸ Öden, a.g.e, s.343.

yasaklayan çoğulcu tipi demokrasilerdeki düşünce ve ifade özgürlüğüyle birlikte değerlendirmek gerekmektedir.³¹⁹ Bazı kişilerin siyasi düşünce veya salt siyasi eğilimleri sebebiyle bir takım haklardan yoksun bırakılmaları, eşitlik ilkesine ters düşmektedir. Aynı şekilde iktisadi ve sosyal statü nedeniyle yapılan kanuni sınıflandırma ve ayrımlar da eşitlik ilkesine ters düşmekte ve anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali istenebilmektedir.³²⁰

B- Özel Yaşama Saygı

Bireylerin kendilerine özgü yaşam biçimleri vardır. Bu çerçevede bireyler özel yaşamlarını diledikleri gibi düzenlemek istemektedirler.³²¹ Hukuk, kişinin üç tür yaşam alanı olduğunu kabul etmektedir.

- Kişinin herkese açık yaşam görünümünden oluşan "ortak yaşam çevresi". Meslek ya da uğraş sahipleri olarak, sinemaya, maça, tiyatroya, alışverişe gitme; dernek ya da sendika çalışmalarına yahut konferans, toplantı, yarışma gibi etkinliklere katılma hakkına sahip olmaktır. Bu Başkalarıyla ortak yaşam alanının görünümünü herkes görebilir, öğrenebilir ve izleyebilir.
- Kişinin sadece yakınları yani ailesi, akrabaları, eşi-dostu tarafından bilinen özel yaşam alanı. Bu alan, kişinin birlikte oturma, birlikte çalışma ya da günün olayları üzerinde birlikte konuşma dolayısıyla ancak kendisine yakın olan kişilerin bilebileceği ve bunlarla paylaşmak istediği yaşam görüntülerinden oluşur.
- Kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği gizlilik alanı.

³¹⁹ Öden, **a.g.e**, s. 343.

³²⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özer Attila, **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**, Lazer Ofset Yayınları, Ankara 2002, s. 78.

³²¹ Bu konu da geniş bilgi için bkz. Şen Ersan, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996, s.8.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, “bireylerin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerin güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturulduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkı” olarak tanımlanmaktadır.³²² Bu tanıma göre, kişinin sadece ikinci (aile yaşamı) ve üçüncü (özel yaşam) alanlarının gizliliği ve korunması hakkı mevcuttur.

a. Özel Hayatın Gizliliği

Irak Anayasası “Özel Hayatın Gizliliği” başlığı altındaki 17. maddenin birinci fıkrasında özel hayatın gizliliğini düzenlemektedir. Birinci fıkranın metni aynen şöyledir: “Bütün vatandaşların ahlaka ve diğer vatandaşların haklarına saygılı olduğu sürece özel hayata sahip olma hakkı vardır.”

b. Konut Dokunulmazlığı

17. maddenin ikinci fıkrasında ise konut dokunulmazlığını düzenlenmektedir. İkinci fıkrada aynen şu ifadeler yer almaktadır: “Konut dokunulmazlığı ihlal edilemez ve yargı kararı olmadıkça konutlara girilmesi, arama yapılması veya konutların tehlikeye atılması yasaktır.”

c. Haberleşme Gizliliği

Anayasanın 38. maddesinde ise haberleşme gizliliği düzenlenmektedir. Bu konudaki hüküm aynen şöyledir: “...Bir yargı kararı ve/veya yasal ve güvenlik

³²² Kalabalık, a.g.e, s. 296.

zarureti olmaksızın hiç kimsenin ve haberleşme işleminin gözetlenmesi, dinlenmesi veya teşhir edilmesi mümkün değildir.”

Özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü ancak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir. 17. maddenin ikinci fıkrası ile 38. maddenin son cümleleri bunu açık bir şekilde düzenlemektedir. Ancak yargıya özel yaşama saygı ilkesini sınırlandırma yetkisi veren Irak Anayasası, yargının bu kararı alırken hangi gerekçelere dayanacağına açıklık getirmemekle birlikte; öğretide milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi durumlar özel yaşama müdahale nedenleri arasında gösterilmektedir.³²³

Özel hayat hakkı, sadece kişinin öğrenilmesini istemediği konuların başkalarınca öğrenilmesinin sınırlandırılmasıyla ilgili değildir. Özel hayat; kendi özel hayatımıza ait konular hakkında özgürce ve hiçbir müdahaleye izin vermeksizin karar vermeyi ve uygulamayı da içermektedir.³²⁴

C. Yaşam ve Güvenlik Hakkı

İnsan hakları, insanın yararlanması gereken tüm hakların geniş listesini ifade eden bir kavramdır. Bu haklardan en önemlisi insanın yaşam hakkıdır. Çünkü tüm hakların var olabilmesi insanın yaşama hakkına bağlıdır. Uluslararası, bölgesel ve ulusal insan hakları belgelerinin tümünde yaşama hakkının korunması gerekliliği vurgulamaktadır.³²⁵

Irak Anayasası’nın 15. Maddesinde yaşam hakkı ve kişi güvenliği düzenlenmektedir. Söz konusu 15. maddede aynen şu ifadeler yer almaktadır:

³²³ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296–297.

³²⁴ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 296.

³²⁵ Örnek olarak bkz. Kişi ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 6/1. maddesi. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi de kişinin yaşam hakkının korunması gerektiğini belirtmektedir. Ulusal düzeyde ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını örnek olarak gösterebiliriz.

“Her fert yaşama, güvenlik ve özgürlük hakkına sahiptir. Yetkili yargı organları tarafından verilecek kararlar ve yasayla belirlenecek haller dışında kişinin bu haklardan mahrum bırakılması veya bu hakların sınırlandırılması yasaktır.”

Yaşama hakkının korunmasında, kişinin yaşamını tehdit eden dört durumdan bahsetmek gerekmektedir. Bunlar; kişinin kendisine karşı korunması, kişinin üçüncü kişilere karşı korunması, kişinin topluma-devlete karşı korunması ve yaşama hakkının ideolojik nedenlerle korunmasıdır. Devlet, her dört durumda da egemenliği altında bulunan tüm kişilerin yaşama hakkını korumak için gerekli olan her türlü tedbirleri almak zorundadır.³²⁶

a. Irak Hukuk Sisteminde Yaşam Hakkına Müdahaleler

aa. Ölme (Ötenazi) Hakkı

Kişinin kendisine karşı korunması, kişinin ölüm hakkı sorunu ile birlikte değerlendirilmelidir. Yaşamın dokunulmaz veya kutsal olduğunu düşünenlere göre kişi, kendi iradesiyle yaşama hakkından vazgeçemez. Bu yaklaşımın savunucuları, yaşamın sadece bireysel değil; aynı zamanda kamusal bir değer olduğunu ifade etmektedirler. Bu yaklaşımın tabii bir sonucu olarak; toplumun, içinde yaşayan her insan üzerinde bir takım hakları olduğu ve kişinin kendisini öldürmesinin toplum menfaatlerine zarar vereceği varsayılmalıdır. Bireylerin kendilerine karşı olduğu kadar, topluma karşı da sorumlulukları olduğundan yola çıkarak yaşama hakkı; vazgeçilemez, devredilmez ve kutsaldır.³²⁷

İslam felsefesinde de yaşam hakkı, kutsal sayılmaktadır. Bireylerin kendi iradeleriyle bu hakkı sonlandırmaları kabul edilmemektedir. Çünkü diğer semavi dinlerde olduğu gibi İslam dininde de yaşam hakkı, yüce tanrı tarafından

³²⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Savcı Bahri, “Yaşama Hakkı ve Boyutları”, Ankara 1980.

³²⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. İnceoğlu Sibel, “Ölme Hakkı”, 1. Basım, İstanbul 1999, s. 35-82.

bireylere bağışlanmıştır. İlahi irade izin vermedikçe kişinin yaşama hakkından vazgeçmesi, tanrının iradesine karşı gelmek şeklinde değerlendirilmektedir. İslam hukukunun etkisi altında olan Irak hukuk sistemi de kişinin kendi iradesiyle yaşam hakkından vazgeçmesini yasaklamaktadır.

Irak hukukunda sağlık durumlarının gerektirdiği hallerde ölme hakkı (ötenazi) düzenlenmemiştir. Irak doktrinindeki hâkim görüşe göre, bitkisel hayattaki hastanın, yakınlarının izini alınarak hastanece yaşamına son verilmesi kasıtlı adam öldürme suçuna girmektedir.

bb. Ölüm Cezaları

Ölüm cezası; kişinin işlediği ağır bir suç³²⁸ sonucunda devletin yetkili mahkemelerince verilen karar doğrultusunda kişinin yaşam hakkının ortadan kaldırmasıdır.³²⁹ Ölüm cezalarına karşı pek çok itiraz ve eleştirilerin olduğunu burada belirtmekte yarar vardır.³³⁰ Nitekim çok sayıda uluslar arası insan hakları belgesi ölüm cezasını yasaklamıştır. “Kişi ve Siyasi Haklar Antlaşması” ölüm cezalarına tepki gösteren belgelerden birisidir.³³¹ Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de ölüm cezaları yasaklanmaktadır. Ancak tüm bunlara rağmen bugün dünyada birçok ülke ölüm cezalarını yasaklamamakla birlikte, ölüm cezalarını ağır suçlarla sınırlandırmamaktadır.

Irak, idam hükmünü kabul eden ve uygulayan ülkelerden birisidir. Irak’ta idam yasal bir cezalandırma şeklidir. Irak Ceza Hukuku idam hükmünün hallerini saymaktadır. İşgal sonrası ABD’li yetkililerin çıkarttığı kararla Irak Ceza Hukuku’ndaki idam hükümleri askıya alınmış; şiddet olaylarının

³²⁸ Örnek olarak; ABD’nin bazı eyaletleri, Suudi Arabistan ve Tayland.

³²⁹ Tanör Bülent, “**Kişi Dokunulmazlığı, İnsan Hakları**”, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 59.

³³⁰ Bu eleştirilerden biri; cezaların ıslah olmasına karşılık, ölüm cezalarının böyle bir niteliğinin bulunmayışdır. Başka bir eleştirel bakışa göre, ölüm cezaları devlet tarafından planlanmış bir şiddet fiilidir. Bir başka eleştiri ise; ölüm cezasının hatalı bir adli kararın ardından infaz edilmesi halinde düzeltilmesine imkân olmamasıdır. Tanör, “**Kişi Dokunulmazlığı, İnsan Hakları**”, s.59.

³³¹ Bu antlaşmanın 6/2 maddesinde ölüm cezasını sadece ağır suçlarla sınırlandırılmasını öngörülmektedir.

giderek artması sonucu idam hükümleri üzerindeki askıya alma kararı yürürlükten kaldırılmıştır.

Irak Ceza Hukukunda idam hallerinin oldukça geniş tuttuğu görülmektedir. Bu niteliği ile Irak Ceza Hukuku, Kişi ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ölüm cezalarının ağır suçlarla sınırlandırılmasını öngören 6/2 maddesiyle ters düşmektedir. Irak Ceza Hukuku'nda idam cezasını öngören suçları üç gruba bölünmüştür. Bunlar; Kastlı öldürme halleri. Ağırlaştırıcı koşul altında işlenmiş hırsızlık suçları. Devlet güvenliği aleyhine işlenmiş suçlar.

Devlet güvenliği aleyhine işlenen suçların ucu oldukça açık suçlardır. Nitekim Baas iktidarı devlet güvenliği aleyhine işlenen suç kavramı çerçevesinde binlerce muhalifini idam cezasına çarptırmıştır.

b. Yaşama Hakkının İstisnaları

Yaşama hakkının hangi koşullarda sınırlandırılabilceği Irak Anayasası'nda düzenlenmemiş; bu koşulların düzenlenmesi adi kanunlara bırakılmıştır. Ancak bu eğilim isabetli değildir. Önemli bir insani hak olan yaşam hakkının istisnaları, adi kanunlara bırakılmayıp; anayasada düzenlenmesi gerekirdi.³³² Irak hukuk sisteminde, yaşama hakkını sınırlandıran haller Ceza ve özel kanunlarla dağınık bir biçimde düzenlenmektedir. Ceza Kanununda düzenlenen meşru müdafaa halleri buna örnek olarak gösterilebilir.

D. Vatandaş Olma Hakkı

³³² Örneğin Türk Anayasası'nın 17.maddesinin ikinci fıkrasında yaşama hakkını sınırlandıran koşullar şu şekilde sıralanmaktadır: Meşru müdafaa, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasını önlemek veya isyanın bastırılması halleri.

Vatandaşlık ya da uyrukluk bağı, birey ile devlet arasındaki hukuki bir ilişkidir. Bir kişinin herhangi bir devletin vatandaşı olması, o kişinin sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin yine o devlet hukuku içinde belirlenmesi anlamına gelmektedir.³³³ Bu yüzden, kimin hangi devletin vatandaşı olduğunu saptayabilmek için; vatandaşlığın kazanılmasının ve kaybedilmesinin nedenlerini ve usullerini belirlemek gerekmektedir. Devletler iç hukuk bakımından kendilerine tabiiyet bağı ile bağlı olan kişilere belirli haklar verip; bu kişilerden bazı yükümlülükler katlanmalarını isteyebilme hakkına sahiptirler.

Devletler ile devletleri oluşturan insanlar arasındaki vatandaşlık ilişkisi; iç hukukta devletlerce çıkarılan özel mevzuatlarla tespit edilmektedir. Söz konusu bu tespit Vatandaşlık Kanunu ile yapılmaktadır. Bu anlamda vatandaşlık bir gerçek kişiyi devlete bağlayan hukuki ve siyasi bağıdır.³³⁴

Tüm ülkelerin anayasaları vatandaşlık bağının kısa bir tanımını yapıp, “Vatandaşlık hükümleri bir yasayla düzenlenir” ifadesi doğrultusunda, detaylarının vatandaşlık kanununda düzenlenmesini öngörmektedir. Ancak, Irak Anayasası sadece vatandaşlık kavramının tanımlanması ile yetinmemiş; vatandaşlık ile ilgili bir takım ilkeleri de güvence altına almıştır.

Irak Anayasası vatandaşlık hakkını bireysel ve siyasi haklar başlığı altında bir temel hak olarak zikretmektedir. Çalışmamın bu kısmında Irak Anayasasının 18. maddesi gereğince düzenlenen ve yürürlüğe giren 2006 tarih ve 26 sayılı yeni Irak Vatandaşlık Kanunu³³⁵ çerçevesinde vatandaşlığın kazanılması, düşürülmesi halleri ve çifte vatandaşlık ilkesine değinilecektir.

a. Irak Hukukunda Vatandaşlığın İktisabı

³³³ Milletlerarası Adalet Divanının yaptığı bir tanımlamaya göre vatandaşlık; temelinde bir toplumsal bağlılık vakiası, karşılıklı hak ve görevlerle birlikte gerçek bir varlık, menfaat, ilgi ve duygu dayanışması yaratan bir hukuki bağıdır.

³³⁴ Doğan Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 2.Baskı, Ankara 2002, s. 27.

³³⁵ Bkz. Resmi gazete: El Vakai El Irakiye, Sayı 4019, 07.03.2006.

Vatandaşlık bağının kazanılması için iki ayrı sistem vardır. Bunlar; Asli ve müktesep vatandaşlık halleridir.

aa. Aslî Vatandaşlık

Her şahsın doğduğu andan itibaren bir tâbiyetinin olması gerekmektedir. Şahsın doğduğu anda almış olduğu vatandaşlığa aslî vatandaşlık denir. Aslî vatandaşlık da kendi içinde kan ve doğum yeri esasları olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

aaa. Kan Esası

Bu sistemce çocuk, ana babasına veya bunlardan birine karşı nesebi kurulmuş ise, yalnız ona izafeten onun taşıdığı tâbiyeti alır. Nitekim Irak Anayasası'nın 18. maddesinin birinci fıkrasında şu hüküm yer almaktadır: "Iraklı bir baba veya Iraklı bir anadan doğan herkes Iraklıdır." Burada dikkat edilmesi gereken husus, evlilik içi doğan çocuğun vatandaşlığıdır. Bu anlamda Irak Anayasasında babası veya annesi Irak olan evlilik içi dünyaya gelen çocuklar, doğumları anından itibaren asli vatandaşlığı kazanırlar. Ayrıca çocuğun Irak vatandaşlığını kazanabilmesi için Irak topraklarında dünyaya gelme şartı da aranmamaktadır. Bu hüküm, Irak'ın eski vatandaşlık düzenlemelerinde yer almamaktadır.³³⁶ Irak Anayasası ve Irak'ın yeni Vatandaşlık Kanunu bu bağlamda bir ilke imza atmaktadır. Eski Kanunlar sadece Iraklı babadan doğan çocukların Irak vatandaşlığını kazanabilmelerini öngörmekteydi. Eski kanunlardaki bu yaklaşım, kadın-erkek eşitliği ilkesinden önemli bir sapmadır. Bu sebeple Irak Anayasası ve yeni Vatandaşlık Kanununun cinsiyet ayrımını yasaklama anlamında önemli bir adım olduğunu söylemek mümkündür.

bbb. Doğum Yeri Esası

Doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılmasında akrabalık bağı

³³⁶ Vatandaşlık mevzuatını düzenleyen eski kanunları şöyle sıralayabiliriz: 1963 tarih ve 43 sayılı Irak Vatandaşlık Kanunu, 1975 tarih ve 1 sayılı Aralara Irak Vatandaşlığını Verme Kanunu, 1990 tarih ve 46 sayılı Irak Vatandaşlık ve Medeni Bilgiler Kanunu ve Devrim Komuta Yüksek Konseyinin Vatandaşlık ile ilgili kararı.

değil; doğum yeri esas alınmaktadır. Doğum yeri esası pek çok devletçe benimsenmemekle birlikte; uluslararası insan hakları belgeleri icabınca çoğu devlet, kan esası sistemince vatandaşlığın tayininin imkânsız olduğu durumlarda, doğum yeri esasını istisna olarak uygulamaktadır. Uluslararası insan hakları belgeleri, bir insanın vatandaşsızlık durumunu yasaklamaktadır.³³⁷ Irak'ın Yeni Vatandaşlık Kanunu da bu doğrultuda bir istisna olarak doğum yeri esasını kabul etmektedir. Yeni Kanunun birinci maddesinin altıncı fıkrasına göre; Irak'ta doğup ancak ana ve babası belli olmayan veya ana ve babasının vatandaşlık bağı olmayan çocuklara Irak vatandaşlığı verilecektir. Ancak bu madde çocuğun Irak vatandaşlığını kazanabilmesi aşağıdaki üç koşula bağlanmaktadır.

- 1) Çocuğun Irak'ta doğmuş olması
- 2) Çocuğun ana ve babasından vatandaşlık kazanamaması
- 3) Çocuğun doğumla vatandaşlık kazanamaması

Bu üç şartın birlikte tahakkuku halinde Irak'ta doğmuş olan çocuk Irak vatandaşlığına geçer. Aynı maddenin devamında da bir karineye yer verilmiştir. Buna göre; Irak'ta bulunmuş çocuklar, aksi sabit olmadıkça, Irak'ta doğmuş sayılırlar. Bu hüküm ile Irak hukuk sisteminde çocukların vatansız kalmalarını engellenmektedir.

bb. Müktesep Vatandaşlık

Doğuştan kazanılan asli vatandaşlığın yanında ikinci bir vatandaşlık türü de sonradan kazanılan vatandaşlıktır. Doktrinde bu tür vatandaşlığa müktesep vatandaşlık denilmektedir. Müktesep vatandaşlık, Irak Anayasası'nın 18. Maddesinin 3/b bendinde düzenlenmektedir. 18. Maddenin 3/b bendi aynen şöyledir; "Vatandaşlığını sonradan kazananların vatandaşlıkları, yasada yer alan hususlara uygun olarak sona erdirilebilir." Bu madde Irak vatandaşlığının

³³⁷ Örnek olarak İnsan Haklar Evrensel Bildirisi'nin 15 maddesi aynen şöyledir: "1. Herkes vatandaşlık hakkına sahiptir. 2. Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlık hakkından yoksun bırakılamaz ve vatandaşlığını değiştirme hakkı elinden alınamaz".

sonradan kazanılmasının kabul edildiğinin dolaylı bir göstergesidir. Bu çerçevede, Yeni Vatandaşlık Kanunun 6. maddesi vatandaşlığın sonradan kazanılması şartlarını düzenlerken;³³⁸ anayasasının 18. maddesinin beşinci fıkrasında da sonradan kazanılan vatandaşlığın sınırlandırılmasıyla ilgili hükümler içermektedir. Bu fıkra göre Irak vatandaşlığı, Irak'taki nüfus dengelerini değiştirmek amacıyla kazandırılmaz.

b. Vatandaşlığın Kayıp Edilmesi

Irak hukuk sistemi, vatandaşlığın ıskat edilmesi meselesine asli ve müktesep vatandaşlık olarak iki farklı şekilde yaklaşmaktadır. Anayasanın 18. maddesinin 3/a bendinde, “Doğuştan Iraklı olanların hiçbir bir sebeple Irak vatandaşlığından ıskat edilememesi esastır.” hükmüne yer verilmektedir. Ayrıca aynı bendin ikinci cümlesinde, eski iktidarlar döneminde vatandaşlıktan çıkartılan bir Iraklının, vatandaşlığını geri almak için yasayla belirlenecek esaslara göre başvuruda bulunma hakkının mevcut olduğundan bahsedilmektedir. Bu iki hüküm; doğuştan Irak vatandaşı olanların vatandaşlık haklarının kaybolmayacağını ifade etmekte ve eski iktidarla döneminde vatandaşlığını kaybedenlere Irak vatandaşlığını tekrar kazanmalarına olanak tanımaktadır.

Anayasada, Irak vatandaşlığının sonradan kazananların vatandaşlık haklarının düşürülmesi hakkında bir açıklama bulunmamakla birlikte; yeni Vatandaşlık Kanunu'nun dokuzuncu maddesi Irak vatandaşlığını sonradan kazananların vatandaşlık haklarının düşürülmesini yasaklamaktadır. Ancak aynı madde bu yasaklamaya bazı istisnalar getirmektedir. Buna göre, Irak'ın toprak bütünlüğünü, güvenliğini ve halkın özgürlüğünü tehdit ettiği belgelerle ispat olunan bir kişinin vatandaşlık hakkı, yetkili makamlarca ıskat edilebilecektir.

³³⁸ Bu koşullar için bkz. Irak Vatandaşlık Kanunu 6. madde 1-12 fıkralar.

c. Çifte Vatandaşlık İlkesi

Dünyada pek çok ülkenin hukuk sistemleri, tek vatandaşlık ilkesini kabul etmektedir. Ülkelerin bu eğilimi, kendi tarihi koşulları içindeki gelişmelerden kaynaklanmaktadır. Eski dönem Irak vatandaşlık mevzuatı da tek vatandaşlık ilkesini kabul etmekteydi. Bazı ülkelerin vatandaşları, siyasal ve sosyoekonomik nedenlerden dolayı daha güvenli ve rahat bir hayata kavuşmak uğruna gelişmiş ülkelere göç etmeyi tercih etmekte; gelişmiş ülkelere göç eden bu insanların çoğu da göç ettikleri ülkelerin vatandaşlıklarını seçmektedirler. Gelişmiş ülkelerin çoğunda herkes için geçerli olan tek vatandaşlık ilkesinin benimsenmesi bir takım sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Bu sorunların başında da, bu ülkelerin vatandaşlığına geçmek isteyen insanların ana vatanları ile hukuki ve siyasi bağlarını koparmak zorunda olmaları gelmektedir. Bu sorunu çözmek için ülkeler çeşitli yöntemlere başvurumaktadırlar. Örneğin Alman hukuku sistemi, tek vatandaşlık ilkesini kabul etmektedir. Almanya'nın, kendi tarihi koşulları içindeki gelişmelerden kaynaklanan ve herkes için geçerli olan bu ilkenin benimsenmesi, Türk vatandaşlarına karşı bir tutumdan değil; genel ve evrensel tek bir vatandaşlık ilkesinin esas alınmasından kaynaklanmaktadır. Burada devletlerarasında herhangi bir ayrım söz konusu değildir. Diğer bazı ülkelerde olduğu gibi, Almanya'da da tek vatandaşlık yerine çifte vatandaşlık ilkesinin benimsenmesini savunanlar bulunmaktadır. Fakat bugün yürürlükte olan yasalar, münhasıran tek vatandaşlık ilkesini öngörmektedirler. Almanya'daki mevcut bu durumu dikkate alan Türk Hükümetleri, hem vatandaşlarının Alman hukuk sistemine uyumunu kolaylaştırmak hem de Türk vatandaşlığını yitirmenin yaratabileceği sakınca ve endişeleri giderebilmek için özel bir imkân sağlamıştır. Türk vatandaşlığından izinle ayrılan kişilere, siyasi haklar dışında, Türk vatandaşlığından kaynaklanan tüm haklarının saklı tutulduğuna ve bu tüm hakların güvence altına alındığına dair bir belge (Mavi Kart) verilmektedir. Türkiye'de tüm kurumlar nezdinde geçerliliği sağlanmış olan bu belge hamili

şahısların Türkiye'deki hak ve menfaatleri, söz konusu Yasa kapsamında tam olarak güvence altına alınmış; vatandaşların bu konudaki endişeleri de giderilmiştir.³³⁹

Son 30 yılda milyonlarca Irak vatandaşı, ülkede yaşanan ağır siyasi, sosyal ve ekonomik nedenlerden dolayı batı ülkelerine göç edip; o ülkelerin vatandaşlığına geçmişlerdir. Eski Irak vatandaşlık hukuku mevzuatına göre, başka ülkelerde vatandaşlık hakkını kazananların Irak vatandaşlığı düşürülmekteydi. Oysa Baas iktidarının devrilmesi ile yurt dışında yaşayan Iraklıların anavatanlarına dönme ihtimalleri artmıştır. Dolayısıyla yurt dışında yaşayan Iraklılara, Irak vatandaşlarının yararlanacağı haklardan yararlanma imkânı sağlayan hukuki bir formülün yaratılması önemlidir. Nitekim Irak Anayasasının 18. maddesinin dördüncü fıkrası, çifte vatandaşlık esasını kabul ederek bu duruma çözüm getirmiştir. Dördüncü fıkra aynen şöyledir: “Iraklılar, aynı anda birden fazla ülkenin vatandaşlığına sahip olabilirler.” Ancak Irak anayasası, çifte vatandaşlığı olanlar ile bir tek Irak vatandaşı olanlar arasında ayırım yapmaktadır. Bu çerçevede dördüncü fıkranın ikinci cümlesine göre, çifte vatandaşlığı olanlar her türlü medeni ve siyasi haklardan yararlanabilmektedir. Burada mevcut tek istisna, cumhurbaşkanlığı veya yüksek düzeyli kamu görevlerine seçilmeme konusunda kendini göstermektedir. Buna göre çifte vatandaşlığı olanlar ancak müktesep vatandaşlıklarından feragat etmeleri halinde bu görevlere yükselebileceklerdir.

E. Adil Yargılama ve Savunma Hakkı

Adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler, gerçek ve tüzel kişiler tarafından hem medeni uyuşmazlıklarda hem de suç isnadını içeren ceza

³³⁹ Bkz. Türk Vatandaşlık Kanunu 20. ve 29. madde, 5203 sayılı kanun ve 4112 sayılı kanun.

yargılamasında ilk derece yargı yerlerine ve temyiz mahkemelerine karşı ileri sürülebilmektedir.

Kişilerin haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemleri, sözleşmelerden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri, mülkiyete ve aile hukukuna ilişkin anlaşmazlıklar gibi özel hukuk uyuşmazlıkları; adil yargılama ilkelerinin güvencesi altındadır. Çoğu insan hakları belgelerinde ve anayasalarda idari uyuşmazlıklardan açıkça bahsedilmemiş olsa da; bir kısım idari uyuşmazlıklar kıyasen de olsa medeni hak ve yükümlülüklerden kaynaklanan uyuşmazlıklara dâhil edilmektedir.

Adil yargılama ilkesini oluşturan alt temellerini şöyle sıralamak mümkündür. Savunma hakkı, makul sürede yargılama yapılmasını isteme hakkı, mahkemeye başvurma hakkı, doğal yargıç ilkesi, masumiyet karinesi, aleni duruşma ve gerekçeli karar hakkı ve kanunla kurulmuş mahkemeler tarafından yargılama yapılması hakkıdır. Şimdi bu ilkeler, Irak anayasasının adil yargılama ile ilgili hükümler ışığında detaylıca incelenecektir.

a. Savunma Hakkı (Mahkeme Önünde Temsil)

Savunma hakkı, medeni uyuşmazlıklarda davalıya; ceza davalarında ise sanığa tanınmış adil yargılamanın önemli unsurlarından biridir. Bu konu özellikle duruşmalı yargılama yapılması sonucunu doğurmaktadır. Ceza yargılamalarında savunma hakkı, kamu davasının açılması kararı ile başlar, duruşma hazırlığı ve duruşma evresini de içine alan ve adına son soruşturma da denilen yargılamanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar devam eder.

Irak Anayasası'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında savunma hakkı düzenlenmektedir. 19. maddenin dördüncü fıkrası aynen şöyledir: "Savunma hakkı kutsaldır. Sorgulama ve yargılamanın tüm safhalarında bu hakka riayet edilir." Buna göre Irak hukuk sisteminde, ceza ve medeni yargılamaların tüm

aşamalarında dava taraflarının savunma hakkı güvence altına alınmaktadır.

Sanık kendi kendisini savunabileceği gibi; bir avukatın yardımını da başvurabilir. Sanık, avukat tutma talebinde bulunduysa ve fakat mali imkânları buna elverişli değilse ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece tayin edilecek bir avukatın ücretsiz yardımından faydalanabilir. Bu hak; hazırlık, son soruşturma, kanun yolları da dâhil yargılamanın tüm aşamalarında geçerlidir. Nitekim bu durum Irak Anayasası'nın 19. maddesinin 11. fıkrasındaki "Sanığın avukatı yoksa mahkeme devlet hesabına kendisine avukat tahsis eder" ifadesiyle hükme bağlanmaktadır.

b. Hak Arama Özgürlüğü ve Yargılamanın Hakkaniyet Çerçevesinde Dinlenmesi

Kişiler, nitelikleri yukarıda belirtilen yargı organları önünde bir engelle karşılaşmadan haklarını arama hakkına sahiptirler. Yani devlet, gerek özel hukuk gerekse ceza Hukuku alanında kişilerin yargı organlarına başvurmalarını engellememe ve başvuruyu kolaylaştırma yükümlülüğü altındadırlar. Bu durum Irak Anayasası'nın 19. maddesinin üçüncü ve altıncı fıkralarında düzenlenmektedir. Söz konusu üçüncü fıkra; "Yargıya başvurma bütün Iraklılar için teminat altına alınmış bir haktır" hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin altıncı fıkrasında ise, her şahsın yargı ve idari işlemlerde adaletli bir şekilde muamele görme hakkı hükme bağlanmaktadır. "Adaletli bir şekilde" ibaresi geniş bir ifadedir. Adalet kavramı, yargılama aşamasında hakkaniyet ilkesinin uygulanması zorunluluğuna işaret etmektedir. Örneğin hiç kimsenin işkence ve küçük düşürücü muameleye maruz bırakılarak yargı yoluna başvurma hakkı engellenemez.

c. Makûl Sürede Yargılanma Hakkı

Yargı teşkilatı; düzenli çalışmaların sağlanması ve davaların makul sürede sonuçlandırılmasından sorumludur. Makul süre kavramını, her davanın içeriği, özelliği ve kapsamı göz önünde bulundurularak ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu durum Irak Anayasası'nın 19. maddesinin 12/a ve 13. fıkralarından hükme bağlanmaktadır. 12/a fıkrası aynen şöyledir: "Hiç kimse mahkeme önüne çıkartılmadan süresiz şekilde tutuklu bulundurulamaz." Aynı maddenin 13. fıkrasında ise, "Sanığın gözaltına alınmasını takip eden 24 saat içerisinde ön soruşturma belgeleriyle birlikte hâkim karşına çıkartılması gerekir. Bu süre ancak bir defaya mahsus olarak 24 saat uzatılabilir." ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü gibi bu iki hüküm sadece ceza yargılaması öncesi sanığını tutuklama ve soruşturma süresinin kısa tutulmasını işaret etmekte; yargılama süreci ile ilgili bir düzenleme getirmemektedir. Bu durumda konuyu 19. maddenin altıncı fıkrasında yer alan "adaletli bir şekilde" kavramı çerçevesinde değerlendirmekte yarar vardır. Şüphesiz yargılama sürecinin makul sürede tamamlanması şüphesiz adalet ve hakkaniyetin gerektirdiği bir durumdur.

d. Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Sorunu

Irak Anayasası'nın adil yargılanma ilkesini düzenleyen 19. maddesinin birinci fıkrasında, bağımsız yargı ve tarafsız yargılama temeli düzenlenmektedir. Birinci fıkra aynen şöyledir: "Yargı bağımsızdır ve yasalar dışında yargının üstünde güç yoktur." Böylece Irak Anayasası, yargının bağımsızlığını açık bir şekilde hükme bağlamaktadır. Ancak burada yargıdan maksat, sadece yargı erki içinde yer alan mahkemeler değildir. Düzenli mahkemelerden başka; cezaevi disiplin komisyonları, meslek disiplin kurulları, arazi satımı onay komisyonları,

hakem heyetleri... gibi bir çok organ da kanunla kurulmuş mahkeme sayılmaktadır.³⁴⁰

Bağımsızlık kriteri olarak mahkemece esas alınan; hâkimlerin atanması, görev süresi ve dış baskılara karşı yeterince korunup korunmadığı gibi konulardır.

e. Duruşmaların Aleniyeti

Yargılamanın aleni olması, temel hak ve özgürlükler açısından büyük önem taşımaktadır. İnsan hakları belgelerinin büyük çoğunluğu, yargılamanın adil yargılama ilkesi çerçevesinde aleniyet esasına dayanılarak yapılacağını hükme bağlamaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki yargılamanın aleniyeti ilkesi, yargılamanın taraflarına yönelik bir güvence olduğu kadar; kamuoyunun yargıya olan güven ve saygısını da arttıran bir durumdur.³⁴¹

Yargılamada aleniyeti ilkesi, Irak Anayasası'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında düzenlenmektedir. Yedinci fıkra aynen şöyledir: "Aksi kararlaştırılmadıkça mahkeme celseleri açık yapılır." Görüldüğü gibi Irak Anayasası, genel bir kural olarak muhakemelerin aleni olması ilkesini kabul etmektedir. Ancak; fıkroda yer alan "Mahkeme tarafından aksi kararlaştırılmadıkça" ibaresi, bu genel kuralın istisnalarının mahkemece karar verilebileceğine işaret etmektedir. Genel ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik, küçüklerin korunmasına dair kurallar, tarafların özel hayatlarının gizliliğinin korunması veya adaletin selametinin zarar görebileceği hallerde; yargılamanın mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde kısmen veya tamamen basına ve dinleyicilere kapatılması kararı alınabileceği belirtilmektedir.

³⁴⁰ Ünal Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", TBMM Yayını, s. 168–169.

³⁴¹ Ünal, a.g.e, s. 179.

f. Suçsuzluk Karinesi

Ceza yargılaması, önyargı veya itham edilen kişinin suçu işlediği varsayımı ve inancı ile başlamamalı; var olan şüphe sanık lehine yorumlanmalıdır. Buna suçsuzluk karinesi denilmektedir. Bu karinenin doğal sonucu olarak suçüstü yakalanmış olsa dahi bir sanık, basın tarafından suçlu olarak nitelendirilemez. Şüpheli hakkında henüz kamu davası açılmadan aleyhinde basın yoluyla yoğun kampanya başlatılması, hâkimin de suçsuzluk karinesinden sapmasına sebep olabilir. Ceza yargılamasının başında çok kuvvetli olan suçsuzluk karinesi, yargılamanın ilerlemesi ve delillerin gittikçe kuvvetlenmesi sonucunda giderek zayıflar; suç ispat edildiğinde ise tamamen ortadan kalkar. Bu anlayış paralelinde Irak Anayasası'nın 19. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan; "Herkes adil şekilde yapılacak yargılamayla aksi kanıtlanana kadar suçsuzdur. Sanıklar bir suçtan yargılanıp serbest bırakıldıktan sonra yeni deliller ortaya çıkmadıkça tekrar yargılanamazlar." hükmüyle bir suç ithamı altındaki sanığın suçluluğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılacağı bir hak olarak öngörülmektedir.

Esas itibariyle ceza yargılamasında geçerli bir ilke olan masumiyet karinesi, özel kişiler tarafından, özellikle kitle iletişim araçlarıyla-ihlal edildiğinde özel hukuk alanında da hüküm doğurabilir.

g. Suç ve Ceza İlkesi

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, ceza hukukunun temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Ceza hukukunda kanunilik ilkesi şöyle tanımlanmaktadır: Suç ve cezaların ancak kanun ile konulması ve bunların usulüne uygun olarak ilan edilmek suretiyle herkes tarafından öğrenilmesinin temin edilmesini ifade eden ilkeye kanunilik ilkesi denmektedir. Başka bir deyişle; işlendiği zaman

kanun tarafından suç sayılmayan bir fiil cezalandırılmayacağı gibi; kanun tarafından açıkça tespit edilmeyen bir ceza ile de cezalandırma yapılamaz. Söz konusu fiilin, işlenmeden veya fiile yönelik davranış gerçekleşmeden ceza yargısında suç olarak öngörülmüş olması ve cezasının da önceden tespit edilmiş olması gerekmektedir.

Yukarıdaki tespitin sonucu olarak, yargıcın kanun koyucunun açıkça öngörüp, cezalandırmadığı bir fiili kıyas yoluyla yaptırım alanına sokması mümkün değildir.³⁴² Başka bir deyişle; bir fiil hakkında mevcut olan hüküm, benzerliği dolayısıyla başka bir fiile uygulayamaz.

Ceza hukukunun kanunilik ilkesi Baas iktidarı döneminde açık bir şekilde ihlal edildiğinden; Irak Anayasası'nın hazırlık aşamasında, genel olarak adil yargılanma ve özel olarak da ceza hukukunda kanunilik ilkesi üzerinde en çok durulan ilkeler olmuşlardır. Nitekim kanunilik ilkesi, adil yargılama ilkesinin düzenlendiği 19. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. İkinci fıkra aynen şöyledir: "Yasada belirtilmedikçe suç ve ceza yoktur. Ceza yalnızca işlendiği dönemde yasalar tarafından suç sayılan eylemler için verilebilir. Hiç kimseye suçun işlendiği zaman geçerli olan yasayla belirlenenden daha ağır bir ceza verilemez."

Suç ve cezaların kanunilik ilkesi çerçevesinde anılan bir başka ilke ise, ceza kurallarının geçmişe yürümezlik kuralıdır. Ceza kuralları, genel olarak yürürlüğe girmelerinden sonra işlenen fiillere uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu ilkeye göre, suçun işlenmesi anında yürürlükte olan ceza kuralına göre suç teşkil etmeyen bir fiilden ötürü kimse cezalandırılmayacaktır. Irak Anayasası da ceza kurallarının geçmişe yürümezliği ilkesini kabul etmektedir. Bu ilke anayasanın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrasında hükme bağlanmaktadır. Dokuzuncu fıkra aynen şöyledir: "Aksi belirtilmedikçe yasaların geriye dönük olarak uygulanması mümkün değildir. Bu husus vergi ve harçlar yasasını kapsamaz." Ancak bu

³⁴² Kıyas, kanunda öngörülen durumlara ilişkin düzenlemelerden, kanunda öngörülmemiş benzer durumlarda yararlanılmasıdır.

konuda birçok devlet anayasasında olduğu gibi Irak Anayasası'nın da bir takım istisnaları mevcuttur. Bu bağlamda anayasanın 19. maddesinin 10. fıkrasında; "Ceza yasası, sanığın menfaati doğrultusunda olmadığı sürece geriye dönük olarak uygulanamaz" hükmü yer almaktadır. Böylece, sanığın menfaati gerektirdiği durumlarda ceza kuralları geçmişe dönük uygulanabilecektir.

h. Cezaların Şahsiliği İlkesi

Cezaların şahsiliği ilkesi, Fransız İhtilali'nden önce batıda göz ardı edildiğinden bazı durumlarda suç işleyenlerin yakınları da suçsuz oldukları halde cezalandırılırdı. Aynı durum Baas iktidarı döneminde de geçerliydi. Nitekim Baas iktidarı döneminde muhalif eğilimleri nedeniyle suçlu bulunanların yakınları da cezalandırılmaktaydı. Yeni Irak Anayasası'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında düzenlenen cezaların şahsiliği ilkesi, herkesin kendi fiilinden sorumlu olmasını, cezanın yalnız suça iştirak edenlere verilmesini ve suça katkısı olmayanların ceza sorumluluklarının olmamasını hükme bağlanmaktadır.

F. Seçme, Seçilme ve Aday Olma Hakkı

Devlet egemenliğinin kaynağının millete ait olduğunu hükmeden anlayış Fransız ihtilali ile doğmuştur. Bu anlayış gereğince iktidarın yapılacak seçimlerle halk tarafından belirlenmesi gerekirken; halk uzun bir süre doğrudan doğruya iktidarın belirlenmesinde egemen olamamıştır. Bunun da sebebi, devlet iktidarını temsil eden organların halkın tamamınca değil; bir zümre tarafından belirlenmesiydi.³⁴³ O dönemde milli menfaati en iyi şekilde değerlendirebilecek olan seçkin sınıfın ve iktidarın belirlenmesi, sadece bu sınıfın tekeline

³⁴³ Özbudun, a.g.e, s. 331.

bırakılmıştır.

Bu yaklaşımın benimsenmesi kuşkusuz temel hak ve özgürlükler açısından kabul edilmesi imkânsız sonuçları beraberinde getirmiştir. Bu uygulamanın insan hakları doktrininde gelişmesi ile birlikte seçim kavramında yeni ilkeler doğmuştur. Yeni doğan bu ilkelerin başında da genel oy ilkesi gelmektedir. Bu ilkeye göre iktidar, sadece seçkin bir zümre tarafından değil; halkın tamamı tarafından belirlenmeli; yaş kriteri, iradeyi ortadan kaldıran sağlık durumu vs. gibi benzer nedenler dışında hiç kimsenin seçimlerde oy kullanma hakkı ortadan kaldırılmamalıdır.

Genel oy ilkesi ile birlikte ortaya çıkan diğer bir ilke de seçilme (aday) olma hakkıdır.³⁴⁴ Seçme ve seçilme hakkı Irak Anayasası'nın 20. maddesinde düzenlenmektedir. 20. maddeye göre, kadın erkek ayrımı yapılmaksızın tüm Irak vatandaşları seçme, seçilme ve aday olma dahil olmak üzere bütün siyasi haklardan yararlanabileceklerdir.

G. İltica Hakkı

İltica olgusu, insanlık tarihinin çok eski dönemlerinden bu yana varlığını devam ettirmektedir.³⁴⁵ 20. yüzyıla gelindiğinde de dünyanın pek çok ülkesinde yaşanan savaşlar, ihtilaller pek çok insanı sığınma arayışlarına sevk etmiştir. İnsan hakları kavramı, II. Dünya Savaşı sonrasında kuramsal olarak gelişmiş,

³⁴⁴ Seçme ve seçilme hakkı birçok insan hakları belgesinde birlikte düzenlenmektedir. Seçme ve seçilme hakkı, Avrupa Topluluğu Kurucu Antlaşması'nın 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda uyruğu olmadığı bir üye devlette ikamet eden tüm birlik vatandaşları, ikamet ettikleri üye devlet uyrukları ile aynı koşullarda mahalli seçimlerde oy kullanma ve seçilme hakkına sahiptirler.

³⁴⁵ Dinler tarihinde sık rastlanılan iltica olgusu, Hitit ve Aztek yazıtlarında dahi sözleşmelerde önemli bir madde olarak karşımıza çıkmaktadır. İslamiyet'e ilk inananların üzerindeki baskıların zulüm boyutuna ulaştığı bir zamanda başta Habeşistan'a sonrasında ise Medine'ye hicret etmeleri, İslam tarihinde çok önemli bir dönüm noktasıdır. Keza, İspanya'dan kaçan Musevilere Osmanlı İmparatorluğu'nun sığınma hakkı tanınması da şüphesiz bu din mensupları için unutulmayacak bir insanlık örneği oluşturmuştur. Kılıç Taner. "Bir İnsan Hakkı Olarak İltica Dünyada ve Türkiye'de Tarihi Arka Plan", <http://www.amnesty.org.tr>

başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi olmak üzere; bildirgede yer alan hemen bütün haklar hakkında çeşitli takip, denetim ve yaptırım araç ve mekanizmalarına sahip Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri oluşturulmuştur. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi madde 14’de temel bir insan hakkı olarak sayılan iltica hakkına ilişkin Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair BM Sözleşmesi, 1951 yılında Cenevre’de kabul edilmiştir.³⁴⁶

Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair BM Sözleşmesi birinci maddesinde mülteci; "İrki, dini, tabiiyeti, belli bir gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da yararlanmak istemeyen veyahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıslar olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi bu tanımın ana unsurları, ırk, din, tabiiyet, belli bir gruba mensubiyet veya siyasi düşüncelerdir.

İltica hakkı ve bu hakkın sınırları Irak Anayasası’nın 21. maddesinde düzenlenmiştir. 21. maddenin ikinci fıkrasında yer alan; “İrak’a siyasi iltica yasayla düzenlenir. Siyasi bir mülteci kaçtığı ülkeye zorla iade edilemez” ifadesi ile iltica hakkı hükme bağlanmıştır. Irak Anayasası’nın iltica hakkını güvence altına alması, temel hak ve özgürlükler açısından doğal bir yaklaşım olarak karşılanırsa da; siyasi sonuçları açısından düşündürücüdür. Çağdaş anayasalar, temel hak ve özgürlükleri düzenlerken insan haklarının geniş listesi içersinde kendi vatandaşlarına hitap eden hakları öncelikle güvence altına alma eğilimi içindedirler. Oysa iltica hakkı, vatandaşlara değil; yabancıları hitap eden bir insan hakkıdır. Bu yaklaşım, otoriter bir yapıdan demokrasiye geçiş sürecinde olan bir ülkenin anayasası için fazlaca lüks bir eğilimdir. Üstelik Irak’ın yaşadığı ağır istikrarsızlık ve çatışma koşulları göz önünde bulundurulduğunda; başka ülkelerin vatandaşlarının Irak’a iltica etmeleri mantık dışı bir varsayımdır.

³⁴⁶ Bu sözleşme günümüz iltica / mülteci hukukunun temel belgesi ve dayanağıdır.

Kanımızca, iltica hakkına Irak Anayasası'nda yer verilmesi, ABD'nin Orta Doğu bölgesi stratejileri ile yakından ilgilidir. Bilindiği gibi, Afganistan ve Irak müdahaleleri ABD'nin Büyük Orta Doğu Projesi'nin sadece birer parçasıdır. Bunlara benzer operasyonlar yakın veya orta vadede başka ülkelere karşı da gerçekleştirilebilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda Irak, hem askeri ve hem de siyasi anlamda bir üs olarak kullanılacaktır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde 21. maddenin İkinci fıkrasının, operasyon yapılacak ülkelerin siyasi muhalif militanlarının Irak'ta barındırılmasına hukuki zemin hazırlamak için düzenlendiğini söyleyebiliriz. Bölücü PKK terör örgütünün ve İran hükümetine muhalif Halkın Mücahitleri Örgütü militanlarının Irak'ta barındırılmalarını da bu çerçevede değerlendirebiliriz.

Aynı maddenin üçüncü fıkrası, iltica hakkını ortadan kaldıran halleri hükme bağlamıştır. Üçüncü madde aynen şöyledir; "Uluslararası bir cinayet işleyenlere, terör eylemleri gerçekleştirenlere veya Irak'a zarar vermekle suçlananlara siyasi iltica hakkı tanınmaz." Bu hükme göre, uluslararası cinayet, terör eylemleri ve Irak'a zarar veren suçlar iltica hakkını ortadan kaldıran unsurlardır. Bu fıkra ifade edilen suçların yoruma açık olduklarını da belirtmek gerekir. Örneğin uluslararası hukukta tüm devletlerin üzerinde uzlaştığı bir terör tanımı bulunmamaktadır. Bir devlete göre terörist sayılan bir grup, başka bir ülkeye göre özgürlük savaşçısı olarak değerlendirilebilmektedir.

2. 2005 Tarihli Irak Yeni Anayasasında Temel Özgürlükler

Irak Anayasası özgürlükleri haklardan ayırarak; 35-43. maddeler arasında, "Özgürlükler" başlığı altında düzenlenmektedir. 35. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, "İnsanların özgürlükleri ve onurları korunmalıdır" ifadesi yer almaktadır. Böylece Irak Anayasa koyucusu özgürlükleri, özel hükümlerin yanı sıra; genel bir hükümle de anayasal güvence altına almıştır. Irak

Anayasası'nın "Özgürlükler" başlığı altında; işkence yasağı, din ve vicdan hürriyeti, zorla çalıştırmak yasağı, ifade, basın, toplantı ve gösteri yapma, dernek ve parti kurma, haberleşme ve seyahat özgürlükleri düzenlenmektedir.

A. İşkence Yasağı

İşkence, kişinin maddi ve manevi bütünlük hakkına yönelik çeşitli kötü muamelelerden sadece biri ve en ağırıdır.³⁴⁷ İşkence, uluslararası insan hakları belgelerinde ve ulusal anayasalarda yasaklanmış; ceza kanunlarıyla da yaptırım altına alınmıştır. Birleşmiş Milletler İşkenceye ve Diğer İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmesi'nin birinci maddesinde işkenceyi şöyle tanımlanmaktadır: Bu Sözleşmenin amacı bakımından "işkence", bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulanan bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.

İşkence yasağı Irak açısından büyük önem taşımaktadır. Çünkü, Baas iktidar döneminde en ağır özgürlük ihlalleri bu alanda yaşanmış; hiç suçu olmayan milyonlarca insan ağır işkencelerin ardından suçları üstlenmiş ve idam dahil muhtelif ağır cezalara çarptırılmıştır. Bu gerçeği göz önünde bulundurarak

³⁴⁷ Çeçen, a.g.e, s. 110-114.

işkencenin önlenmesini güvence altına alan Irak Anayasası'nın 35. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde işkence yasağı şöyle ifade edilmektedir: "Her türlü psikolojik ve bedensel işkence ve insanlık dışı muamele yasaktır."

İşkence yasağı aynı zamanda adaleti de korumaktadır. Başka bir deyişle işkence yasağı, adil yargılama hakkının da önemli bir unsurudur. Kötü bir muamele biçimi olan işkencenin, sorgulama ya da yargılama esnasında kullanılmaması gerekmektedir. İşkenceye Karşı Sözleşmenin 15. Maddesiyle şu hükümler getirilmiştir:

1) İşkence ile alındığı anlaşılan bir ifade, yargılamada delil olarak kullanılamaz.

2) İşkence ile alındığı anlaşılan bu ifadeler, işkence yaptığından şüphelenilen sanık aleyhine kullanılabilir.

Nitekim, Irak Anayasası da işkence yasağının adil yargılama hakkının bir alt yapısı olduğunu kabul etmektedir. 35. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin ikinci cümlesinde yer alan hükme göre; zor kullanma, tehdit ve işkenceyle alınan ifadeler hükümsüzdür ve yargılamada delil olarak kullanılamaz.

Bu iki yönüyle (kişi bedenini koruma ve adil yargılama) ele alındığında Irak Anayasası'nın işkence yasağı ile ilgili yaptırımları da düzenlemeyi ihmal etmediğini görülmektedir. (c) bendinin son cümlesi uyarınca; "işkence eylemlerinden zarar görenler, yasalar uyarınca uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmin edilmesini talep edebilirler." Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, işkencenin kanıtlanmasındaki güçlüklerdir. İşkencenin kanıtlanması, gelişmiş ülkelerde bile önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Irak gibi az gelişmiş bir ülkede ise, işkencenin kanıtlanması daha da zordur. Örneğin adli tıp raporu, işkencenin kanıtlanmasında önemli bir araçtır ve bu araç işkence ve diğer kötü muamelelerin tespitinde kullanılmaktadır. Oysa yeterli bilgi ve deneyime sahip olmayan Irak doktorlarınca hazırlanan adli tıp raporları eksik ve yetersizdir. İşkencenin fiziksel bulgularının tespitinde genellikle

birden fazla uzman görüşü alınmalı, daha detaylı teknik muayene ve tahliller (örneğin; sintigrafi, biyopsi v.s.) yapılması sağlanmalıdır. Ancak; bu tür işlemleri Irak'ta resmi kanallara yaptırmak neredeyse imkânsızdır.

B. Din, Vicdan ve İbadet Hürriyeti

Çağımız; insan hak ve hürriyetlerinin en fazla konuşulup tartışıldığı, demokrasinin ögesi ve gelişmişliğin ölçüsü kılındığı bir çağdır. Uluslar arası ve ulusal insan hakları belgelerinin çoğu, din ve vicdan hürriyetini korumaya yönelik hükümlere yer vermektedirler.³⁴⁸ Din özgürlüklerinden kullanım alanı en dokunulmaz olanı inanç özgürlüğüdür.³⁴⁹ İnanç özgürlüğü denildiğinde, vicdan ve ibadet özgürlüğünü içine alan bir hak ve özgürlük anlaşılmaktadır.

İnanç özgürlüğü iki yönlü bir koruma sağlamaktadır: Birincisi, kişinin istediği herhangi bir inancı seçebilme ya da hiçbir inanca bağlanmama özgürlüğüdür.³⁵⁰ Bu durum inanç özgürlüğünün "vicdan özgürlüğü" boyutunu oluşturmaktadır. İnanç özgürlüğünün tanınıp güvence altına alındığı bir ülkede kişiler, mevcut bir dini seçebilecekleri gibi; yeni bir din oluşturma ya da tüm din ve inançların dışında kalabilme hakkına da sahip olacaklardır. İnanç özgürlüğünün sağladığı ikinci koruma ise; kişinin seçtiği inancın gerektirdiği ibadetleri yapabilmesinin güvence altına alınması ve bu konuda hiçbir sınırlamaya tabi tutulmamasıdır.

İnanç özgürlüğünün "vicdan özgürlüğü" boyutu, Irak Anayasası'nın 39. Ve 40. maddelerinde düzenlenmektedir. 39. madde uyarınca Irak vatandaşları; din, mezhep ve inançları doğrultusunda özel kimliklerine bağlı kalma

³⁴⁸ Örneğin bu iki hak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde; "Her şahsın fikir, vicdan ve din hürriyetine hakkı vardır..." ilkesine yer vermiştir. Bu maddenin devamı din ve kanaatin ifadesi, öğretilmesi ve uygulanması konularında geniş hürriyetler getirmektedir.

³⁴⁹ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 297.

³⁵⁰ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 297.

özgürlüğüne sahiptirler. Irak Anayasası, din özgürlüğü kapsamında mezhep özgürlüğünden de bahsettiğinden; bu hüküm içinde tekrar mezhep kavramına yer vermek gereksiz olacaktır. Nitekim mezhep kavramı, inanç kavramı içerisinde değerlendirilmesi gereken bir unsurdur.

Mezhep kavramı, Şiilerin ısrarları üzerine anayasal güvence altına alınmıştır. Geçmişte din ve vicdan özgürlüğü açısından en büyük ihlaller, mezhep konusunda yaşanmış; kuruluşundan 2003 yılına kadar Sünni hegemonyası altında yaşayan Şiiler büyük haksızlıklara uğramışlardır. Bu sebeple bir tepki anayasası niteliğinde olan Irak Anayasası'nın 40. maddesinde vicdan özgürlüğüne tekrar vurgu yapma ihtiyacı doğmuştur. 40. maddeye göre, her ferdin fikir, vicdan ve inanç özgürlüğü bulunmaktadır. Irak Anayasası'nın, vicdan özgürlüğünü birden fazla maddede güvence altına alması kanaatice gereksiz bir eğilimdir. Fakat bu eğilimin geçmişteki mezhebe dayalı politikalar ve bu politikaların din özgürlüğü konusunda yarattığı tahribat ve güvensizlerin birer kanıt oldukları da söylenebilir.

Kişilerin seçtiği bir inanç ya da dinin gereklerini yerine getirebilmesi, inanç özgürlüğünün "ibadet özgürlüğü" boyutunu oluşturmaktadır. Buna göre ibadet özgürlüğü, bir inancın, bireysel ve toplu olarak ibadetini yapma, bu inancı öğrenme ve öğretme gibi çeşitli şekillerde açığa çıkmaktadır. Bir inancın açığa vurulması; kamu düzeni, kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak gibi meşru bir amaçla ve kanunla sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırma, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçünün ötesinde olmamalıdır.

İbadet özgürlüğü, Irak Anayasası'nın 41. maddesinde düzenlenmektedir. 41. madde uyarınca, bir din veya mezhebe bağlı olanlar Şii Hüseyniye törenleri dâhil; dini törenler düzenlemek ve vakıf işlerini ve dini kuruluşlarını idare etmek konusunda özgürdürler. Burada Irak Anayasası'nın bir kez daha mezhep kavramına vurgu yaptığı görülmektedir. Hatta, Şii mezhebine bağlı

fertlerin ibadet özgürlükleri özel olarak güvence altına alınmaktadır. Söz konusu 41. maddenin son fıkrası ise, devletin ibadet özgürlüğünün ve ibadet yerlerinin koruma yükümlülüğünden bahsetmektedir. Bu yükümlülük şöyle ifade edilmektedir: “Devlet, ibadet özgürlüğünün ve ibadet yerlerinin korunmasını sağlar.”

Din ve vicdan hürriyeti konusunu sonlandırmadan, çalışmada çok sık değinilen Irak Anayasası’nın laiklik yaklaşımına burada da yer vermek ihtiyacı doğmaktadır. Literatürdeki birçok yazarın savunduğu görüşe göre laiklik ilkesi, din ve vicdan özgürlüğünün korunması ve sağlanması açısından olmazsa olmaz bir koşuldur.³⁵¹ (Fakat bu görüşün doğruluğunu Irak Anayasası’nın laiklik ve din özgürlüğü sorunu çerçevesinde çürütmek mümkündür.) Bu görüşün doğruluğunu, Irak Anayasasında laiklik ve din özgürlüğü sorunu çerçevesinde ispat etmek mümkündür. Daha önce de belirtildiği gibi Irak Anayasası, laikliği kabul etmemektedir. Irak anayasa koyucusunun bu yaklaşımını, anayasanın ikinci maddesinde İslam dini lehine kurduğu hükümlerle kanıtlamaktadır. Örneğin anayasanın ikinci maddesinde yer alan devletin resmi dini İslam’dır ve yasamanın başlıca kaynağıdır hükmü, din özgürlüğünü ciddi şekilde zedelemektedir. Nitekim gayrimüslim vatandaşlara zorla İslam hukukunun uygulanması, zorlamayı ret eden din ve vicdan özgürlüğü ilkesine ters düşmektedir.

C. Düşünce, İfade ve Basın Özgürlüğü

Düşünce ve ifade hürriyeti, insanlar için vazgeçilmez bir özgürlüktür. İnsanı diğer varlıklardan farklı, etkin ve üstün kılan en önemli özellik; düşünme yeteneğine sahip olmasıdır. İnsan, bu özelliğini büyük ölçüde düşünme

³⁵¹ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 147.

özelliğine borçludur.³⁵² Düşünmek ve düşünme üretmek, insanın özünü oluşturan; insanı insan yapan bir faaliyettir. İnsanlığın bireysel ve kolektif gelişiminin temel dinamiğini fikir hürriyeti oluşturmaktadır. İnsanlığın gerek her türlü bilimsel ve teknolojik gelişimi gerekse maddi ve manevi alandaki olgunlaşması, fikir hürriyetinin mevcudiyetine bağlıdır.³⁵³ Düşünme faaliyeti ya da düşünme üretimi ise ancak fikir hürriyetinin veya düşünce özgürlüğünün sağlanması ile gerçekleştirilebilir. Başkalarının haklarına el uzatmamak ve yaşadığı ülkenin kanunlarını çiğnememek kaydıyla her insan gerçek ve doğru olduğuna inandığı şeyleri özgürce düşünebilir ve konuşabilir.

Düşünce hürriyeti teorik olarak üç ögeden oluşmaktadır. Bunlar; Düşüncelere ve bilgilere ulaşma (haber alma ve bilgi edinme), düşüncelerden ötürü kınanmama (kanaat özgürlüğü) ve düşüncelerini açıklama, yayma ve başkalarına aktarma (ifade özgürlüğü) özgürlüğüdür.³⁵⁴

Düşünce ve ifade özgürlüğü birçok uluslararası ve ulusal insan hakları belgelerinde yer almaktadır. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 19. maddesinde düşünce özgürlüğünü şöyle düzenlemektedir: "Her fert, fikir ve fikirlerini açıklama hürriyetine sahiptir. Bu hürriyet, fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzubahis olmaksızın malumat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir."

Irak Anayasası bu hakları üç ayrı maddede düzenlemektedir. Anayasanın 40. maddesinde düşünce ve kanaat özgürlüğü, 36. maddesinin birinci fıkrasında düşünce açıklama ve yayma özgürlüğü, 36. maddesinin ikinci fıkrası ile 38. maddesinde ise düşünce özgürlüğünün yayılmasına yardımcı olan Basın ve haberleşme araçları düzenlenmektedir.

³⁵² Çeçen, a.g.e, s. 252-255; Öner Necati, **İnsan Hürriyeti**, Vadi Yayınları, İstanbul 1982, s.138.

³⁵³ Küçük Adnan, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Ankara 2003, s. 2-3.

³⁵⁴ Aliefendioğlu Yılmaz, "**Düşünsel Özgürlük**", İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, 17/18, 1995/1996, s. 11-31.

a. Düşünce Özgürlüğü

40. maddede şöyle denilmektedir: “Her ferdin fikir... Özgürlüğü vardır”. Bu madde şöyle yorumlanabilir; Düşünce ve kanaat hürriyetinde, kişinin kendi iç dünyasındaki düşüncelerinin korunması ve bunlardan ötürü suçlanmaması hususları yer almaktadır. Bu hak dokunulmaz haklardan olduğu için kişiye mutlak bir dokunulmazlık alanı bağışlar.³⁵⁵

b. Düşünce İfade ve Yayma Özgürlüğü

39. maddenin ikinci fıkrasında ise, düşünce açıklama ve yayma hürriyetini düzenlenmektedir. 39. maddenin ikinci fıkrası aynen şöyledir: “Devlet genel kamu düzeni ve ahlaka aykırı düşmeyecek şekilde... Bütün şekilleriyle ifade özgürlüğünü, güvence altında tutar.” Görüldüğü gibi, düşünce açıklama (ifade) özgürlüğü mutlak bir özgürlük alanı değildir. Başka bir deyişle Irak Anayasası; düşünce açıklama özgürlüğünü, kamu düzeni ve ahlak kavramları ile sınırlandırmaktadır.³⁵⁶ Bu fıkra da yer alan “tüm şekilleri” ibaresinden kasıt, düşüncenin açıklanması ve yayılmasının sadece açıklamada bulunan kişinin bu düşüncesini aktarmasını değil; düşüncenin yöneltildiği kimseye ulaşmasını da içermesidir.

c. Basın Özgürlüğü

39. maddenin ikinci fıkrasında ise, düşünce özgürlüğünün yayılmasında yardımcı olan medya araçları (basın özgürlüğü) düzenlenmektedir. 39. madde aynen şöyledir; “Devlet, genel kamu düzeni ve ahlaka aykırı düşmeyecek

³⁵⁵ Kuzu Burhan, “Düşünceleri Açıklama Hürriyeti”, İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan, 17/18, 1995/1996, s. 47.

³⁵⁶ Türk Anayasası da, düşünce açıklama ve yayma özgürlüğünü; milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ile milletiyle bütünlüğünün korunması kavramları ile sınırlamaktadır. Kalabalık, a.g.e, s. 301.

şekilde; gazetecilik, basın, reklâm, medya ve yayın özgürlüğünü güvence altında tutar.” Görüldüğü gibi, düşünce açıklama özgürlüğünde olduğu gibi; basın özgürlüğü de mutlak bir özgürlük alanı değildir. Irak Anayasası basın özgürlüğünü, kamu düzeni ve ahlak kavramları ile sınırlandırmaktadır.

d. Haberleşme Özgürlüğü

38. maddede ise, düşünce özgürlüğü ile yakından ilgili olan haberleşme özgürlüğü düzenlenmektedir. 38. maddenin birinci cümlesine göre; “Posta, telgraf, telefon, elektronik haberleşme ve diğer iletişim ve haberleşme özgürlükleri güvence altındadır.” Bu hükümle, düşünce özgürlüğünün yayılması ve düşüncenin kişilere iletilme araçları güvence altına alınmaktadır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kapsamına; araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi, buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi girmektedir. Söz konusu bu tedbir; Almanya’da 1968, Avusturya’da 1974, İsviçre’de 1979, İngiltere’de 1985, İtalya’da 1988 ve Fransa’da 1991 yılından beri yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.³⁵⁷ Günümüzde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine olanak sağlayan yasal düzenlemelere hemen hemen tüm devletlerin ceza muhakemesinde yer verilmektedir. Irak Anayasasının 38. maddesinin ikinci cümlesinde; “Bir yargı kararı ve/veya yasal ve güvenlik zarureti olmaksızın hiç kimsenin haberleşme işlemini gözetlemesi, dinlemesi veya teşhir etmesi mümkün değildir” hükmüne yer verilmekte; böylelikle Irak hukukunda, kişinin kendi iradesi dışında düşüncesinin açıklanmasına yasal bir sınırlama getirilmektedir. Bu durumun tek bir istisnası ise, yargı kararıyla bu sınırlandırmanın kaldırılmasıdır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin

³⁵⁷ Geniş bilgi için bkz. Erdem Mustafa Ruhan, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara 2001, s. 99 vd.

denetlenmesi, haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olduğundan; hakimın kararını veya onayını almak şarttır. Irak Anayasası, telekomünikasyon araçlarıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin sınırlarını açıklamamakla birlikte; bu konuya açıklık getiren bir yasal düzenlemeye de yer vermemektedir. Bizce, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında da vurgulandığı gibi, bu tedbirlere ancak demokratik kurumların korunması zorunluluğu olduğu zaruri durumlarda başvurulmalıdır. Bunun sonucu olarak da bu tedbirlerin uygulama alanına girecek suçların sınırlı tutulması şarttır.³⁵⁸

D. Toplantı ve Gösteri Yapma Özgürlüğü

Toplantı ve gösteri yapma özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü ile yakından ilgilidir. Toplantıların düşüncenin oluşum yollarından biri olduğu göz önünde bulundurulduğunda; toplanma özgürlüğü ile düşünce özgürlüğü arasındaki bağlantı açıkça görülmektedir. Toplantı, “bir konuyu tartışmak”, “düşünce değişiminde bulunmak”, “bir fikir ya da amacı açıklamak” için yapıldığına göre; toplantıya katılanlarda veya toplantıdan haberdar olanlarda bir düşüncenin belirmesini ya da gelişmesini sağlamak toplantının başlıca işlevlerinden biridir. Toplanma özgürlüğü ifade özgürlüğüyle de doğrudan bağlantılıdır. Çünkü toplantılar, düşünce ve görüşlerin dolaysız ifade yollarını oluşturmaktadırlar.³⁵⁹

Toplanma, kişilerin ortak ya da kamusal çıkara ilişkin konuları tartışmak ya da bir gösteri düzenlemek amacıyla bir araya gelmeleri olarak tanımlanabilir. Ya da, toplanma özgürlüğü, “birden çok kişinin kolektif olarak kullanabileceği, özneleri ya da gruplamalardan oluşan ve bireylerin yalnız başına

³⁵⁸ Bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 308 vd.

³⁵⁹ Alpkaya Gökçen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğü Hakkı”, SBF Dergisi, 2001, 56. C, Sayı 3, s. 1-18.

gerçekleştiremediği amaçları hedef alan hürriyetlerdir.³⁶⁰ AİHK ise toplanmayı; “bireylerin bir fikir ya da amacı açıklamak için kapalı veya halka açık yerlerde toplantı, gösteri ve yürüyüş, vb. gibi, hangi şekil altında olursa olsun, bir araya gelmeleri” olarak tanımlamaktadır.³⁶¹ Bu tanımlar çerçevesinde, toplanma özgürlüğü hakkı, gerçekleştirilmelerine göre, örgütlü ve örgütlü olmayan (toplantı) olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır.

a. Örgütlenme Özgürlüğü

Örgütlenme özgürlüğü; en azından, kişilerin diğerleriyle birlikte bir araya gelebilmesi hakkıdır. Bu özgürlük, insan hakları ile temel hakların en önemlilerinden birisi ve ayrıca düşünciyi açıklama özgürlüğünün bir başka ortaya çıkış biçimi olarak demokratik, çağdaş bir toplumun vazgeçilmez bir ögesidir. Bu özgürlük yoluyla, kişilerin siyasi, dini, kültürel, ekonomik ya da sosyal amaçlarla bir araya gelmeleri sağlanır. Bireylerin tek başlarına topluma duyuramayacakları fikirler bu yolla diğer kişilere iletilir; dağınık ve farklı olan görüşler belirginleşir ve açıklık kazanır.

Irak Anayasası’nın 37. maddesinde örgütlenme hakkı; 43. maddesinde ise, örgütlü toplanma hakkını düzenlenmektedir.³⁶² 37. maddenin birinci fıkrasında; Dernek (sivil toplum örgütleri) ve siyasi parti kurma ve bunlara üye olma özgürlüğü güvence altındadır.” hükmü yer almaktadır. Buradan da anlaşıldığı üzere örgütlü toplanma özgürlüğü, dernek ve siyasi parti kurma ve

³⁶⁰ Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 197; Çeçen, **a.g.e.**, s. 259.

³⁶¹ Örgütlenme özgürlüğünün İngilizce karşılığı “freedom of association”dır ve bu kavram Türkçe’ye “dernek kurma özgürlüğü” olarak da çevrilmiştir. Ancak Türkçe’de “dernek” kavramı, ilk bakışta, yalnızca dar anlamda derneklere çağrıştırılabileceğinden, ben bu çalışmamda örgütlenme özgürlüğü kavramını kullanmayı doğru buldum.

³⁶² Irak Anayasası, örgütlenme hürriyetini tanımlamak için iki ayrı kavram kullanmaktadır. 37. madde dernek (dar anlamda örgütlenme) kavramını kullanırken; 43. madde sivil toplum örgütleri kavramını kullanmaktadır. Irak Anayasa koyucusunun her iki madde için ortak bir kavram kullanması kanaatimce daha isabetli olurdu.

bunlara üye olma biçiminde düzenlenmektedir. Bu fıkra göre, dernek ve siyasi parti kurma ve bunlara üye olma, bireylerin temel özgürlük alanlarından birisidir. 37. maddenin ikinci fıkrasında ise, hiç kimsenin bir partiye, derneğe veya siyasi oluşuma üye olmaya ve/veya üye olmaya devam etmeye zorlanamayacağı hükme bağlanmaktadır.

Irak Anayasası'nın 43. maddesinde yer alan hüküm gereğince devlet, sivil toplum örgütlerinin rollerini meşru amaçlarını barışçı yollarla gerçekleştirmelerini sağlayacak şekilde güçlendirmeye, desteklemeye, geliştirmeye ve bunların bağımsız bir şekilde hareket etmelerini sağlamaya çalışacaktır.

Her ne kadar Irak Anayasası'nda örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırma kriterleri düzenlemese de; örgütlenme özgürlüğünün hiçbir şekilde sınırlandırılmayan mutlak bir hak olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ulusal makamlar; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzenin muhafazası ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi bazı durumlarda örgütlenme özgürlüğüne yasayla sınırlandırma getirebilir.

b. Örgütlü Olmayan Toplanma Özgürlüğü

Örgütlü olmayan toplanma hürriyeti, Irak Anayasası'nın 36. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Söz konusu bu fıkra göre; "Devlet, genel kamu düzeni ve ahlaka aykırı düşmeyecek şekilde...toplantı ve barışçı şekilde gösteri yapma özgürlüğünü güvence altına alır. Görüldüğü gibi toplantı ve yürüyüş gösterisi serbestliğini benimseyen Irak Anayasası, toplantı ve gösteri yürüyüşünün "barışçı" olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda toplantının yürütülmesine ilişkin "barışçı" nitelik; genel anlamıyla şiddete, özellikle de silahlı şiddete başvurulmaması olarak tanımlanmaktadır. Taş ve sopadan ibaret dahi olsa katılanların silahlı olduğu bir toplantı, bu silahlar hiç

kullanılmasa bile barışçı bir toplantı olmayacaktır. Ayrıca söz konusu bu barışçı nitelik toplantı süresince devam etmelidir. Başka bir deyişle; toplantıya katılanların gelip geçenlere saldırması, tehdit savurması, bu kişilerin eşyaları tahrip etmesi, arabaları yakması, taş vb. atması söz konusu bu toplantıyı barışçı olmaktan çıkarır. Bu da, toplantının toplanma özgürlüğünün korumasından çıkması, dolayısıyla dağıtılabilmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda, söz konusu toplantıyı düzenleyenlerin toplanma özgürlüğünü ileri sürme hakları ortadan kalkacaktır.³⁶³ Irak Anayasasında, toplanma özgürlüğü hakkında yararlanma, ilke olarak, yukarda değinilen “barışçı” olma koşulu dışında, toplantıda ifade edilen ya da toplantının kendisinin ifade ettiği görüşlerin genel kamu düzeni ve ahlaka aykırı düşmeyecek şekilde olmasını beraberinde getirmektedir.

E. Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü

Yerleşme ve seyahat özgürlüğü, Irak Anayasası’nın 42. maddesinde düzenlenmektedir. 42. maddenin birinci fıkrasına göre, Iraklı vatandaşların Irak içinde ve dışında dolaşma, seyahat ve yerleşme özgürlüğü vardır. Görüldüğü gibi Irak’ta yerleşme ve seyahat özgürlüğü sadece Irak vatandaşlarına mahsus bir hürriyet alanıdır. Bu hükmün doğal bir sonucu da yabancıların Irak’ta yerleşme ve seyahat özgürlüğünün resmi makamların iznine bağlı olmasıdır. Söz konusu 42. maddesinin birinci fıkrası yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenlerken; bu hürriyet alanının sınırlarını düzenlememektedir. Oysa bu hürriyet, birçok ülkenin anayasasında mutlak bir hürriyet alanı olarak tanımlanmamıştır. Örneğin Türk Anayasası’nın 23. maddesinde suç işlenmesinin önlenmesi, sosyal ve ekonomik gelişmenin sağlanması, sağlıklı ve

³⁶³ Toplantı ve yürüyüş gösteri hürriyetini düzenleyen tüm uluslararası ve ulusal insan hakları belgeleri, bu hürriyetin silahsız ve saldırısız yapılmasını öngörmektedir. Türk Anayasasının 34/1. maddesi de bu duruma örnek olarak verilebilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Anayurt Ömer, “**Türk Anayasa Hukukunda Toplama Hürriyeti**”, İstanbul 1998, s. 47 vd.

düzenli kentleşmenin sağlanabilmesi ve kamu mallarının korunması için yerleşme özgürlüğüne bir takım sınırlandırmalar getirilirken; suç soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla da seyahat özgürlüğünün sınırlandırılabilceği ifade edilmektedir. Irak Anayasası'nın 42. maddesinin ikinci fıkrasında ise, Iraklıların sürgüne gönderilmesi, ülkeden uzaklaştırılması veya vatana dönmekten mahrum bırakılması yasaklanmaktadır.

F. Zorla Çalıştırmak Yasağı (Angarya)

Zorla çalıştırmak yasağı, Irak Anayasası'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Bu düzenlemeyle zorla çalıştırmak (ücretsiz), kölelik ve köle ticareti yasaklanmaktadır. Böylece Irak Anayasası angaryayı yasaklamaktadır. Angarya kavramı özel hukukta, bir malın menfaatinden veya bir kişinin hizmetinden bedava olarak yararlanması anlamındayken;³⁶⁴ Anayasa hukukunda, yükümlü olmadığı halde, birine veya halka zorla ve ücretsiz olarak gördürülen iş anlamına gelmektedir. Bu niteliyle zorla çalıştırma yasağı (angarya), ücreti ödenerek zorla çalıştırılma kavramından tamamen ayrılmaktadır.

3. 2005 Tarihli Irak Yeni Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

Sınırsız hürriyet bir idealden öteye geçemeyen bir durumdur. Başka bir ifade ile mutlak hürriyetin sosyal bir ortamda gerçekleşmesi imkânsızdır. Öğretideki bazı yazarlara göre anarşik bir kavram olan mutlak hürriyet, toplum ve devlet hayatı içinde yer alamaz.³⁶⁵ Dolayısıyla, devletin varlığını ve

³⁶⁴ Kalabalık, **a.g.e.**, s. 294.

³⁶⁵ Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, s. 223.

sürekliliğini sağlamak ve korumak amacıyla hürriyetlerin sınırlandırılması kaçınılmazdır.

Çağdaş demokrasilerde hürriyetler, yasama organları tarafından ve kanunla sınırlandırılabilir. Genel olarak hürriyetler kural, sınırlandırmalar ise istisnadır. Kanun koyucular kamu düzeni, kamu yararı, milli güvenlik, genel sağlık ve genel ahlak... gibi hürriyetleri sınırlayabilmektedirler.

Kamu düzeni, kamunun dirliği, dinginliği yani iyi düzen anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle toplum içindeki alışlagelmiş sakıncaları aşan ölçüde rahatsızlıkların önlenmesi ve giderilmesini ifade etmektedir. Kavganın yokluğu barışın varlığını beraberinde getirir. Bu anlamda kamu güvenliği de birey ve toplulukları tehdit eden değişik kaza ve olayların önlenmesini ifade etmektedir. Kamu yararı, toplumun geneli için faydalı alan toplum menfaatinin kişilerin menfaatlerin öne geçtiği durumu tanımlayan bir kavramdır. Genel sağlık, Toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunmasını ve toplumun azami sağlık şartları içinde tutulmasını ifade etmektedir. Genel ahlak, toplumun geneli tarafından benimsenen asgari etik değerleri, toplumun ahlaki yapısını ifade etmektedir. Buradaki sınırlamanın nedeni belirsiz olduğundan bu konuda kamu otoritesine takdir hakkı tanınmaktadır. Son olarak Milli güvenlik ise, ülkenin iç ve dış güvenliği ile iç ve dış savunmasını anlatmak için kullanılan bir kavramdır.

Yukarıda sayılan sınırlama nedenleri genellikle kamu ile ilgili olsa da; bireylerin kendi menfaatleri yönünden de gereklidir. Kanun yoluyla devletin herkesin hak ve hürriyetlerinin nerede başlayıp nerde bittiğini ve bu hakları nasıl kullanılacağını açıklaması gerekmektedir. 1789 Fransız Vatandaş ve İnsan Hakları Bildirisi'nin 4. maddesinde de bu konu şöyle formüle edilmektedir: "Özgürlük, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir. Böylece her insanın doğal haklarının kullanımı, toplumun diğer üyelerinin aynı haklardan

yararlanmalarını sağlayan sınırlarla belirlidir. Bu sınırlar ise ancak yasa ile belirlenebilir.”

Temel hak ve özgürlükler bizzat Anayasa tarafından sınırlanabileceği gibi; anayasanın açıkça kabul etmesi durumunda kanunla ve diğer düzenleyici işlemlerle de sınırlanabilmektedir. Genel olarak bir anayasa, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddelerde bizzat bir sınırlamadan söz etmemişse; temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerin bazılarında sınırlamaya bazılarında ise düzenlemeye ver verir.

Tüm bu açıklamalardan sonra Irak Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırıldığına bakalım.

B. Irak Anayasasında Sınırlama Halleri

a. Anayasanın Bizzat Düzenlediği Sınırlamalar

Bir temel hak ve özgürlüğün, düzenlendiği anayasa maddesi ve/veya başka bir anayasa maddesi tarafından kullanımının sınırlanması yasal sınırlamadır.³⁶⁶ Anayasanın bizzat düzenlediği sınırlamalar, genel ve özel sınırlama nedenleri olarak iki ayrı başlık altında incelenebilir.

aa- Genel Sınırlama Nedenleri

Irak Anayasası’nın 14-43. maddeleri arasında düzenlenen temel hak ve özgürlükler için doğrudan doğruya hiçbir genel sınırlama sebebine yer verilmemektedir. Ancak; anayasanın ikinci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan; “İslam’ın değişmez hükümleriyle çelişen yasa çıkartılamaz” ifadesinin dolaylı bir genel sınırlama olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda

³⁶⁶ Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 200.

yazarlar iki gruba ayrılmaktadır. Birinci grup yazarlar, 2/1-(b)'nin temel hak ve özgürlükler açısından genel bir sınırlama niteliğinde olmadığını iddia ederken; ikinci grup yazarlar, 2/1-(b)'nin temel hak ve özgürlükler açısından genel bir sınırlama niteliği taşıdığını savunmaktadırlar.³⁶⁷ Biz, ikinci grup yazarların görüşlerini daha mantıklı bulmaktayız. Çünkü bu fıkra da açıkça “İslam’ın değişmez hükümleriyle çelişen yasa çıkartılamaz.” denilmektedir. İslam Hukuku kurallarının kaynağı yüce tanrıdır ve bu hükümler değişmezlik ilkesi ile donatılmışlardır. Bu hükümler arasında temel hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olanlar da bulunmaktadır. Özellikle, düşünce özgürlüğü, özel yaşam ve çağdaş aile hukuku, İslam’ın değişmez ilkeleri ile çelişen temel hak ve özgürlüklerdir.

Irak Anayasası temel hak ve özgürlükleri düzenlerken, detayları yasayla düzenlenecek birçok maddeyi hükme bağlamaktadır. Nitekim, Hak ve hürriyetleri düzenlerken, 2/1-(b) maddesindeki hüküm gereği, Irak kanun koyucusunun İslam’ın değişmez ilkelerini göz önünde bulundurması gerekmektedir.³⁶⁸

bb- Özel Sınırlama Nedenleri

Irak Anayasası, temel hak ve özgürlükleri düzenlerken bazı maddelerde özel sınırlama nedenlerine de yer vermektedir. Özel sınırlamaya yer verilen maddeleri ve sınırlama nedenlerini şöyle sıralayabiliriz;

1) 23. maddenin 3. fıkrasının (b) bendinde yer alan hüküm gereğince, demografik yapının değiştirilmesi amacıyla gayrimenkul edinmek yasaklanmıştır. Demografik yapının değiştirilmesi amacının yasaklanması, mülk edinme hürriyetinin bir sınırlandırması olarak kabul edilmektedir.

2) 36. maddenin ilk fıkrası gereğince, düşünce, basın ve toplantı

³⁶⁷ Bkz. Karkuş Hüseyin, “**Mana El Kıyam El Ahlakiye Fi El Destur El Iraki El Daim**”, Mazak El Destur; Nakid ve Tahlil, Mahad El Dirasat El Sitratiye, Bağdat 2006.

³⁶⁸ Irak Anayasası’nın 44. maddesinde yer alan hüküm, bu görüşümüzü desteklemektedir. 44. madde uyarınca; “Bütün fertler, bu anayasada yer verilen ilke ve hükümlerle ters düşmediği sürece Irak’ın imzaladığı insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşma ve antlaşmalarda yer alan haklardan yararlanırlar.” Söz konusu maddede yer alan “bu anayasada yer verilen ilke ve hükümlere ters düşmediği sürece” ibaresi, 2/1-(b) maddedeki genel sınırlama hükmüne destek mahiyetindedir.

özgürlüklerinden ancak kamu düzeni ve ahlaka aykırı düşmeyecek şekilde faydalanılabilecektir. Burada Irak Anayasa koyucusunun, bu özgürlük alanlarını kamu düzeni ve ahlak kavramlarıyla sınırlandırıldığı açıkça görülmektedir. Yukarda kamu düzeni ve ahlak kavramlarıyla ilgili açıklamalar yapılmıştır. Kamu düzeni ne kadar somut ise ahlak kavram da bir o kadar soyuttur. Genel ahlak, toplumun geneli tarafından benimsenen asgari etik değerleri ve toplumun ahlaki yapısını oluşturmaktadır. Ancak buradaki sınırlamanın nedeni muğlâktır. Ahlak kavramı, zaman ve mekân açısından farklılık göstermektedir. Örneğin, 100 yıl önce Bağdat toplumunun kabul ettiği ahlaki bir değer günümüzde hiç bir şey ifade etmemektedir. Kuzey Irak'taki ahlak kavramının içeriğiyle Orta ve Güney Irak'taki ahlak kavramının içeriği arasında da pek çok farklılık bulunmaktadır. Tüm bunların yanında dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise; Irak Anayasa koyucusunun “Genel Ahlak” kavramı yerine “Ahlak” kavramını kullanmasıdır. Bunun açıklaması şöyle yapılmalıdır: Irak Anayasa koyucusu, temel hak ve özgürlükleri düzenlerken sadece Irak toplumunun benimsediği genel ahlaki değerleri değil; alt grupların kendilerine özgü ahlaki değerlerini de sınırlama nedeni olarak kabul etmektedir.³⁶⁹ Bu durum; düşünce, basın ve toplantı özgürlükleri açısından oldukça sakıncalı sonuçlar yaratabilir.

3) Diğer bir özel sınırlama nedeni de haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 38. maddede yer almaktadır. 38. madde uyarınca, kamu güvenliğinin gerektirdiği durumlarda haberleşme özgürlüğü kısıtlanabilir.

b. Yasal Sınırlama

Temel hak ve özgürlükler, çoğu zaman düzenlendiği anayasa maddesinde sınırlanmamakta; ilgili temel hak ve özgürlükleri sınırlama imkanı,

³⁶⁹ Karkuş, **a.g.e.**, s. 205-211.

daha geniş yetkilerle yasa koyuculara bırakılmaktadır.³⁷⁰

Irak Anayasası, kimi temel hak ve özgürlükleri anayasal sınırlamaya tabi tutarken (madde 23/3 (b), 36 ve 38); kimi temel hak ve özgürlüklerin kanunla düzenleneceğini belirtmektedir. (18/4, 22/3, 24, 26, 28/2, 32, 34/4, 36/3, 37/1, 39, 41/2 ve 41/3). Irak Anayasa koyucusu bu maddelerde “yasayla sınırlanır” ibaresi yerine “yasayla düzenlenir” ibaresini kullanmaktadır. Bu maddelerdeki “yasayla düzenleme” ibaresinin sınırlama anlamını taşıyıp taşımadığı ise tartışmalıdır. “Düzenleme” ibaresi, öğretideki bazı görüşlere göre sadece kamu hürriyetlerinin açıklamasını, tanımlamasını, güçlendirmesini ve idare makamlarının yetkilerini aşmalarına karşı korunmasını ifade ederken,³⁷¹ bazı görüşler ise, sadece bunlardan ibaret olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını da içine almaktadır.³⁷²

Anayasanın tüm temel hak ve özgürlükler için genel bir sınırlama maddesi düzenlemesiyle; temel hak ve özgürlük olarak düzenlendiği maddede sınırlamaya ve düzenlemeye yer verilmesinin kanaatimce uygulamada pek bir farkı yoktur. Anayasa’da, genel sınırlama niteliğinde bir madde olmadığı takdirde, sınırlama ve düzenleme kavramlarının özdeş olup olmadıkları büyük bir önem kazanmaktadır. Nitekim sınırlama ve düzenleme kavramlarının farklı anlamlara geldiğinin kabul edilmesi durumu, düzenlendiği maddede sadece düzenleme kavramına yer verilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi sonucunu doğuracaktır.³⁷³ Bu görüş, 1982 Türk Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin bir kararı ile de desteklenmektedir.³⁷⁴ Irak

³⁷⁰ Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 201.

³⁷¹ Örnek olarak bkz. Gören Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 90.

³⁷² Bu yazarların görüşü için bkz. Güneş Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları, Ankara 1965, s. 103; Aybay Rona, **Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü**, Nuray Matbaası, Ankara 1975, s.192.

³⁷³ Bu konuda geniş bilgi için bkz; Vuraldoğan Kemal, **“2001 Anayasa Değişikliklerinin Işığında-1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”**, 1. Baskı, Ankara 2007, s. 2.

³⁷⁴ 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, düzenlediği maddeyle düzenleme kavramına yer verilen temel hak ve özgürlüklerin ancak 13. maddeye dayanılarak (2001 değişikliği önceki hali) sınırlandırılacağına kabul etmiştir. E. 1986/17, K. 1987/11, k.t. 22.5.1987, AYMKD, S. 23, s. 221.

Anayasası'nın 2/1-(b) maddesindeki hükmün bir genel sınırlama niteliğinde olduğu daha önce savunulmuştur. Buna göre, 18/4, 22/3, 24, 26, 28/2, 32, 34/4, 36/3, 37/1, 39, 41/2 ve 41/3'nde yer alan düzenleme kavramının aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını da ifade ettiğini kabul etmek gerekmektedir. Son olarak bu savımızı destekleyen bir kanıt da Irak Anayasası'nın 45. maddesinde yer almaktadır. 45. madde uyarınca; anayasada yer alan bir hak veya özgürlükten faydalanmaya, yalnızca bir yasaya dayanılarak sınırlama getirilebilecektir. Bu maddedeki "yasayla sınırlama getirilebilir" ibaresi, Irak Anayasasında yasal sınırlamanın kabul edildiğinin bir göstergesi olarak kabul edilebilir.

Yasal sınırlandırmalar, basit ve nitelikli olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmektedir. Basit yasal sınırlandırma, Anayasa normunun, ilgili temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilirliğini belirtip; hangi amaçlarla ve/veya hangi merci tarafından sınırlandırılabilirliğini belirtmediği durumlarda söz konusudur.³⁷⁵ Yasal sınırlamanın hangi amaçlarla ve/veya hangi mercii tarafından yapılabileceğinin, temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede belirtildiği durumlarda ise nitelikli yasal sınırlandırmadan bahsedilmektedir. Irak Anayasasının; 18/4, 22/3, 24, 26, 28/2, 32, 34/4, 36/3, 37/1, 39, 41/2 ve 41/3 maddelerinde yer alan, "yasayla düzenlenir" ifadesinden hareketle, anayasada sözü edilen yasal sınırlamanın, basit yasal sınırlama olduğu sonucu çıkarılabilir.

c. Sınırlamanın Sınırları

Demokratik ülkelerin anayasaları temel hak ve özgürlükleri sınırlama hallerini düzenlerken; sınırlamanın sınırını de düzenlemeyi ihmal etmemişlerdir. Başka bir deyişle, söz konusu bu anayasalarda temel hak ve hürriyetlerin ancak

³⁷⁵ Basit yasal sınırlama, müdahale eden yasadaki özel isteklerde bulunmaz. Basit yasal sınırlamanın öngörüldüğü temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında, yasa koyucu, geniş bir takdir hakkına sahiptir. Gören, **Temel Hak Genel Teorisi**, s. 99.

anayasada belirtilen şartlarla sınırlanabileceğini öngörmüş; sınırlamanın da bazı sınırlarının olduğu kabul edilmektedir. Genel olarak şu nedenlerle sınırlama yapılabilmektedir.³⁷⁶

aa- Sınırlama Kanunla Olmalıdır

1789 Bildirgesinden bu tana demokratik hukuk devletlerinde kabul edilmiş bir prensibe göre temel hak ve hürriyetler, ancak yasama organı tarafından kanunla sınırlanabilmektedir. Demokratik bir devlette iktidarın kaynağı halk olduğuna ve parlamento da halkı temsil ettiğine göre; yasama organının temel hak ve hürriyetleri sınırlamaya yetkili organ olarak tespit edilmesi gayet yerinde bir yaklaşımdır. Söz konusu bu yaklaşımdan, temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararnameyle, tüzükle, yönetmelikle veya diğer idari işlemler ile sınırlanamayacağı anlaşılmaktadır.³⁷⁷

Irak Anayasası da, 45. maddesi uyarınca sınırlamaların ancak yasayla yapılabileceğini hükme bağlamaktadır. 45. maddenin ilk cümlesi aynen şöyledir: "Bu anayasada yer alan bir hak veya özgürlükten faydalanmaya, yalnızca bir yasaya dayanılarak sınırlama getirilebilir." Bu düzenlemenin istisnası, 06.07.2004 tarihli Sıkı Yönetim Yasasında mevcuttur. Bu yasaya göre; temel hak ve özgürlükler, olağanüstü hallerde Başkanlık Konseyinin onayıyla bakanlar kurulunun çıkaracağı kanun hükmünde kararname ile sınırlanabilecektir.

bb- Anayasasının Özüne ve Ruhuna Uygun Olarak Yapılmalı

Anayasanın sözüne uygunluktan Anayasanın yazılı metni anlaşılmaktadır.

³⁷⁶ Gözler Kemal, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4, s.53-67.

³⁷⁷ Sınırlamanın kanunla yapılması ilkesinin yararları şöyle özetlenebilir: 1) Kanun yasama organında açık görüşme ve tartışma usulleri ile hazırlandığından; temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması işi kamuoyunun denetimi altında olmaktadır. 2) Kanunda herkes için geçerli genel kurallar konularak; sınırlamaların objektifliği sağlanmakta ve belli kişilerin hedef tutulması ihtimali önlenmektedir. Gözler, "Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme", s. 53-67.

Anayasanın ruhu ile ilgili olarak ise çeşitli düşünceler ileri sürülmekle beraber; bu ibareden anayasanın bütünü ve ondan çıkarılan temel anlamı anlayabiliriz.

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmayla ilgili Irak Anayasası'nda doğrudan doğruya bir hüküm bulunmamakta; ancak 44. maddede dolaylı da olsa bu ilke hükme bağlanmaktadır. 44. maddeye göre bütün fertler, bu anayasada yer verilen ilke ve hükümlerle ters düşmediği sürece Irak'ın imzaladığı insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşma ve antlaşmalarda yer alan haklardan yararlanırlar.

cc- Hak ve Özgürlüklerin Özlerine Dokunulmaksızın Yapılmalıdır

Temel hak ve hürriyetlerin özünün ne olduğunu bütün hürriyetler için tanımlamak mümkün değildir. Ancak genel düzeyde şunu söylemek mümkündür: Bir hak veya hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak asli çekirdeğidir.³⁷⁸ Irak Anayasası hakkın özü kavramına 45. maddenin ikinci cümlesinde yer vermektedir. 45. maddesi hakkın özüne dokunmamak ilkesini şöyle düzenlemektedir; "...ancak, söz konusu sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunamaz.

dd- Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi; sınırlandırmada başvuru aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amaç arasındaki orantılığı ifade etmektedir. Fakat Irak Anayasası'nda ölçülülük ilkesi ile ilgili hiçbir hüküm bulunmamaktadır.³⁷⁹

³⁷⁸ Uygun, "1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi", s.188.

³⁷⁹ Özbudun, a.g.e, s. 86.

d. Temel Hak Ve Hürriyetlerin Kullanılmasının Durdurulması

Devletle, savaş hali, savaş tehlikesinin baş göstermesi, iç kargaşa, silahlı ayaklanma gibi durumlarda varlıklarını korumak ve tehlikeyi atlatmak için olağanüstü tedbirler almak zorunda kalabilirler. Söz konusu bu olağanüstü tedbirler, genellikle toplum hayatını, hukuk düzenini ve kişilerin hak ve hürriyetlerini büyük ölçüde etkilemektedir. Bu dönemlerde bazı temel hak ve hürriyetler olağan dönemlerde söz konusu olamayacak ölçüde sınırlandırılabilir; hatta kullanılması tümüyle durdurulabilir.³⁸⁰ Olağanüstü durumlara, insan hakları ile ilgili olan uluslararası sözleşmelerde de yer verilmiştir.

Irak Anayasası olağan üstü hal rejimini, Ulusal Meclisin görev ve yetkilerini düzenleyen 59. maddesinin 9. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın ortak talebi ve Millet Meclisi'nin 2/3 çoğunluğunun kabulüyle savaş ve olağanüstü hal ilan edilebilir.³⁸¹ Olağanüstü hal 30 gün süreyle ilan edilir. Bu süre her defasında Meclis tarafından onaylanarak uzatılabilir.³⁸² Ancak buna rağmen Irak Anayasası olağan üst hal rejimlerinde hak ve özgürlüklerin durdurulması ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bağlamda, tek güvence, 59/9- (c) ve (b) bentlerde yer alan hükümdür. Bu bentlere göre, Savaş ve olağanüstü hal durumlarında Başbakan gerekli yetkilerle donatılır. Bu yetkiler anayasaya aykırı olmayacak şekilde yasayla belirlenir. Başbakan savaş veya olağanüstü hal sona ermeden 15 gün içerisinde yapılan icraatları ve sonuçları Meclis'e sunar.

Çağdaş anayasalar, olağan üstü hal durumlarından, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve durdurulması ile ilgili somut kurallar koymaktadırlar. Irak Anayasasında da, olağan üstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlüklerin konumuna ilişkin somut kuralların konulması daha isabetli olurdu.

³⁸⁰ Özbudun, **a.g.e.**, s. 86.

³⁸¹ Irak Anayasası 59. maddenin 1-(a) bendi.

³⁸² Irak Anayasası 59. maddenin 1-(b) bendi.

SONUÇ

Çalışmamızın konusu **(Irak'ta Medeni ve Siyasi Haklar)**dır. Hedefimiz, Irak anayasalarında medeni ve siyasi haklara ışık tutmak, Irak anayasa ve yasa koyucusunun bu hakları düzenlemeye ne boyutta önem verdiğini ortaya koymaktır. Çalışmada konuları incelemek, analiz etmek ve bu konular hakkında yazarların görüşlerini aktarmaya özen gösterilmiştir. Çalışma sonucu aşağıdaki neticelere ulaşılmıştır:

1- Irak anayasalarını inceleme sonucunda 27 Temmuz 1958 anayasası hariç Irak'ın geri kalan tüm anayasalarında haklara veya hak ve görevlere, farklı adlandırmalar altında (Halkın Hakları), (Haklar ve Kamu Görevler), (Haklar ve Temel Görevler) veya (Haklar ve Özgürlükler) bağımsız bölümler tahsis edilmiştir. Ancak bu tahsis ve tasnife rağmen bazı medeni ve siyasi haklar başka bölümlerde düzenlenmiştir.

2005 tarihli anayasası hariç Irak kanun koyucusu geri kalan Irak'ın tüm anayasalarında ilk ve en önemli hak olan (insanın yaşam hakkı) zikretmeyi göz ardı etmiştir. Aynı zamanda bazı Irak anayasaları kamu görevlerine katılma hakkı, toplanma, dernek kurma ve bunlara katılma hakkı ve haberleşmenin gizliliği hakkı hususları zikretmeyi ihmal etmiştir. Diğer bazı Irak anayasaları eşitlik, özgürlük ve şahsi güvenlik haklarını zikrederken kamu görevlerinde çalışma ve seyahat özgürlüğü gibi bazı hakları tekeffül etmekle yetinmiştir. Geri kalan diğer bazı anayasa ise, haklar bağımsız bir madde halinde değil, özgürlük ve şahsi güvenlik hakkı gibi birkaç maddede düzenlenmiştir.

Vatandaşlık hakkına gelince, 2005 anayasası hariç tüm Irak anayasaları sadece Iraklı babadan doğanları Iraklı olarak görmüştür. Bu anayasalar, Iraklı anne ve yabancı bir babadan doğan çocukları Iraklı itibar etmemiştir. 2005 tarihli Irak anayasasında Iraklı anne ve yabancı babadan veya Iraklı baba ve yabancı anneden olan çocukları Iraklı kabul etmiştir. Bu anayasa da vatandaşlığı doğum

yerine göre değil kan esasına göre vermektedir. Aynı zamanda da çifte vatandaşlık hakkı da tanınmıştır. Bu anayasaya göre, cumhurbaşkanlığı ve başbakanlık gibi önemli makamlara yükselecek olanlar hariç Irak vatandaşlarının çifte vatandaş olabilme hakları düzenlenmiştir. Bu hüküm Irak'ın anayasal tarihinde bir ilktir, çünkü geri kalan Irak anayasalarında Irak vatandaşlarını tek vatandaşlık hakkı tanınmaktaydı. Irak vatandaşları Irak vatandaşlıklarını kaybetmeden (ıskat etmeden) başka ülkenin vatandaşlığına geçme hakkı yoktu. Başka ülkenin vatandaşlığını kazanma durumunda Irak vatandaşlığı ıskat edilirdi.

Dolayısıyla medeni ve siyasi hakların Irak'ın 1971 tarihinde katılmış olduğu 1966 tarihinde imzalanan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar anlaşmasında belirlendiği şekilde açık ve bağımsız bir madde halinde düzenlenmesinin gerekli olduğu görüşündeyiz.

2- Irak anayasalarında kararlaştırılan güvenceler hususunda ise, bu anayasaların hepsinin kanunun egemenliği ilkesini düzenlemeyi ihmal ettiği dikkatimizi çekmiştir. Bu anayasalarda, haklar ve kamu görevleri hakları konusunda Iraklıların hepsinin eşit oldukları üzerine vurgu yapmakla yetinilmiştir. Kuvvetler (erkler) arası ayrılık ilkesinin açık olarak düzenlenmesi ihmal edilmiştir. Devlet otoriteleri (yasama, yürütme ve yargı) olarak üçe ayrılmıştır. Ancak buna rağmen bu anayasaların uygulandığı dönemde kuvvetler arası ayrılık ilkesinin varlığına hissedilmemiştir. Bunun da sebebi anayasaların yürütme erki veya organına tanıdığı geniş yetkidendir. 2005 tarihli Irak anayasası ise, bahsedilen ilkeyi açık bir şekilde zikretmiştir. Yukarıda aktarılanlar anayasal güvenceyle ilgilidir, yargı güvencesine gelince, 1925, 1968 ve 2005 Irak anayasaları hariç geri kalan anayasalar yargının kanunların anayasallığını denetim yetkisini düzenlemeyi göz ardı etmiştir. Ancak 1925, 1968 ve 2005 tarihli Irak anayasaları yargının kanunların anayasallığını denetimini kararlaştırmış olmasına rağmen, fertlere kanunların anayasallığına karşı itiraz hakkı tanımamıştır. Yargının idarenin çalışmalarını denetimle ilgili olarak çıkarılan anayasa veya kanunlar, bu

yetkiyi normal mahkemelere vermiştir. Ancak 16 Temmuz 1970 tarihli Irak geçici anayasasında normal yargının yanında bağımsız bir idari yargı oluşturulmuştur. 1979 tarihli 65 sayılı Devlet Şura Konseyi Kanunun ikinci tadili olan 1989 tarihli 106 sayılı kanununa göre Irak'ta bağımsız bir idari yargı kurulmuştur. Ancak söz konusu kanunda düzenlenen istisnalar, idari yargının görevini veya çalışmasını engellemiştir.

Siyasi güvence veya garantiler altına giren parlamentonun yürütme organını denetimi ile ilgili 1925, 1970 ve 2005 anayasalarında hükümler var, ancak sınırlıdır.

Anayasalar kamuoyu denetimi, basın özgürlüğü ile ilgili konuları (geçici nitelikli olan 29 Nisan 1964 ve 21 Eylül 1968 anayasaları hariç) bu hakkı, görüş belirtme özgürlüğünü tekeffül ederek güvence altına almıştır. Adı geçen anayasalar basın özgürlüğünü açık bir şekilde tekeffül etmiştir. Matbuat kanunları, yürütme organına matbuatın çıkarılması ve reddi konusunda yetkiler vermiştir. Ayrıca bahsedilen kanunlar yürütmeye ihtar, engelleme ve idari lağvetme sistemleri ile ilgili geniş yetkiler tanımıştır.

Siyasi partiler hususundaysa, 1963 yılından itibaren hiçbir siyasi partinin kurulmadığı dikkatimizi çekmiştir. Daha doğrusu bu tarihten itibaren çıkarılan Irak anayasaları tam anlamıyla siyasi partilerin kurulmasına yol vermemiştir. 1964 anayasasında parti sistemi Tek Parti formülü esası, 1968 geçici anayasasında Lider Parti formülü esası, 1970 yine geçici anayasada Lider Parti ve Ulusal Cephesi formülü esası üzerine kurulmuştur. Bugün yürürlükte olan 2005 tarihli Irak'ın anayasasındaysa siyasi parti sistemi çok partili sistem formülü üzerine kurulmuştur. Bahsedilen anayasa, Irak'ta çok siyasi partili sistemini düzenlemiştir. Ancak bu anayasa terör ve ırkçı fikriyata dayalı partilerin siyasi hayata katılmasını yasaklamıştır.

Yukarıda aktarılanlara dayanarak, medeni ve siyasi hakların kullanılmasını tekeffül eden gerçek, objektif ve kendi başına bağımsız

garantilerin öngörülmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Bu da kanunun egemenliği ilkesinin kabul edilmesi ile mümkündür. Egemenliğe sahip kanun bu bahsedilen haklara saygı duymalıdır. Aksi takdirde muhtevasında insan haklarının korumasını hedeflemeyen kanunun varlığının ve egemenliğinin bir anlamı yoktur. Yanı sıra anayasa organları yürütmenin hegemonyasına bırakmadan kuvvetler arası ayrılık ilkesinin uygulanmasına saygı duymalıdır.

Yargısal garanti ile ilgili, anayasanın, görevi kanunların anayasaya uygunluğuna bakmak olan bir anayasa mahkemesinin kurulmasına dair özel bir hüküm içermesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu mahkemenin ihtisası anayasayla çakıştığı veya anayasaya aykırı olduğu kanıtlanan kanunların lağvedilmesini kararlaştırmaktır. Ayrıca anayasa, esasında amacı haklarını güvence altına almak olan yasaların anayasaya uygunluğuna karşı itiraz etme hakkının fertlere de tanınmasını ön gören açık bir hüküm içermesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca İdari Yargının yetkilerinin genişletilmesi gerektiği görüşündeyiz. Gerekçe Irak dâhil bazı ülkelerde egemenlik işleri teorisi hala uygulanıyor olduğu ve egemenlik nitelikli olan bazı idari işlerin yargının denetimine karşı dokunulmazlığını korumak gerektiği fikri uygulanıyor olsa da, bu geri kalan egemenlik nitelikli olmayan idari işlerin idari yargının denetimine bırakmamayı gerekçelendirmez ve haklı kılmaz. Bu tür işlerin yargının denetimine tabi tutulmaması bunları yargının takibi ve fertlerin itirazından uzak tutmaktan başka bir şey değildir.

Siyasi garantiler konusunda, parlamentoya yürütmenin işlerini denetleme hakkının tanınmasının gerekli olduğu görüşündeyiz.

Basın özgürlüğü konusundaysa, yürütme organına, matbuat çıkarma ile ilgili olsun veya ihtar, engelleme veya idari lağvetme sistemi ile ilgili olsun, tanınmış bulunan geniş yetkilerin daraltılması ve sınırlandırılması gerektiği görüşündeyiz. Siyasi parti ile ilgili de, medeni ve siyasi hakların korunmasında

büyük etkisi olduğu için çok partili sistemin esas alınması gerektiğinin doğru olduğu kanaatindeyiz.

3- Çalışmada Irak anayasalarında zikri geçen takyitleri incelerken olağan hallerde fertlerin medeni ve siyasi haklarını kullanmaları önünde en büyük engelin bu anayasaların bahsedilen hakların kullanılmasının düzenlenmesini ve korunmasını bu hususta çıkan özel yasalara tabi tutması olduğu dikkatimizi çekmiştir. Özel kanunlar da bu hakların kullanılmasını muhtevadan boşaltılmış bir şekilde düzenlemiştir. Bunun yanında bazı haklar *kamu düzeni* ve *kamu ahlakı* gibi bazı tabirlerle takyit edilmiştir. Bu tabirler de gerçekte geniş kapsamlı ve geniş anlamalı tabirlerdir. Bu yüzden bu tabirlerin normal şartlarda belirtilmesi ve belirlenmesi zordur. Olağanüstü koşullarda ise, krallık döneminde uygulanmakta olan Esasi Kanun mucibince olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı yetkisi, bakanlar konseyi muvafakati ile krala, cumhuriyet döneminde çıkarılan anayasalarda ise bakanlar konseyinin muvafakatiyle cumhurbaşkanı veya parlamentoya arz edilmesi gerektiği koşulunu aramaksızın bakanlar konseyine, verilmiştir. Aynı zamanda bu anayasalar olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı hallerini belirlememiştir. Buna ilave olarak bahsedilen anayasalar olağanüstü hal ve sıkıyönetim halinin geçerlilik süresinin ne olduğunu belirlememiş ve bu hallerin ilanından dolayı meydana gelen meselelere bakmak üzere görevli özel mahkeme ve devlet güvenlik mahkemelerin oluşturulmasını kararlaştırmışlardır. Bugün yürürlükte olan 2005 tarihli Irak'ın yeni anayasasına göre olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilanı bakanlar konseyi ve cumhurbaşkanının çifte muvafakati ve parlamentoya arz edilmesi gerekmektedir. Bahsedilen anayasa parlamentonun bu hususla ilgili nitelikli (parlamento üyelerinin 2/3'sinin olumlu oyu) muvafakatinin ve olağanüstü hal veya sıkıyönetimin geçerlilik süresinin 30 günü aşmamasını gerektirmiştir. Ancak parlamentonun muvafakatiyle söz konusu sürenin uzatılması mümkündür.

Yukarıda aktarılmış bulunan bilgilere dayanarak medeni ve siyasi haklarla ilgili takyitlerin tahfif edilmesinin doğru olduğu kanaatindeyiz. Bunun olağan

hallerde medeni ve siyasi hakları yasama ve yürütmenin müdahalelerine karşı koruyan açık hukuki kurallar öngörmek ve bu hakların kamu düzeni ve ahlaki korumak gerekçesiyle ihlal edimlerinin önün kesmek adına bu tabirlerin anlamını belirlemekle gerçekleştirmek mümkündür. Olağanüstü hallerde ise, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı yetisinin parlamentoya veya parlamentoya arz edildikten sonra cumhurbaşkanına tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu halde parlamento bahsedilen hallerin devamı, takyidi veya lağvedilmesi hususunda gerekli olanı kararlaştırır. Ayrıca anayasanın açık bir hükümle olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı hallerini sınırlı olarak düzenlemesi ve olağanüstü halin veya sıkıyönetimin süresinin belirlenmesinin gerekli olduğu görüşündeyiz. Aynı zamanda bahsedilen hallerin uygulandığı dönemde meydana gelen mesele ve işlenen suçların özel mahkemeler veya devlet güvenlik mahkemelerinde değil, normal (olağan) mahkemeler önünde bakılması gerekmektedir. Çünkü bu mahkemeler (özel veya devlet güvenlik mahkemeleri) anayasanın güvence altına aldığı hakları ihlal etmektedirler. Ayrıca anayasaya uygunluğunu değerlendirmek üzere olağanüstü sistem olan olağanüstü hal ve sıkıyönetim sistemlerinin yargı denetimi kontrolüne bırakılması gerekmektedir.

Son olarak şuna işaret etmek gerekir ki, genel olarak haklar ve özellikle medeni ve siyasi haklar hususunda sorun bunları ikrar eden hükümlerin var olup olmaması değil, var olan hükümle gerçekler arasında bulunan büyük çelişkidir. Demek oluyor ki önemli olan hükümlerin varlığı değil, uygulama ve günlük hayatta cereyan eden gerçeklerdir.

KAYNAKÇA

A. Aulard, **Fransız İnkılâbının Siyasi Tarihi**, (Çev. : Nazım Poroy) C.1, Ankara 1944.

ABBADİ Abdüsselam Davud, **el-Milkiyye fi'ş-şeriat'l-islamiyye**, c.I, I.Basım, Amman 1974.

AKAD Mehmet, "1789 İnsan ve Yurttaş Haklar Bildirisinin Getirdiği Özgürlük Anlayışı ve Türk Anayasalarına Etkisi", **Hukuk Araştırmaları**, C. 5, S 1-3, Yıl 1990.

AKAD Mehmet, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10.Maddesi**, İstanbul 1984.

AKAL C. Baki, **İnsan Haklarının Tarihsel Gelişimi**, Atra Matbaacılık, İstanbul 2003.

AKILLIOĞLU Tekin, **İnsan Hakları–1 Kavram Kaynakları ve Kurma Sistemleri**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.

AKIN İlhan F., **Kamu Hukuku**, Beta Basım Yayım, 7. Basım, İstanbul 1993.

AKYILMAZ Bahtiyar, **"İnsan Haklarının Gelişim Süreci"**, Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Y.5, S.6, Temmuz 2000.

Albert Soboul, **1789 Fransız İnkılâbı Tarihi**, Çev. Şerif Hulusi, Cem Yayınevi, İstanbul 1969.

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, **"Düşünsel Özgürlük"**, İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, 17/18, 1995/1996.

ALPKAYA Gökçen, **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Uygulamasında Toplanma Özgürlüğü Hakkı”**, SBF Dergisi, 2001, 56. C, Sayı 3.

ANAYURT Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, 2000.

ANAYURT Ömer, **“Türk Anayasa Hukukunda Toplama Hürriyeti”**, İstanbul 1998.

ARI M. Salih, "İslam Siyaset Geleneğinde Tolerans", **Bilge Adam Dergisi**, 8. Sayı, Van 2004.

ARMAĞAN Servet, **Temel Haklar ve Ödevler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

ARSLAN Zühtü, **"Fundamental Rights and Liberties"**, BIÇAK Vahit-ARSLAN Zühtü, International Encyclopaedia of Laws: Turkey, Kluwer Law International.

Artuk-Gökçen-Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

ASAT Faiz Aziz, **İnhiraf el Nizami’l Parlamani Fil Irak**, 2. Baskı, Bağdat 1984.

AYBAY Rona, "İnsan Hakları Açısından Vatandaşlık", **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

AYBAY Rona, **Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü**, Nuray Matbaası, Ankara 1975.

AZZAM Fatih Semih, **Hukuki’l İnsan Mine’l Fikri’l Arabi**.

BAHIR EL ULUM Muhammet, **Azvaa Ala Kanun El Ahval El Şahsiye**, Necef 1963.

Bahri Öztürk–Mustafa Ruhan Erdem–V. Özer Özbek, **Uygulamalı ve Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, 7.Baskı, Ankara 2003.

BEKRİ Ata, **El Düstur ve'l Hukuki'l İnsan**, el Cüzi'l Sani, Bağdat 1954.

BİLGE Necip, **Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 12. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997.

CEMİL Ahlam Hasan, **El Afkari'l Siyasiye Li Ahzapi'l İrakiye Fi Ahdi'l İntidap (1922–1932)**, Bağdat 1985.

ÇEÇEN Anıl, **İnsan Hakları**, Savaş Yayınları, 3. Basım, Ankara 2000.

ÇOBAN Ali Rıza, **Türk Hukukunda “Hak Arama Özgürlüğü”**, (Yayınlanmamış Y.L. Tezi) İzmir 1995.

DEMİR Cafer, **Ulusal Üstü Belgelerde İnsan Hakları**, Emre Ofset, Elazığ 2001.

DEMİRCİOĞLU Yaşar, **Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, (Yayınlanmamış Y.L. Tezi) Ankara 2003.

DOĞAN Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 2.Baskı, Ankara 2002.

Ebubekir Çakar, "Veda Hutbesi ve Değişen Referanslarımız", **Bilge Adam Dergisi**, 8. Sayı, Van 2004.

EL ANİ Muhammet Şefik, **Ahkam El Ahval Şahsiye Fi El Irak**, 1970.

EL BEKRİ Abdülbaki, **El Medhal Lidiraseti'l Kanun ve'l Şeriat'i'l İslamiye**, el cüz el evvel, Eladab Yayınları, Necef 1972.

EL BERZENCİ İsam Abdülvehap, **El Rikabeti'l Kazaiye Ala amali'l İdare Fi'l İrak ve Afak Tetavuruha**, Mecelleti'l Ulumi'l Kanuniye ve'l Siyasiye, Camiet Bağdat, Külliyyeti'l Kanun ve'l Siyase, El Mücelledi'l Rabi, el Adadi'l evvel ve'l sani, 1985.

EL BERZENCİ İsam Abdülvehap, **Meclis Şura'l Devle ve Miladi'l Kazai'l İdari'l İraki**, Mecelleti'l Ulumi'l Kanuniye, Camiet Bağdat, Külliyyeti'l Kanun, el Mücelledi'l Tasi, Sayı 1 ve 2, 1990.

EL BUSTANİ Abdullah İsmail, **Müşaheme Fi İdadi'l Düsturi'l Daim ve Kanuni'l İntihab**, Bağdat 1960.

EL CİDDE Rait Naci, **Dirasat Fi'l Şuuni'l Düsturiye'l İrakiye**, El Hayrat yayınları, Bağdat 2001.

EL CİDDE Rait Naci, **el Teşriat el İntihabiye Fi'l İrak**, El Hayrat Yayınları, Bağdat 2000.

EL CİDDE Rait Naci, **El Teşriat El Düsturiye Fi'l İrak**, Beyti'l Hikme Yayınları, Bağdat 1998.

EL CİDDE Rait Naci, **Teşirati'l Cemiyat ve'l Ahzabi'l Siyasiye Fi'l İrak**, 1. Baskı, Beyt El Hikme, Bağdat 2002.

EL CUBURİ Abdüccebbbar Hasan, **el Ahzap ve'l Cemiyati'l Siyasiye Fi'l Kutri'l İraki (1908-1958)**, Bağdat 1977.

EL HASAN Malik Dohan, **El Medhal Lidiraseti'l Kanun**, el cüz el evvel, Bağdat, 1972.

EL HASANİ Abdürrezak, **Tarihi'l Vezarat el İrakiye**, el cüz el sabi.

EL HASANİ Abdürrezzak, **Tarihi'l Vezarati'l İrakiye**, el cüz el aşir.

EL KAZIM Salih Cuvat, **El Nizami'l Düsturi Fi'l İrak**, Bağdat 1980-1981.

EL SAİDİ Hamit, **Mebadi'l Kanuni'l Düsturi ve Tatavvuri'l Nizami'l Siyasi Fi'l İrak**, el Musul 1990.

EL SAİT Nime, **el NUZUMİ'il Siyasiye Fi'l Şarki'l Avsat**, el cüzi'l evvel, El Maarif Yayınları, Bağdat 1978.

EL ŞAVAF Abdullatif, **Abdulkerim Kasım ve Irakkiyun Aharun**, El Varrak Yayınları, Beyrut 2004.

ELHASANİ Abdürrezzak, **Tarihi'l Vazart el Irakiye**, el cüz el tasi, 7. Baskı, Bağdat 1988.

ERDEM Mustafa Ruhan, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara 2001.

ERDOĞAN Mustafa, **İnsan Hakları Öğretisine Giriş**, H.Ü.İ.İ.B.F.D., C. 11/1993.

ERGÜL Ergin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, 2. Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara 2004.

EROĞUL Cem, **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, İmge Kitabevi, Ankara 1991.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi İnsan Hakları Komitesi Kararlarında Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2002.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **İnsan Hakları Belgeleri**, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2004.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2005.

GÖREN Zafer, **“Kota Düzenlemelerinin Anayasaya Uygunluğu”**, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1999, Cilt 16.

GÖREN Zafer, **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.

GÖZLER Kemal, **"Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme"**, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 59, Sayı 2001/4.

GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa 2006.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetim Hukuku**, Turhan Yayınevi, Ankara 1996.

GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Anayasa Hukuku**, Ankara 1994.

GÜNEŞ Turan, **Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri**, AÜSBF Yayınları, Ankara 1965.

GÜRİZ Adnan, **Hak Kavramı**, HFSA İstanbul.

GÜRİZ Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, A.Ü.H.F. Yayınları, Ankara 1992.

GÜRİZ Adnan, **Hukuk Felsefesi**, AÜHF. Yayınları, Ankara 1992.

HALİL Adil Gafur, **1946-1954 Ahzap el Muaraza'l Aleniye Fi'l Irak**, 1. Baskı, Bağdat 1984.

Haris Yusuf Ganim, **El Tavaif El Diniye Fi El Kavanin El Irakiye**, Mücellet Beyt El Nehreyin, 1989.

HATİPOĞLU Muhammet Sait, **Müslüman Kültürü Üzerine**, İslam'ın Kadına Bakışı, Ankara 2004.

HÜSEYİN Cafer Nasır, **el Mahakimi'l İdariye Fi'l Irak**, Mecelleti'l Kaza/ Nikabeti'l Muhamin, Sayı 4, 1987.

HÜSEYİN Fadıl, **el Fikri'l Siyasi Fi'l İraki'l Muasır (1914-1958)**, Bağdat 1984.

I. H Duman, **Anayasa Sözlüğü**, Kartal 1996.

İÇEL Kayıhan, **Kitle Haberleşme Hukuku**, İstanbul 1977.

İNCEOĞLU Sibel, **“Ölme Hakkı”**, 1. Basım, İstanbul 1999.

Jack Donnelly, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, (Çeviren Mustafa Erdoğan – Levent Korkut), Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

Jean Luc Mathieu, **Uluslararası Alanda İnsan Hakları**, Çev: Galip Üstün, İletişim Yayınları, İstanbul 1994.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, 1989.

KABOĞLU İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

KALABALIK Halil, **İnsan Hakları Hukuku Ders Notları**, Değişim Yayınları, İstanbul 2004.

KAMİL Mustafa, **Şerhi'l Kanuni'l Düsturi**, 4.Baskı, Bağdat 1946–1947.

KAPANI Münci, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1991.

KAPANI Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 1993.

KARAKAŞ A. Işıl, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'dan Kaya Kararına", **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, No. 18, Ankara 2000.

KARKUŞ Hüseyin, "**Mana El Kıyam El Ahlakiye Fi El Destur El İraki El Daim**", Mazak El Destur; Nakid ve Tahlil, Mahad El Dirasat El Sitraticiye, Bağdat 2006.

Khwaja Gulam Sadık, "Bugünkü İslam'da İnsan Hakları", **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri Uluslararası Semineri**, Ankara 1980.

KORKUSUZ M.Refik, **Uluslararası Belgeler ve Türk Anayasasında Temel Hak ve Özgürlükler**, Özrenk Matbaacılık, İstanbul 1998.

KUZU Burhan, "**Düşünceleri Açıklama Hürriyeti**", İnsan Hakları Yıllığı, Dr. Muzaffer Sencer'e Armağan, 17/18, 1995/1996.

KÜÇÜK Adnan, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Ankara 2003.

LAHUD Abdullah - COZİF Meğzel, **Hukuki'l İnsan el Şahsiye ve'l Siyasiye**, 1. Baskı, Beyrut 1972.

LATİF Nuri, **El Kanuni'l Düsturi ve'l Nizami'l Düsturi Fil İrak**, 2. Baskı, Ula'a Yayınları, 1979.

LATİF Nuri, **El Rikabe Ala'l Kavanin ve Himayeti'l Şeriye'l Düsturiye Fi'l Aktar el İştirakiye ve'l İrak**, Miceleti'l Kaza, Sayı. 3, 1973.

MEMİŞ E., "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", **Anayasa Yargısı Dergisi**, c. 17, Ankara 2000.

MERAL Yusuf, **KPSS Hazırlık Kılavuzu**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

MİRZA İsmail, **Mebadil Kanuni'l Düsturi ve'l İlmi'l Siyasi**, el cüzi'l evvel, el Nazariyye'l Amme Fi'l Desatir, 1. Baskı, 1966.

Muhammed Tamum, **el-Hak fi's-şeriatil-islamiyye ve fi'l-kanun Bahsun mukaran**, II. Basım, Kahire, 1983.

MUMCU Ahmet – KÜZECİ Elif, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Turan Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2007.

MUMCU Ahmet, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Savaş Yayınları, 2.Baskı, Ankara 1994.

NASİF Sadun Antar, **Ahkami'l Zurufi'l İstisnaiye Fi'l Teşrii'l İraki**, Yüksek Lisans Tezi, Camiet Bağdat, Külliyyeti'l Kanun, 1980.

ÖDEN Merih, **“Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi”**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.

ÖKÇESİZ Hayrettin, Düşünce Özgürlüğü Üzerine Düşünceler, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi 6**, İstanbul Barosu.

ÖKTEM Niyazi – TÜRKBAG U. Ahmet, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, Der Yayınları, İstanbul, 1999.

ÖKTEM Niyazi, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, 4.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1988.

ÖNER Necati, **İnsan Hürriyeti**, Vadi Yayınları, İstanbul 1982.

ÖZBEY Özcan, **İnsan Hakları Evrensel İlkelerinin Avrupa Mahkemesinde Uygulanması**, Adalet Yayınevi, Ankara 2004.

ÖZBUDUN Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2005.

ÖZER Attila, **Anayasa Hukuku Genel İlkeleri**, 2. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2005.

ÖZER Attila, **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**, Lazer Ofset Yayınları, Ankara 2002.

ÖZTAN Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

ÖZTÜRK Bahri, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001.

Peter Jones, *Rights* (New York: St Martin's Press), 1994.

REİSOĞLU Safa, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayınları, İstanbul 2001.

Rumpf Chr, **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, Ankara 1995.

S. Dost, **Avrupa İnsan Hakları Yargısında İfade Özgürlüğü ve Türkiye**, Fakülte Kitabevi, Isparta 2001.

SABRİ El Seyit, **El Nuzumi'l Düsturiye Fi'l Biladi'l Arabiye**, El Kahire 1956.

SAVCI Bahri, **“Yaşama Hakkı ve Boyutları”**, Ankara 1980.

SEYİF Hasan Ebussuud, **El Kanun El Düsturi**, el Cazire Yayınları, Bağdat 1938.

SUNAY Reyhan, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Ankara 2000.

ŞAHBAZ İbrahim, **Anayasa'da Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği**, Adım Yayıncılık, Ankara 1994.

ŞEN Ersan, **Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1996.

ŞERİF Meysem Hanzal, **El Tanzimi'l Desturi ve'l kanuni Li Hurriyeti'i Sahafa Fi'l Irak (Dirase Mukarene Fi'l Matbui'l Devri)**, Yüksek Lisans Tezi, Bağdat 1999.

TANÖR Bülent – YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2001.

TANÖR Bülent, **“Kişi Dokunulmazlığı, İnsan Haklar”**, 1. Baskı, İstanbul 2000.

TANÖR Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 3. Basım, İstanbul 1994.

TEZCAN Durmuş – ERDEM Mustafa Ruhan - SANCAKTAR Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

TUNAYA Tarık Zafer, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, Yeni Gün Yayınevi, İstanbul 2000.

UYGUN Oktay, **“1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Temel Rejimi”**, İstanbul 1992.

UYGUN Oktay, **İnsan Hakları Kuramı – İnsan Hakları**, YKY Yay. , İstanbul 2002.

ÜNAL Şeref, **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”**, TBMM Yayını.

ÜNAL Şeref, **Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

VURALDOĞAN Kemal, **“2001 Anayasa Değişikliklerinin Işığında-1982**

Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması", 1. Baskı, Ankara 2007.

YAYLA Yıldızhan, **Din ve Vicdan Hürriyeti ve Laik Devlet**, İKÜHFD C.2, S.1-2, Aralık 2003.

YILDIRIM Ramazan, **Devlet Yapısı ve Nitelikleri (Anayasa Hukuku Ders Notları)**, Akader Yayınları, Diyarbakır 2003.

YILDIZ Mustafa, **Alternatif İnsan Hakları**, Anka Yayıncılık, İstanbul 2002.

ZUBEYDİ Leyis Abdülhasan, **Servet 14 Temmuz Fi'l İrak**, 2. Baskı, Bağdat 1981.

ÖZET

Dabbagh, Badraddin. Irak'ta Medeni ve Siyasi Haklar, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Farklı uygarlıklar mensubu ve farklı coğrafya, siyasi, ekonomik ve sosyal rejim uyguluyor olmalarına rağmen, insan hakları meselesi tüm halk ve ülkelerin hayatını ve gelişimini etkilemektedir. İnsan hakları meselesi mahalli ve uluslararası çapta önemle izlenen ve ilgi odağı olman bir mesele haline gelmiştir. Bu ilgi insan haklarının nasıl tespit edilip düzenleneceği, uluslararası ve bölgesel pakt ve hukuk beyannamelerce güvence altına alınmasına vurgu yapma şekillerini almıştır. Aynı zamanda insan hakları, uyguladığı farklı siyasi rejim ve görüşüne rağmen tüm ülkelerin önemle ilgilendiği bir konu haline gelmiş ve bunu ulusal anayasalarında kararlaştırmışlardır. Anayasaların insan haklarını ele alış ve çözüme kavuşturma tarzı anayasanın koyulduğu dönemde yaşanan siyasi, iktisadi ve sosyal şartlara ve inanıyor olduğu ideoloji ve fikri görüşe göre farklılık arz eder. Medeni ve siyasi haklar dünya çapında bulunan anayasaların kararlaştırdığı temel haklardandır. Kararlaştırılan bu hakların kapsamı uygulanan siyasi rejimin demokrat veya otoriter olma oranına göre, genişler veya daralır. Bu hakların varlığının gerekliliği ve önemi bunların insanın şahsı ve özel hayatındaki yerine göre tecelli eder, aynı zamanda bu haklar insanlara siyasi hayata katılma ve halk egemenliğini belirtmeye de zemin sağlar.

Ülkeler anayasalarına sadece medeni ve siyasi haklarla ilgili hükümler koymakla yetinmeyip, aynı zamanda insanların bu hakları kullanmalarını tekeffül eden güvenceler kararlaştırmış ve yapılabildiği kadar bu hakların çiğnenmesine engel olacak garantiler koymaya çalışmıştır. Bu güvence ve garantiler, ihlale uğrayan ve yasal olmayan bir şekilde selp olunan hakların hak sahiplerine geri dönmesine yardımcı olacak kurumlar ve tedbirler halini alabilir. Ancak medeni ve siyasi hakların kararlaştırılmış olması, uluslar arası antlaşmalar ve anayasalarca

tekeffül ve güvence altına alınmış olması, bu hakların sınırsız ve takyitsiz olarak ıtlak edilmiş olması anlamına gelmez. Haklar düzenleyici bir otorite çerçevesinde olmadan sınırsız ve takyitsiz kullanılacağı anlamına gelmez, aksi takdirde bunun sonucu kesinlikle kaos olur. Bunun için uluslararası antlaşmalar ve anayasalar medeni ve siyasi hakların kullanılmasını (bunları takyit etmek yoluyla sınır ve kapsamalarını çizmek) düzenlemeye özen göstermiştir. Ancak bu takyitler çok dar oranda olmalı ve çok gerekli haller sınırlı olmalıdır. Takyitler uygulanırken tüm anayasal haklar ve kararlaştırılmış bulunan hukuki tedbirler göz önünde bulundurulmalıdır. Burada işaret edilmesi gereken bir nokta şudur ki, medeni ve siyasi hakları kaydetme hususundaki gelişme bilimsel alanda özellikle üçüncü dünya ülkelerinde kendisinden beklenen hissedilir derecede somut gelişme kaydedememiştir. İnsanın medeni ve siyasi haklarının ihlali ve bu haklara yapılan çok tehlikeli saldırılar ve bunun sonucu olarak meydana gelen siyasi, iktisadi, sosyal ve kültürel istikrarsızlık gibi olumsuz etkiler izlenmiştir.

Yukarıdaki sebeplerden medeni ve siyasi hakların öneminden dolayı, söz konusu haklar siyaset ve hukuk araştırmacıların inceleme ve ilgili alanı olmuştur. Bu hakların öneminden dolayı biz de **Irak'ta Medeni ve Siyasi Haklar** tez konusu olarak seçmiş bulunuyoruz. Çalışmamız, anayasalarda medeni ve siyasi hakları düzenleyen hükümleri incelemeyi de kapsamıştır. Bu husus büyük önem arz eder, çünkü anayasalar ve kanunlar Irak'ta medeni ve siyasi hakların gelişme aşamalarını inceleme alanında önemli bir adımdır. Tez konumuz olan **Irak'ta Medeni ve Siyasi Haklar** aşağıdaki şekilde ele almayı uygun gördük:

Birinci Bölüm: Bu bölümde (**genel olarak medeni ve siyasi haklar**) ele alınmıştır, medeni ve siyasi hakların tarihsel gelişimi, anlamları, genel olarak hak kavramı, medeni ve siyasi hakların türleri ve bu hakların sınırlandırılması ve kötüye kullanma yasağı konuları ve daha sonra uluslararası antlaşmalara göre bu hakların durumu incelenmiştir.

İkinci Bölüm: Bu bölümde (**Irak anayasalarında medeni ve siyasi haklar**) ele alınmıştır. Bu bölüm üç alt bölüme ayrılmıştır. Birinci alt bölüm 1925 anayasasında medeni ve siyasi hakların durumunu incelemeye tahsis edilmiştir. Bu bölümde, medeni ve siyasi hakların türleri, güvenceleri ve takyitleri incelenmiştir. İkinci alt bölümde 1970 anayasası ele alınmıştır, bu bölümde medeni ve siyasi hakların türleri, güvenceleri ve takyitleri incelenmiştir. Üçüncü alt bölüm ise, 2005 tarihli Irak yeni anayasasına tahsis edilmiştir. Bu bölümde söz konusu anayasada medeni ve siyasi hakların türleri, bu hakların güvenceleri ve takyitleri ele alınmıştır.

Çalışmamız, yapılan incelemeler sonunda elde edilen önemli neticeleri kapsayan bir sonuçla sona ermiştir.

Anahtar Kelimeler:

1. Anayasa
2. Haklar
3. Irak
4. Güvence ve Sınırlama
5. Demokrasi

ABSTRACT

Dabbagh, Badraddin. Civil and Political Rights In Iraq, Master Thesis, Ankara, 2011.

The problem of human rights affects the life of all people and countries although the members of different civilizations and different geographies, political, economic and social regimes apply it. The problem of human rights has become a problem which is tracked and spotlighted locally and internationally. This interest has transformed to emphasizing how human rights shall be identified and regulated and how these are assured by international and regional treaties and law declarations. Furthermore, human rights have become a subject which all countries are drastically interested despite their political regimes and opinions and they have decided this in their constitutions. The style of constitutions to handle and settle human rights exhibits differences according to the political, economic and social circumstances experienced at the period when the constitution is put into effect and ideological and intellectual beliefs. Civil and political rights are among fundamental rights in the constitutions worldwide. The necessity and significance of the existence of such rights appear according to the human in person and their place in his private life, moreover such rights also provide a basis to indicate to the people to participate in political life and popular sovereignty.

Countries haven't only contented to put provisions concerning civil and political rights, but also assurances are decided to go bail to people to use such rights and attempt is made to give guarantees to prevent the overriding of these rights as much as possible. Such assurances and guarantees may transform to institutions and precautions to assist the return of illegally seized rights to the holders of such rights. However, civil and political rights being decided and gone bail and assured by international conventions and constitutions doesn't mean

that these rights are limitlessly and unconditionally released. Rights are not meant for a limitless and unrestricted use without the existence of any regulatory framework, otherwise the result of such a thing is definitely a chaos. Therefore, international conventions and constitutions have cared to regulate the use of civil and political rights (draw their boundaries and scopes through restrictions). However such restrictions shall be very narrow and limited to vital cases. All constitutional rights and decided legal precautions shall be considered when restrictions are applied. Here it would be pointed that the progress made in the matter of civil and political rights isn't so concrete in the scientific base especially in the third world countries so much as expected. The violation of civil and political rights of people and very dangerous attacks against such rights and consequently adverse effects such as political, economic, social and cultural instability are observed.

The said rights have become the field of examination and interest for politics and law researchers due to the above reasons and the importance of civil and political rights. Due to the importance of these rights, we have also chosen the subject of **Civil and Political Rights In Iraq** as the subject of dissertation. Our work has also covered the examination of provisions of constitutions regulating the civil and political rights. This matter is very important, because constitutions and laws are an important step in the field of examining the development stages of civil and political rights in Iraq. We have found appropriate to deal with the subject of **Civil and Political Rights In Iraq** which is our dissertation subject as follows:

Section One: In this section (**civil and political rights in general**) are handled and the historical development and meaning of civil and political rights, in general the concept of right, types of civil and political rights, and the subject of limiting these rights and prohibiting their abuse, then the status of such rights according to international conventions are examined.

Section Two: In this section (**civil and political rights in Iraq constitutions**) are dealt with. This section is divided into three sub section. The first sub section is dedicated to examination of the status of civil and political rights in 1925 constitution. In this section, the types, assurances and restrictions of civil and political rights are examined. The second sub section is dedicated to examination of the status of civil and political rights in 1970 constitution. In this section, the types, assurances and restrictions of civil and political rights are examined .The third sub section is dedicated to the new constitution of Iraq dated 2005. In this section, the types of civil and political rights in constitution, the assurances and restrictions of these rights are handled.

Our work has ended with a conclusion covering the significant results obtained at the end of the examination.

Key Words:

1. Constitution
2. Rights
3. Iraq
4. Assurance and Limitation
5. Democracy

