

ÖZGÜRLÜKLER MEKÂNI OLARAK KAMUSAL ALAN

*Yrd.Doç.Dr. Abdurrahman EREN**

GİRİŞ

Kamusal alan (public sphere) kavramı, bir siyaset bilimci olan Jürgen Habermas tarafından, ilk kez “Kamusalın Yapısal Dönüşümü” adlı eserde ele alınmış ve incelenmiştir. Kavramı belli bir tarihsel gelişme içinde ele alan bu çalışmadan sonra, kavram siyaset felsefesinde kullanılan ve üzerinde bir çok tartışmanın yaşandığı bir terim olmaya başlamıştır. Kamusal alan kavramı demokrasi sorunu bağlamında, devlet ve sivil toplum arasındaki karmaşık ilişkileri aydınlatma çerçevesinde (Habermas 1962, 1989; Bobbio 1989; Pateman 1989; Thomson 1990, 1995; Alexander 1991; Calhoun 1992,1995; Cohen and Arato 1992; Eley 1992; Fraser 1993; Taylor 1995; Weintraub 1997) ya da kültür ve politika arasındaki ilişki bağlamında (Somers 1993, 1995; Alejandro 1993; Robbins 1993; Diawara 1994; Dahlgren 1995; Jacobs 1996; Jacobs and Smith 1997; Elshtain 1997; Wolfe 1997) incelenmiştir¹.

Siyaset felsefesi alanında kavram yoğun bir şekilde kullanılırken, genelde pozitif hukuk metinlerinde, özelde de insan hakları hukukunda, kamusal alan kavramı kullanılmamaktadır. Hukuk terminolojisinde, “kamu hizmeti” başta olmak üzere, “kamu yararı”, “kamu görevlisi”, “kamu sağlığı” gibi kavramlara rastlanırken, “kamusal alan” kavramına rastlanmamaktadır. Ancak, Türkiye’de son dönemde, kamusal alan kavramı, özellikle “özgürlükler” alanında tartışılmaya başlanmış ve özgürlükleri sınırlama nedeni olarak algılanmıştır.

Bu makalede, temelde ele almak istediğimiz konu, kamusal alan kavramının, özgürlükler mekânı olarak ne anlama geldiği, özellikle kamusal alanın özgürlüklerin sınırlanmasında, bir sınırlama nedeni olarak kullanılıp

* Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ KU, Agnes S., “Boundary Politics in the Public Sphere: Openness, Secrecy, and Leak”, *Sociological Theory*, 16/2, p. 172.

kullanılmayacaktır. Bu noktanın tam olarak açıklığa kavuşturulabilmesi için, öncelikle kamusal alan kavramının tanımı, hangi tarihsel koşullarda ortaya çıktığı ve demokrasi teorileri açısından ne tür kamusal alan modellerinin bulunduğu konusu incelenecektir. Kavrama ilişkin bu teorik çerçeveyi ortaya koyduktan sonra, özgürlükler mekânı olarak kamusal alanın, özgürlükler hukukunda nasıl bir role sahip olabileceği sorunu üzerinde durulacaktır.

I. KAMUSAL ALAN KAVRAMI, GELİŞİMİ VE DEMOKRASİ İLE İLİŞKİSİ

A. Kamusal Alan Kavramı

Kamusal alan kavramındaki “kamu” kelimesinin anlamı, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde “1.Hep, bütün, 2. Bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme” olarak açıklanmıştır. Aynı sözlükte, kamu kelimesinin kullanımına ilişkin şu örnekler sıralanmıştır: “kamu davası, kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu hizmeti, kamu hukuku, kamu idaresi, kamu kesimi, kamuoyu, kamu kurumu, kamu personeli, kamu sağlığı, kamu sektörü, kamu tanrıci, kamu tanrıcilik, kamu yararı, kamu yönetimi”. Sözlükte bir de “kamusal” kelimesi, “Kamu ile ilgili” anlamında bir sıfat şeklinde açıklanmıştır². Dolayısıyla Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde “kamusal alan” kavramı tanımlanmamış ve örnek olarak bile kullanılmamıştır. Ancak, “kamusal” “kamu ile ilgili” şeklinde bir sıfat olarak verildiğine göre, kamusal alandan da, “kamu ile ilgili alan” şeklinde bir anlam çıkarılabilir.

Ejder Yılmaz’ın hazırladığı “hukuk sözlüğü”nde³, “kamu” kelimesi, “Amme, halk” olarak, “kamusal” ise, “resmi” olarak açıklanmıştır. Sözlükte “kamu” kelimesinin nitelediği şu tamlamalara yer verilmiştir: “kamu ajanı, kamu alacağı, kamu arazisi, kamu avukatı, kamu bankası, kamu borçlusu, kamu davası, kamu denetçisi, kamu düzeni, kamu haberleşmesi, kamu hizmeti, kamu hukuku, kamu idareleri, kamu iktisadi teşebbüsü, kamu işletmesi, kamu maliyesi, kamu malları, kamuoyu, kamu sektörü, kamu tüzel kişileri, kamu vesayeti, kamu yararı”. Görüldüğü gibi, hukuk sözlüğünde de, “kamusal alan” kavramı hiç geçmemektedir. “Kamusal” “resmi” olarak açıklanmıştır. Dolayısıyla bu tanımlamadan yola çıkarak kuracağımız tamlamada da, kamusal alan, “resmi alan” anlamına gelecektir.

² Bk. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Ankara, 1998, s. 1180-1181.

³ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2003, s. 345-348.

Sözlük anlamından yola çıkıldığında, “kamusal” kelimesine yüklenen anlam, “kamusal alan” nitelemesinin anlamını da değiştirebilmektedir. Yukarıdaki kurulan tamlamalarda olduğu gibi, kamusal alanı “kamu ile ilgili alan” veya “resmi alan” şeklinde açıklama durumunda kalınmaktadır. Acaba gerçekte, kavramın terminolojik anlamı, bu anlamlarla örtüşmekte midir?

Kamusal alan kavramını gündeme getiren Jürgen Habermas da, “kamusal” ve “kamu” kavramlarının birbiriyle uyuşmayan çok çeşitli anlamlara sahip olduğuna işaret etmektedir⁴: “Kamusal ve kamu kavramlarının günlük dildeki kullanımı, bunların birbirleriyle uyuşmayan çok çeşitli anlamlara sahip olduklarını ele veriyor. Değişik tarihsel evrelerden kaynaklanan bu anlamlar, sanayisi gelişmiş ve sosyal devlet olarak örgütlenmiş burjuva toplumu koşullarına eş zamanlı olarak uyarlanan kullanımları içinde, birbirlerine bulanık bir ilişkiye giriyorlar.”

Habermas, kamusal ve kamu kelimelerinin anlamlarının bulanıklığını kabul ettikten sonra, “kamusallığı” da şöyle açıklamakta⁵ “Şayet kapalı topluluklarınkinden farklı olarak herkese açık iseler toplantıları “kamusal” olarak adlandırıyoruz- tıpkı kamusal yerlerden veya kamusal binalardan söz ettiğim gibi. Ancak salt bu “kamusal binalar” lafı bile sözkonusu binaların herkese açık oluşundan öte bir şeyi ifade ediyor; hatta bunların kamunun gidiş gelişine açık olmaları bile zorunlu değildir; bunlar devletin kurumlarını barındırırlar ve bizzat bu nitelikleri gereği kamusaldırlar. Devlet “kamu erki”dir. Bu sıfatını, kendi hukukuna tabi olanların ortak kamusal selametini sağlama görevine borçludur.”

Habermas, yukarıdaki alıntıda, kamusalığın bir kriterini “herkese açık olma” şeklinde belirlemiş, ancak bunun yine de yeterli bir ölçü olmadığını da vurgulamıştır. Özellikle kamu binalarının herkese açık olmasa bile, Devletin bir “kamu erki olması” ve kamu binalarının da “kamu yararı” esasına dayalı olması, kamusal nitelik kazanması için yeterli görmüştür.

Habermas, kamu sözcüğünün etimolojisine bakarak, Almanya’da 18. yüzyılda publicite ve publicity ile benzerlik kurularak türetilmiş olduğuna işaret eder. Yunan şehir devletlerinde, özgür vatandaşların ortak kullandıkları (koine) polis’in alanı, tek tek şahıslara ait olan (idia) oikos’un alanından kesin olarak ayrılmıştır. Yunanlılarda kamu, özel alanın karşısında bir özgürlük ve istikrar alemi olarak görünür. Ortaçağ boyunca, kamusal-özel katego-

4 HABERMAS, Jürgen, Kamusalığın Yapısal Dönüşümü (Çev. Tanıl Bora-Mithat Sancar), İletişim, 5. Baskı, İstanbul, 2003, s. 57.

5 HABERMAS, a.g.e, s. 58.

rileri ile kamu, Roma hukukunun tanımları çerçevesinde res publica olarak genelleştirilmiştir⁶.

Görüldüğü gibi “kamusal alan” kavramı, Habermas tarafından bile net bir şekilde tanımlanmamaktadır. Kamusal alan tarihsel bir gelişme içinde ele alan Habermas, kavramın anlamındaki bulanıklığa işaret etmektedir. Kamusal alanı, özel alandan hareketle açıklama çabaları olmakla birlikte, bu iki alan arasındaki sınırların tam çizilememesi, bu kavramların net bir şekilde tanımlanmasını zorlaştırmaktadır.

B. Kamusal Alanın Gelişimi

Tarihsel araştırmalar, 1960 ve 1970’li yıllarda, sosyal konulara yönelmiştir. Bu dönemdeki tarihçiler ve düşünürler, insanların günlük yaşamlarını anlamlandırma çabasına girmişlerdir. Sosyal yaşamın tüm yönlerini somut ayrıntılarına kadar yeniden keşfetmeye çalışmışlardır. Bu kapsamda aile hayatı ve toplumsal yapıya ilişkin çalışmalar, ekonomi ve nüfus yapısının analizi, etnik, ırksal, cinsel ve sınıfsal grupların gelişmesinin tarihleri incelenmiştir. Toplumsal yaşamı anlama çabasına yönelik yapılan çalışmalardan birisi de 18. yüzyıl ikinci yarısından itibaren ele alınmaya başlayan “kamusal alan” kavramı hakkında yapılan çalışmalardır⁷.

Habermas, “Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü” adlı eserinde, temel amacının, “İngiltere, Fransa ve Almanya’nın 18. yüzyıl ve 19. yüzyıl başındaki gelişmelerinin tarihsel bağlamından yola çıkarak burjuva kamusunun ideal tipini tanımlamak” olduğunu açıklar. Habermas, kamusal alanın ortaya çıkışını anlatırken öncelikle, Almanya’da 18. yüzyılın sonlarına doğru “küçük ama eleştirel tartışma yürüten bir kamusal topluluk” un oluştuğundan söz eder. Bu kamusal topluluk, şehirli vatandaşlardan ve burjuvalardan oluşan genel bir okur topluluğudur. Okuyucu sayısının artması, kitap, dergi ve gazete üretiminin ciddi miktarlarda gelişmesi, yazar, yayınevi ve kitapçı sayısının çoğalması, ödünç kitap veren kütüphanelerin ve okuma odalarının ortaya çıkması, aydınlanma cemiyetleri, eğitim birlikleri, gizli mason örgütleri ve aydınlanmacı tarikatler, özel alan içinden görece yoğun bir kamusal iletişim ağı ortaya çıkarmıştır⁸.

Habermas daha sonra, Fransız Devrimi’nin, oluşan bu edebi kamuyu politikleştiren bir etki yaptığını işaret etmektedir. Yazara göre, yalnızca Fransa’da değil, Almanya’da geçerli olan ve 19 yüzyılın ortalarına kadar süren

⁶ HABERMAS, a.g.e, s. 59.

⁷ NERONE, John, “The History of the Public Sphere”, Journal of Communication, 42/2, 1992, s. 163-171.

⁸ HABERMAS, a.g.e, s. 15-16.

“Toplumsal hayatın politikleşmesi”nde, kanaat gazeteciliğinin yükselmesi, sansüre karşı ve düşünce özgürlüğü için mücadele ve genişleyen kamusal iletişim ağı etkili olmuştur⁹.

Habermas, kamusal alanın gelişimini açıklarken, üzerinde durduğu noktalarda biri de, “kamu” olgusunun tek tip ve bütüncül olmadığıdır. Habermas’a göre kamusal topluluktan tekil olarak söz etmek yanlıştır. Habermas, çalışmasında, burjuva toplumunun oluşturduğu kamunun anahatlarını bir şema halinde şöyle belirlemiştir¹⁰:

Özel Alan		Kamu Erkinin Alanı
Burjuva Toplumu (Mal dolaşımı ve toplumsal emeğin alanı)	Siyasal Kamu	Devlet (“polis”in alanı)
	Edebi Kamu (Kulüpler, Basın)	
Çekirdek Ailenin İçsel Alanı (Burjuva entelijensiya) (Münevverler)	(Kültürel mal pazarı)	Saray (Soylu-saraylı toplum)
	“Şehir”	

Habermas’a göre, burjuva toplumunda kamu, kendisini ilk olarak kamusal topluluk olarak bir araya gelmiş özel şahıslar biçiminde ortaya koymuştur. Özel şahısların, hükümet düzenlemelerine tabi olan kamuoyunu sahiplenerek, kamusal akıl yürütme yoluyla, hükümetle bir hesaplaşmaya girmeleri, kamusal alanın oluşumuna temel olmuştur. Bu kapsamda öncelikle, okuma salonlarında, tiyatrolarda, müzelerde ve konserlerde ortaya çıkan ve siyaset dışı olan bir kamusal oluşmuştur¹¹. Habermas’ın edebi kamu olarak nitelediği bu kamusal alanlarda özel kamusal alanlara işaret etmektedir.

Habermas birde sarayda soyluların oluşturduğu “temsili kamu”dan söz eder. Egemen zümrelerden, soylulardan, paye sahibi kilise mensuplarından oluşan temsili kamu karşısında halk, temsili kamunun tamamlayıcısı konumundadır. Başka bir ifade ile, şehirlerdeki kahvehanelerde, salonlarda ve yemek davetlerinde kurumlaşan edebi kamu yanında bir de soylu toplumun oluşturduğu ve sarayda ortaya çıkan temsili kamu vardır. Habermas, temsili

⁹ HABERMAS, a.g.e, s. 16.

¹⁰ HABERMAS, a.g.e, s. 97.

¹¹ HABERMAS, a.g.e, s. 96.

kamuda sembollerin ve işaretlerin önemine değinir¹²: “Bu temsili kamunun açılımı, şahısların vasıflarına bağlıdır: İşaretler (armalar, silahlar), kılık-kıyafet (giyim, saç şekli), jestler (selamlama tarzı, edalar) ve retorik (hitap tarzı), genel olarak konuşmanın resmiliği; kısacası çok sıkı bir ‘soyul’ davranış kodu”.

Kamusal alanların zaman içinde devletle toplum arasındaki gerilimli alanda siyasal işlevler üstlenmesiyle birlikte, siyasal kamu oluşmuştur. Habermas’a göre¹³ “siyasal kamu, vatandaşların oluşturduğu bir kamusal topluluğun müzakereye dayalı kanaat ve irade oluşumunu sağlayacak iletişim koşullarının timsali olarak, normatif bir demokrasi teorisinin temel kavramı olmaya elverişlidir”.

Habermas, kamusal alanın yapısal dönüşümünü açıklarken, özel alanı başlangıç noktası olarak almaktadır. Özel alanı ikiye ayırmaktadır; burjuva toplumunun oluşturduğu toplumsal emek alanı ve ailenin sahip olduğu mahremiyet alanı. Devlet alanı ise tümüyle kamusal alan içindedir. Özel alanda, salonlar, müzeler, tiyatrolar, kahvehaneler yoluyla edebi kamu ve daha sonra siyasi kamu oluşurken, devlet alanı içinde de temsili kamu oluşmuştur¹⁴. Böylece, Habermas kamusal alanın yapısal dönüşümünü belirlerken, üç temel nokta üzerinde durmaktadır: Bireylerin mahrem alanı, toplumsal emek alanı olarak nitelediği ekonomik alan ve devlet alanı.

Habermas’a göre, “Kamunun yapısal dönüşümü, devlet ve ekonominin dönüşümünün yatağında akar”. Habermas çalışmasında bu dönüşümü inceleyen, toplumsal öz-örgütlenme potansiyelini ele aldığı ve Batı tipi toplumlarda sosyal devlete ve örgütlü kapitalizme dönük gelişmelerle ilgilendiğini belirtmektedir. Bu kapsamda özellikle, “özel alana ve özel alanın özerkliğinin toplumsal temellerine, kamunun yapısına ve kamu oyu davranışının bileşimine ve nihayet bizzat kitle demokrasisinin meşruiyet sürecine dönük” konular üzerinde durduğunu ifade etmektedir¹⁵.

Habermas, “Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü” adlı çalışmasında temel de yapmak istediği şeyin, ortaya koyduğu bu kamu tipolojisinin, kamusal iletişiminin modern biçimlerinin tarihsel arkaplanını oluşturması, oluşunu belirtmiştir. Tarihsel gelişim açısından bakıldığında, kamusal alana ilişkin tek bir algılama yoktur¹⁶. Habermas’ın yukarıda aktarılan açıklamalarında

¹² HABERMAS, a.g.e, s. 66.

¹³ HABERMAS, a.g.e, s. 43.

¹⁴ HABERMAS, a.g.e, s. 97-98.

¹⁵ HABERMAS, a.g.e, s. 25-27.

¹⁶ HABERMAS, a.g.e, s. 20.

da görüldüğü gibi, edebi kamu, temsili kamu, siyasi kamu, bir çok farklı kamusalılıklardan söz edilmektedir. Kamusal alan teorileri, çeşitli grupları ve bu grupların bir birleri ile ilişkilerini ele alarak, burjuva kamusal alanı, milliyetçi kamusal alan, köylü kamusal alanı, elit kadınların kamusalılığı, siyahîlerin kamusalılığı, işçi sınıfı kamusalılığı gibi farklı kamusalılıklardan söz edilmektedir¹⁷.

Kamusal alandaki tek-tipleştirmeye karşı çıkarak, kamusal alanda farklı kimliklerin oluşmasını savunan, H. Arendt, D. Held, S. Benhabib, N. Fraser, I.M. Young gibi düşünürler, özel –kamusal alanlar arasındaki geleneksel çizginin değiştiğinden, modern toplumlarda çoğulcu bir kamusalılıktan söz ederler¹⁸. Modernleşme süreciyle birlikte, katılım, çoğulculuk, temel hak ve özgürlükler gibi temel değerler üzerine bina edilen demokrasi anlayışı, kamusal alan anlayışında da önemli dönüşüme yol açmıştır.

Günümüzde, farklı inanç, düşünce ve kimliklerin oluşturduğu çoğulcu bir kamusal alandan söz edilmektedir. Üstelik artık bu çoğulculuk, bireysel devlet sınırlarını da aşarak bölgesel ve küresel ölçekte konuşulmaktadır. Bu da “Avrupa kamusal alanı” veya “global kamusal alan” kavramlarını konuşulur kılmıştır. Avrupa kamusal alanı, kendisine Avrupalı diyen toplumsal hareketlerin, düşünce, değer ve pratikleri ile oluşan veya oluşmakta olan bir alan olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Öte yandan global kamusal alan tıpkı 18 yüzyıl Avrupa kamusal alanı gibi bireysel devletleri aşan, devletlerin oluşturduğu global sistemde karşılıklı dayanışma ve etkileşim alanı olarak açıklanmaktadır²⁰. Günümüzde ulusal kamusal alanlar uluslar arası ve ulusal üstü politik konular arasında yeni diyalektik ilişkiler tarafından dönüştürüldüğü tartışılmaktadır²¹.

Kamusal alana ilişkin yapılan tanımlamalar ve tarihsel gelişim sürecine bakıldığında temel vurgunun şu noktalara olduğu söylenebilir:

- Kamusal alan, kamusal mekanla birebir örtüşmez.

¹⁷ KÖMEÇOĞLU, Uğur, “Kamusal Alan Kavramsallaştırmasında Bazı Teorik Sorunlar”, *Sivil Toplum*, Yıl:1, Sayı:2, 2003, s. 10.

¹⁸ ÇAHA, Ömer, “Mahrem Kamusal Alan”, *Sivil Toplum*, Yıl:1, Sayı:2, 2003, s. 79-80.

¹⁹ Avrupa kamusal alanı kavramı hakkında geniş bilgi için bk. ÇELEBİ, Aykut, *Avrupa: Halkların Siyasal Birliği*, Metis Yayınları, İstanbul, 2002, s. 86-96.

²⁰ STICHWEH, Rudolf, “The Genesis of a Global Public Sphere”, *Society for International Development*, 46/1, 2003, s. 27.

²¹ VOLKMER, Ingrid, “The Global Network Society and the Global Public Sphere”, *Society for International Development*, 46/1, 2003, s. 15.

- Kamusal mekanlar kamusal alana dahil olmakla birlikte, tüm kamusal alanların kamu mekanları olduğu söylenemez.
- Kamusal alan ile özel alan farklılaşması olmakla birlikte bu iki alan arasında çok net sınırlar yoktur.
- Özel mekanlarda kamusal alanlar oluşabileceği gibi, kamusal mekanlarda da özel alanlar olabilir.
- Kamusal alanın temel unsuru, kişilere açık ve serbest olması iken; özel alanın mahrem ya da belli kişilere açık olmasıdır.
- Kamusal alanın ortak sorunlar üzerine bir iletişimi vurgularken, kamusal alan, bu iletişimin aldığı biçime vurgu yapmaktadır. Bu nedenle tek tip kamusal alandan değil, kamusal alanın farklılaşmasından söz edilebilmektedir.
- Kamusal alana ilişkin sorunlar bir mekan sorunu olmaktan çok, bir nitelik sorunu olarak belirlemektedir. Bu nedenle kamusal alanda önemli olan, mekanın kamusal ya da özel olması değil, o mekan üzerinde kurulan iletişimin niteliğidir.

Kamusal alana ilişkin bu saptamaları yaptıktan sonra, asıl önemli olanın neresinin kamusal alan olduğu değil, kamusal alanın nasıl olduğu noktasına gelmiştir. Bu sorunun yanıtı da kamusal alan - demokrasi ilişkisinde yatmaktadır.

C. Demokrasi ve Kamusal Alan İlişkisi

Modern demokrasi teorilerinde kamusal alana ilişkin saptamalar, daha çok kamusal alanın kimler tarafından, nasıl paylaşılması, katılım süreçlerinin ne olması gerektiği ve kamusal alanda yapılan tartışmaların nasıl sonlandırılması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Demokrasi teorisi, karar verme süreçlerinde hesap verilebilirlik ve sorumluluklar üzerinde dururken, kamusal alan teorileri, bu süreçlerdeki kamusal iletişimin rolü hakkındadır. Kamusal alana kimlerin katılacağı, katılımın içeriği, nasıl bir katılım gerçekleştirileceği, kamusal tartışmalarla karar verme süreçleri arasındaki ilişkiler açısından, demokrasi teorileri farklı sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Bunlar; temsili liberal (representative liberal), katılımcı liberal (participatory liberal), gidimli (discursive), tefsirci (constructionist) şeklindedir²².

Bu teorilerin, “kamusal alanın demokratikliği”ni belirlemede, kendilerine göre önceliği olan ölçütleri vardır. Başka bir ifadeyle benimsenen demok-

²² FERREE, Myra Marx/GAMSON, William A./ GERHARDS, Jürgen/ RUCHT, Dieter, “Four models of the public sphere in modern democracies”, *Theory and Society* 31, 2002, s. 289-290.

rasi anlayışına bağlı olarak ortaya çıkan öncüller, demokratik kamusal alan anlayışını biçimlendirmektedir. Dolayısıyla kamusal alanın niteliği, benimsenen demokrasi anlayışına göre değişebilmektedir. Bu da kamusal alana ilişkin bir model dayatmasının, demokratik teori esas alınarak savunulamayacağını ortaya koymaktadır. Elbette kamusal alana ilişkin önceliklerin farklılaşabileceği savunulurken, demokrasinin olmazsa olmazları dışına çıkılması sonucuna ulaşamaz.

1. Temsili Liberal Teori (Representative Liberal Theory)

Temsili liberal teori, kamusal alanda “kitlelerden” çok “elitlerin” rolüne önem vermektedir.²³ Halkın kamusal alana etkin bir şekilde katılımını zararlı görürken, elitlerin siyasi partiler gibi örgütler aracılığıyla kamusal alanı biçimlendirmesi gerektiğini savunmaktadır. Partilerin ve seçim olgusunun bulunması, kitlelerin siyasaları değil ancak bazı kişileri seçmesine yardım eder. Kitleler kamusal sorunlara karşı ilgisiz olduğu gibi, yeterli düzeyde bilgi sahibi de değildirler²⁴. Bu nedenle politik sürece vatandaşların katılımını engelleyecek bariyerler ve filitreler konulmaktadır. Bu teori, iyi işleyen bir kamusal alanın, siyasi partiler aracılığıyla formel temsilciler tarafından kullanılmasıyla gerçekleştirilebileceğine inanır. Temsili liberal teorinin kökleri John Stuart Mill’e kadar götürülebilmektedir. Joseph Schumpeter’in “Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi” adlı kitabı, bu teorinin klasik modern bir telaffuzu kabul edilmektedir. Çağdaş örnekler arasında Anthony Downs’un “Demokrasinin Ekonomik Teorisi (An Economic Theory of Democracy) ve William Kornhauser’in “Kitle Toplumunun Politikaları” (The Politics of Mass Society) adlı eserler sayılmaktadır²⁵.

Temsili liberal teori özellikle kamusal alana kimlerin katılacağı sorunu üzerine odaklanmaktadır. Bu kapsamda vatandaşların aktif katılımı sakıncalı görülürken, “elit hakimiyeti”ne dayalı politik kişilere öncelik verilmektedir. Bunu sağlamada öncelik verdiği ilkeler; “elit hakimiyeti” (elite dominance), “uzmanlık” (expertise) ve “orantılılık” (proportionality)tır. Katılım süreçle-

23 Elit kavramı, toplum bilim literatüründe, “çoğunluk üzerinde azınlık yönetimi” olarak tanımlanmaktadır. Elit sözcüğü, Latince “eligre”den gelmektedir. Eligre seçme, electra seçilmiş parça demektir. Elit kavramını siyaset biliminde ilk kez kullanan Pareto’dur. Pareto toplumu elit-elit olmayan diye ikiye ayırdıktan sonra elit tabakasını da kendi içinde yönetici elit ve yönetici olmayan elit olmak üzere iki kısma ayırmıştır. Yönetici elit, toplumun yönetiminde doğrudan doğruya veya dolaylı olarak önemli bir rol oynayan, siyasal iktidar üzerinde etki sahibi olan kimsedir. (KAPANİ, a.g.e., s. 119).

24 ÖNDERMAN, Murat, “Siyasal Elit Kavramı”, Argumentum, MÜHF Yayınları, Cilt 1, Sayı 11, 1991, s. 157.

25 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 290.

rine ilişkin olarak da “fikirlerin serbestçe ifade edilmesi” (free market-place of ideas) ve “şeffaflık” (transparency) ilkelerine dayanmaktadır. Kamusal alanda fikirlerin nasıl ortaya konmasına ilişkin de “tarafsızlık” (detachment) ve “nezaket” (civility) ilkeleri esas alınmaktadır. Kamusal alandaki tartışmalar ve bunlara ilişkin karar süreçleri arasındaki ilişki açısından da “sonlandırma” (closure) ilkesine dayanmaktadır²⁶.

Kıyası temsili liberal teoride kamusal alan, elit hakimiyetine dayalı, uzmanlık niteliğine sahip politik kişilerin orantılı biçimde paylaştıkları, şeffaflık ilkesi içinde tarafsız bir şekilde ve nezaket ölçüsünde kamusal tartışmaları sonlandırdıkları bir alanı ifade etmektedir. Bu niteliklere sahip bir kamusal alan tanımlaması, halkın kamusal alana aktif katılımını sakıncalı gören bir demokrasi anlayışı doğuracaktır. Bu da özellikle kolektif özgürlükler alanını daraltacak sonuçlar doğurabilecektir.

2. Katılımcı Liberal Teorisi (Participatory Liberal Theory)

Katılımcı demokrasi kavramı, doğrudan demokrasi, temsili demokrasi, referandumlu demokrasi kavramlarıyla yakın anlam taşımaktadır. Katılımcı demokrasinin ayırıcı özelliği, yalnızca seçime katılmayı demokratik katılım için yeterli ve uygun bulmamasıdır²⁷. Katılımcı demokraside, vatandaşlar siyasal hayata aktif bir şekilde katılarak, temel politikalar belirlenirken ve uygulanırken etkili olurlar ve böylece kendi kendine yönetim formülü gerçekleşmiş olur. Vatandaşlar, gündem oluşturmaya, yasama faaliyetine katılmaya ve baskı grupları oluşturarak politik hayatta etkili olmaya uğraşırlar²⁸.

Katılımcı liberal teoride, kamusal alana ilişkin ortak yön, kendilerini ilgilendiren konularda vatandaşların kamusal kararlara maksimum katılımının hedeflenmesidir. Katılma ülkeyi idare edenleri destekleme biçiminde olabileceği gibi, onları eleştirme ve etkileme şeklinde de olabilir. Karşit fikirlerin açıklanması sistemin devamlılığı açısından önemlidir. Siyasal katılma yollarının çeşitliliği demokrasiyi daha da güçlendirecektir²⁹. Dolayısıyla temsili liberal teorilerin tersine, katılımcı teoride halkın kamusal alana aktif katılımı “zararlı” değil, “zorunlu” görülür. Katılımın kamusal alanın değerini artırdığını düşünen bu teoride, katılımı dolaylı kılan ve zorlaştıran kurumsal engel-

²⁶ FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 336.

²⁷ SARTORI, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu/Mehmet Turhan) Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 122.

²⁸ BARBER, Benjamin, Güçlü Demokrasi (Çev. Mehmet Beşikçi), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 195.

²⁹ UYSAL, Birkan, Siyasal Katılma ve Katılma Davranışına Ailenin Etkisi, TODAİE Yayınları, Ankara, 1984, s. 66.

lere ve arabulucu yapılara güvenilmez. Katılımcı demokrasi teorisini savunan, Paul Hirst katılımı esas alan bir demokrasiye “birlik demokrasisi” (associative democracy) derken, Benjamin Barber “güçlü demokrasi” (strong democracy) ifadesini kullanmaktadır³⁰.

Seçim ve seçime katılma, katılımcı demokrasi anlayışına göre yeterli bir siyasal katılma aracı değildir, ancak yine de önemli bir katılım yoludur. Demokrasi teorisinin özünde halkın iktidara katılımı vardır; demokratik iktidar zora değil oya dayanır. Bu nedenle seçimler, halk ile siyasal iktidar arasında diyalog kanallarının açık olmasını sağlar. Ancak, Toplumda hür düşünce, hür toplanma ve hür muhalefet etme imkanı yoksa, başlı başına seçimler siyasal katılma açısından bir değer ifade etmez³¹.

Kısacası, katılımcı liberal teori demokrasiye eleştirel bir bakış açısı getirmektedir. Özellikle siyasetle aktif meşguliyetin hem birey olarak vatandaşlar hem de bir bütün olarak sistem için yararlı olduğuna işaret edilmektedir. Katılımcı teorisinin ana kriteri, en geniş ölçüde “yetkilendirme” (empowerment) ve “halkın katılımı”(popular inclusion)nı esas almaktır. Bu ilkelere, “konuşkan tarzda bir kamusal alan” ve kamusal tartışmaların hemen sonlandırılmamasının tercih edildiği çıkmaktadır. Katılımcı teori, uzmanlık, tarafsızlık ve nezaket gibi kavramları kamusal alanın belirlenmesinde esas almamaktadır. Bu teoriye göre, kamuoyunun rolü sıradan insanlar arasında katılımı harekete geçirmektir. Yoksa elit teorilerinde olduğu gibi elitlerce alınan kararlara katılmakla ve onları desteklemekle sınırlı değildir³².

Katılımcı liberal teorisinin ortaya koyduğu kamusal alan modeli, özgürlükler alanını oldukça genişletici niteliktedir. Çünkü bireyin kamusal alana aktif katılımı esas almak, ister istemez özgürlüklerin bu alan içinde en geniş ölçüde tanınacağı sonucunu doğurmaktadır. Katılımın gerçekleşmesi bireyin hak ve özgürlüklerinin en geniş ölçüde gerçekleştirilmesiyle mümkün olabilecektir.

30 BARBER, a.g.e., s. 195.

31 MIBRATH, Lester W., Political Participation: How and Why do People Get involved in Politics?, Ront Mc Nally College Pub., 1997, s. 146.

32 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 299.

3. Gidimli Teori (Discursive Theory)

Katılımcı liberal teori ile gidimli³³ teori arasında bir çizgi çizmek o kadar da kolay değildir. Özellikle de kamusal alana katılması gereken kişiler açısından halkın katılımı, her iki gelenekte de kabul edilmektedir. Jürgen Habermas bu geleneğin en tanınmış temsilcisidir. Ona göre kamusal sorunlara ilişkin kararlar normalde, hükümet görevlileri, parlamenterler, mahkemeler ve siyasi partiler tarafından politik merkezlerde alınır. Kapsamlı kamusal tartışmaların gerekmediği rutin kararlar için bu makul ve kabul edilebilirdir. Fakat önemli sorunların çözümünde, politik sistemin merkezindeki aktörler sınırlandırılmamalıdır. Bu konularda, iyi işleyen bir kamusal alana, eşzamanlı olarak, özellikle sıradan insanların oluşturduğu örgütlenmeleri de içine alan sivil toplum örgütleri gibi çevreden de aktörler dahil edilmelidir. Bu nedenle siyasi partiler özellikli konularda siyasi tartışmalar için yeterli fırsatlar sunabilmelidirler³⁴.

Kamusal iletişimin tarzı ve içeriği ile ilgili ölçüt, gidimli geleneğin kalbidir. Temel amaç iyi fikirlerin zayıf fikirlere üstün olduğu bir kamusal alandır. Çünkü bir fikrin gücü onun taraftarlarının gücünden daha üstündür. Habermas'ın yorumunda bu ideal, "ideal söz durumu" (ideal speech situation) kavramında açığa vurulmaktadır. Habermas'a göre, kanaat oluşturu toplumsal birlikler olarak sivil toplum örgütleri, doğrudan kamusal iletişime katılma yoluyla kamusal tartışmaya zımni bir katkı sağlamak ve siyasal etkiye yol açmaktadır³⁵.

Jürgen Habermas, kamusal alana katılma hakkının dengelenebileceği ve sınırlanabileceğini tartışır. Habermas'a göre, ilk önce, farklılık hakkını iddia edenler tartışmanın sorumluluğunu üstlenmelidirler. İkincisi, eleştirme hakkını iddia edenler kavrama sorumluluğunu üstlenmelidirler. Üçüncüsü, etkileme hakkını iddia edenler kışkırtmama sorumluluğunu kabul etmelidirler. Dördüncüsü, katılma hakkını iddia edenler, ikna etme sorumluluğunu kabul etmelidirler³⁶.

Benhabib'e göre, müzakereci demokrasi kuramı, üst siyaset ile alt siyaset arasında farklılığı azaltma etkisi göstermektedir. Bu modelde herkes farklılıklarını dile getirme hakkına sahip olurken, bu farklılığını hayata geçirebil-

33 "Gidimli" kelimesi Mehmet Doğan'ın Temel Büyük Türkçe Sözlüğünde (1996:414) şu şekilde tanımlanmaktadır: Prensiplerden hareket ederek kademe kademe sonuca varan düşünme şekli.

34 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 301.

35 HABERMAS, a.g.e., s. 52.

36 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 304

mek için, siyasi partilerden, toplumsal hareketlerden, gönüllü birliklerden benzerlerine kadar uzanan geniş bir yelpazeyi içermekte; kamusal tartışma da bu çoğul birlik, şebeke ve örgüt biçimlerinin oluşturduğu birbirine kenetlenmiş ağ aracılığıyla gerçekleşmektedir³⁷

Gidimli gelenek, katılımcı teoride olduğu gibi, haklın katılımının değerini paylaşıyor, fakat bu geleneğin tersine kamusal alana daha ihtiyatla yaklaşıyor. Kamusal alana çevreden sözcülerin dahil olması merkez ile çevre arasında aktif bir diyaloga katkıda bulunacağı düşünülmektedir. “Müzakerecilik” (deliberative) bu teoride kamusal alana ilişkin öz değerdir.³⁸ Kamusal alanda diyalog, karşılıklı saygı ve nezaket ilkeleri de katılma sürecinin temel ilkeleridir. Kamusal alanda ortaya çıkan tartışmaları konsensüs sağlanmadan zamanından önce sonlandırmanın doğru olmadığı (Avoidance of premature, non-consensus based closure) yaklaşımı bu teoride benimsenmektedir³⁹.

4. Tefsirci Teori (Constructionist teory)

Bu gelenekteki yazarlar, kamusal alanda var olan eşitsizliklerin giderilmesi amacıyla, varolan düzenleme ve kategorilerin eleştirel bir tarzda sorgulanması temeline dayanmaktadır. Bu gelenek kamusal alanda gerçekleşen politik süreçleri her yönüyle irdelediği için tefsirci olarak adlandırılmaktadır. Bu gelenekteki en etkin teorisyenler, Nancy Fraser, Seyla Benhabib, ve Iris Marion gibi yazarlardır. Bu yazarlar her politik tanımlamanın, bazı yönlerden özel hayatın karşısında ve ondan ayrı bir alan olarak, kamusal alanın yerinin tayin edilmesine katkıda bulunacağına işaret etmektedirler⁴⁰.

Bu teoriye göre, politik alanlardan günlük yaşamı ayırma ve çıkarma gücünü, kamusal kararlara katılmak için seçilen alanları daraltıyor. Bu nedenle kamusal alana katılmada temsili liberallerin esas aldığı “uzmanlık”

37 BENHABİB, Seyla, “Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru”, (Der. Seyla Benhabib), Demokrasi ve Farklılıklar, Numune Matbaası, İstanbul, s. 111.

38 Mustafa Erdoğan, müzakereci demokrasi anlayışının, siyasetin kişi özerkliğini gerçekleştirmeye hizmet etmesi üstündeki vurgusu açısından şu tehlikeye işaret etmektedir: “Bu, ‘yurttaş’ı her zaman ‘birey’in önüne geçirmek suretiyle, kamusal müzakerenin özel alanları mutlak olarak belirleme yetkisine sahip olduğunu ima eden bir görüştür. Böyle bir yaklaşımın ise bireysel özgürlükler üzerinde olumsuz sonuçlar doğurması ihtimal dışı değildir. Kamusal alanın normativitesini çoğulcu yapısı içindeki sivil toplumun genellikle paylaşılan erdemine/değerlerine dayandırmak yerine, bütün toplumsal alanı kapsayıcı bir biçimde kurma girişimi özünde totaliter potansiyel taşır.”. ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2004, s. 319.

39 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 306.

40 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 307.

ölçüsü, bu gelenekte reddedilmektedir. Çünkü kamusal tartışma ortamında politik sözcülerin dışında bireysel sözcüler de yer alırlar. Böylece, kamusal alana kimlerin katılacağı sorununa ilişkin tefsircilerin yaklaşımı, katılımcı teoride olduğu gibi, halkın katılımı ilkesini paylaşmaktadır. Katılım bu geleneğin kalbi olmakla birlikte, katılımın değeri, katılan aktörlerin “farklılıklarıyla tanınmasına” bağlanmıştır⁴¹.

Benhabib’ e göre, kamusal müzakere süreci bir bilgi edinme yöntemidir. Çünkü hiçbir birey, böyle bir müzakereye katılmadan diğer bireylerin çeşitli bakış açılarını tek başına önceden kestiremez ve karar aşamasında önemli görülen bütün bilgilere tek başına sahip olamaz. Kamusal alana katılım müzakere süreciyle bilgi aktarımını sağlamakta ve doğru kararlara ulaşmada önemli bir araç olmaktadır⁴².

Kamusal tartışmaları, farklı bir politik alana katılmak için harekete geçen bireyler açısından bir kaynak olarak gören katılımcı liberal geleneğin tersine, tefsirci gelenek politikayı, kamu ve özel arasındaki yapay sınırların karşısında bir tıkaç olarak görmektedir. Aileler, kültürel faaliyetler, hatta yaşam tarzı bile, bunlar vasıtasıyla örülen güç ilişkileri anlamında bir politikadır. Kamusal katılımın tefsirci yaklaşımı, kamu ve özel ayırımına meydan okuyarak, sıradan insanların sürekli, ne satın aldığı, giydiği, yediği, ya da seyahat ettiği çeşitli yaşam alanlarında politikayla iç içe girdiklerine vurgu yapmaktadır. Benhabib, cumhuriyetçi gelenekteki katılma şeklini şöyle eleştirmektedir: “ Katılımın bu modernist anlamı, kamusal alana yeni bir anlam getiriyor. Kamusal alan, bir politik elit arasında alkış ve ölümsüzlük için bir rekabet alanı olarak anlaşılabilir; kamusal alan demokratik olarak, oluşturulması, şart koşulması ve benimsenmesi sırasında söz hakkına sahip olunabilen genel sosyal normlar ve ortak politik kararlarca etkilenen yöntemlerin oluşturulması olarak görülmektedir. Çağdaş toplumlarda demokratikleşme, katılanlar arasında özerk kamusal alanların genişlemesi ve büyümesi olarak görülmektedir.”⁴³

Kamusal alana ilişkin tefsirci teoride dikkati çeken nokta, kamusal ve özel alan şeklindeki bir ayrışmaya soğuk bakılmasıdır. Ancak ne kadar soğuk bakılırsa bakılsın yine bu iki alanın varlığının kabul edilmesi kaçınılmazdır. Özellikle devletin özgürlüklere müdahale alanının sınırları çizilirken, bu zorunluluk karşımıza çıkmaktadır. Kişilerin özel mekanlarında özgürlükler alanı genişlerken, kamusal mekanlarda sınırlamalarla karşılaşabil-

41 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 307.

42 BENHABIB, a.g.m., s. 107.

43 FERREE/GAMSON/GERHARDS/ RUCHT, a.g.m., s. 310.

mektedir. Çünkü kamusal mekanlar ortak yaşam alanları olduğu için kamu yararı gerekçesi ile bir takım sınırlamalara tabi olması kaçınılmazdır. Örneğin kişi özel mekanında hiçbir sınırlamaya maruz kalmadan inanç özgürlüğünü yaşayabilirken, aynı inancın kamusal mekanlarda bir takım sınırlamalara maruz kalması muhtemeldir. Başka bir ifade ile özgürlükler açısından kamusal alanla özel alanların nitelikleri birbirinden farklıdır.

II. ÖZGÜRLÜKLER MEKANİ OLARAK KAMUSAL ALAN

Özgürlükler hukukunda kamusal alan kavramı kullanılmamaktadır. Ancak yukarıda açıklanan demokrasi-kamusal alan ilişkisi çerçevesinde, kamusal alanın niteliğinin özgürlükler açısından son derece önemli olduğu ortadadır. Benimsenen demokrasi anlayışı, kamusal alanın içeriğini; kamusal alanın içeriği ise özgürlükler rejimini etkilemektedir. O zaman şu soru önem kazanmaktadır: Kamusal alan özgürlüklerin varlık sebebi midir, yoksa sınırlama nedeni midir? Bu sorunun yanıtını, pratik yararı da düşünerek, özgürlükler hukuku çerçevesinde cevaplandırmak yararlı olacaktır.

Özgürlükler hukukunda, özgürlüklerin tanınması, korunması ve sınırlandırılması, konularında “alan farklılaşması”ndan söz edilebilir. Buradaki “alan”dan kastedilen şey, “mekan” boyutunda bir alan değildir. Daha çok özgürlüklerin tanındığı, korunduğu bir hukuk alanı kastedilmektedir. Ancak elbette bu hukuk alanlarının karşılık geldiği mekan boyutu da vardır. Dolayısıyla burada ifade edilen alan kavramını doğrudan mekan boyutunda değil, özgürlüklerin korunabildiği yaşam alanı olarak anlamak gerekmektedir.

Bu kapsamda öncelikle ulusal-ulusalüstü alan şeklinde bir farklılaşmadan söz edilebilir. Ulusalüstü alan da, evrensel ve bölgesel şeklinde bir ayrım tabi tutulabilir. Özgürlükler açısından ulusal ve ulusalüstü alan ayrımı “özgürlükleri koruma rejimi” açısından önem kazanmaktadır. Ulusal alan, hakların niteliğine ve mekanlara bağlı olarak özel-kamusal şeklinde ayrılabilir. Bu ayrımın ise “özgürlükleri sınırlama rejimi” açısından daha da önemli olduğu söylenebilir. Biz öncelikle ulusal-ulusalüstü alan ayrımı, daha sonra da, özel-kamusal alan ayrımlarını özgürlükler hukuku açısından ele alacağız.

A. Özgürlükleri Koruma Rejimi Açısından Ulusal-Ulusalüstü Alan Ayrımı

Özgürlükler hukuku açısından ulusal-ulusalüstü alan ayrımı özellikle İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra belirginlik kazanmıştır. İkinci Dünya Savaşı’na yol açan ulusal diktatörlükler, özgürlük sorununun ulusal alana bırakılmayacağı düşüncesini doğurmuştur. Ulusal düzeydeki özgürlük sorunlarının uluslar arası barışı bozduğu görülmüştür. Bu deneyim özgürlükler konusunun ulusalüstü düzeyde ele alınması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu

kapsamda 1945'te imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşması, insan hakları konusuna vurgu yapmış ve 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini" kabul etmiştir. İkinci Dünya Savaşı'nın yol açtığı acıların ardından, evrensel ve bölgesel düzeyde olmak üzere uluslararası koruma ve denetim yöntemleri oluşturulup işlerliğe geçirilebilmiştir⁴⁴.

Aslında insan haklarının korunması ulusal alanda başlamıştır. İngiliz Hak Bildirgeleri, bu kapsamda ilk örnekler olarak zikredilir. Ancak bu belgeler nitelik olarak, krallığın, kişilerin hak ve özgürlüklerine saygı göstermesini sağlamaya yönelik, dar kapsamlı belgelerdir. (Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) 1215, Petition of Rights (Haklar Dilekçesi) 1628, Habeas Corpus Act 1679, Declaration of Rights (Haklar Bildirisi) 1689, Treason Trials Act (İhanet Suçu Yargılaması Yasası) 1696, Act of Settlement 1701). İnsan haklarının ulusal alanda korunma süreci Amerikan Hak Bildirgeleri'yle devam etmiştir. Bu belgeler bireysel özgürlükleri devletin müdahalesine karşı koruma amacına yöneliktir. (Virginia Haklar Bildirisi 1776, Amerikan Bağımsızlık Bildirisi 1776, Pennsylvania Anayasası 1776, ABD Anayasası 1787). Ulusal alanda insan haklarının korunması konusunda önemli bir belge de, 27 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'dir⁴⁵.

Gemalmaz'a göre, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, günümüzde farklı ideolojiler ve kültür çevrelerince uzlaşmaya varılmış asgari ortak alan olarak beliren insan hakları anlayışına dayanmaktadır.⁴⁶" Oysa İkinci Dünya Savaşı'ndan önce, uluslararası hukuk, yalnızca devletler arasındaki ilişkileri düzenliyor, devlet-yurttaş arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini ise ülkelerin iç hukukuna bırakıyordu. Bu anlayışa göre, uluslararası hukukta hak özneliği yalnızca devletti. Dolayısıyla da devletin kendi uyruklarına kötü davranması ve haklarını çiğnemesi, ulusal egemenliği ilgilendiren bir iç hukuk sorunu olarak görülüyordu. Bireyler uluslararası düzeyde hak öznesi sayılmadığından, haklarının çiğnenmesi ya da çiğnendiğinin ileri sürülmesi durumunda uluslararası kuruluşların ya da başka bir devletin karışması ve yakınmada

⁴⁴ GÜLMEZ, Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Birinci Baskı, Ankara, 2004, s. 17.

⁴⁵ KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Baskı, 2002, s. 60-62.

⁴⁶ GEMALMAZ, Mehmet Semih, İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta Yayınları, 3. Baskı, 2001, İstanbul, s. 499.

bulunması söz konusu değildi. İnsan hakları egemen devletin bir iç hukuk sorunu olarak görülüyordu.⁴⁷

Ulusal korumadan, Birleşmiş Milletler Örgütü ile evrensel korumaya geçildikten sonra, yaşanan zorluklar, bölgesel koruma sürecini başlatmıştır. Özellikle devletler arasındaki, farklı ekonomi ve ideoloji anlayışları evrensel korumayı zorlaştırmıştır. Burada özellikle sosyalist blok ile batı bloğu arasındaki farklı yaklaşımlar etkili olmuştur. Bunun üzerinde ortak değerlere sahip, bölgesel koruma teşvik edilmeye başlanmıştır. Bunun ilk örneklerinden biri olan Avrupa Konseyi, 16 Avrupa ülkesinden gelen 700 delegenin ve öteki 10 ülkeden gelen gözlemcilerin katılımıyla Mayıs 1948'de La Haye'de toplanmıştır. Toplantı sonunda yayımlanan "Avrupalılara mesaj" ile "Avrupa Birliği" kurulması çağrısında bulunulmuştur. Bu çağrıya uyan 10 Batı Avrupa ülkesi (Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda, İngiltere, Danimarka, Norveç, İrlanda, İtalya, İsveç) 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da toplanarak Avrupa Konseyi Statüsünü imzalamışlardır. Avrupa Konseyinden sonra yine bölgesel düzeyde, Amerikan Devletleri Örgütü ve Afrika Birliği Örgütü kurulmuştur. Bunlar dışında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT), Avrupa Birliği (AB) gibi bölgesel örgütlenmeler oluşmuştur⁴⁸.

Özgürlüklerin ulusalüstü alana taşınmasına ilişkin bu kısa tarihçeden sonra asıl önemli noktanın, özgürlüklerin korunması açısından ulusalüstü alan ile ulusal alan arasında nasıl bir ilişkinin olduğudur. 16. yüzyılda Jean Bodin ile başlayan klasik anlayışta "egemenlik" kavramı üzerine oturmuş olan "ulusal yetki", mutlak ve en üstün güç olarak kabul edilmiştir. 17 ve 18 yüzyılda ise egemenliğin, bölünmez, devredilemez ve sınırlandırılmaz, sürekli, kendi üzerinde hiçbir otorite tanımayan, en üstün otorite olduğu noktasına gelinmiştir⁴⁹. Ancak İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslar arası hukukun ön plana çıkması ile egemenlik anlayışı ve buna bağlı olarak da ulusal yetki anlayışı değişmiştir. Ulusal yetki, uluslar arası hukukun sınırlandırmadığı ve sadece ilgili devletin yetkilerinin söz konusu olduğu yetki alanları anlamına gelmektedir⁵⁰.

Birleşmiş Milletler Anlaşmasınının 2. maddesinde ulusal yetki şu şekilde düzenlenmiştir: "İşbu Andlaşmanın hiçbir hükmü, ne özü itibarıyla bir devletin milli yetkisi içinde bulunan işlere Birleşmiş Milletlerin karışmasına

47 GÜLMEZ, a.g.e, s. 20.

48 GÜLMEZ, a.g.e, s. 19-20.

49 HAZIR, Hayati, Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler, Mimoza, Konya, 1990, s. 16.

50 PAZARCI, Hüseyin, Uluslar arası Hukuk Dersleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 86.

cevaz verir ve ne de üyeleri, bu gibi işleri, bu Andlaşma gereğince bir çözme tarzına bağlamaya icbar eder; ...” Ancak maddede ulusal yetkinin içine nelelerin girdiği açıklanmamıştır. Ulusal yetkinin kapsam ve içeriği uluslar arası hukuka bırakılmıştır. Ulusal yetki alanı artık devletin katıldığı uluslar arası anlaşma ve sözleşmelere veya girdiği uluslar arası örgütlere göre değişebilecektir. Devletler evrensel ve bölgesel düzeyde hazırlanmış olan insan haklarına ilişkin anlaşmalara taraf olarak, ulusal yetki alanlarında olan bir çok konuyu bu alandan çıkararak, uluslar arası alana bırakmaktadırlar⁵¹.

Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku, temel hak ve özgürlükler açısından, taraf ülkelerde geçerli “minimum standartları” ortaya koymaktadır. Bu açıdan, taraf devletler bu standardın altına inemezken, üzerinde çıkabilmekte ve daha üstün bir koruma gerçekleştirebilmektedirler. Uluslararası hukukun ikincil niteliği (subsidiarity) olarak ifade edilen bu anlayış, taraf devletlerin öncelikli ve daha üstün bir korumayı iç hukuklarında sağlama olanağını engellemeyi amaçlamaktadır⁵².

Ulusalüstü insan hakları hukukunun ikincil niteliği gereği, taraf devletler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir müdahale yaparken, iç hukuka özgü koşulları değerlendirme konusunda, daha öncelikli bir konumda kabul edilmektedirler. Başka bir deyişle, bir hakka ilişkin düzenlemenin, hangi tür bir işlemle yapılacağı, hangi amacın daha elverişli olduğu ve düzenlemenin hangi gereklilikten doğduğu ve gerekliliğin ifade ettiği zorunlu toplumsal ihtiyacın ne olduğunu belirleme konusunda, öncelikle karar verme yetkisi, ulusal makamlara ve yargı organlarına tanınmaktadır.

Koruma açısından ulusal alanın esas, uluslar arası alanın ikincil olduğu ilkesinin en net şekilde uygulandığı sözleşmelerden biri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (AİHM) çok etkin bir denetim yapmakla birlikte, Sözleşmenin öngördüğü denetimin ikincil nitelikte olduğunu, öncelikli korumanın ulusal makamlar ve ulusal yargı organlarınca yapılması gerektiğini bir çok kararında ifade etmektedir. Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Sözleşme’nin öngördüğü koruma sisteminin ikincil niteliğini Handyside–Birleşik Krallık kararında⁵³ şu şekilde açıklamaktadır:

51 DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Ankara, 2003, s. 29-30.

52 GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, 13. Baskı, Ankara, 2004, s. 295.

53 Handyside - Birleşik Krallık, Karar Sıra no. 26, İnsan Hakları Kararlar Derlemesi (İHKAD), Der. Osman Doğru, Cilt 1, s. 235.

“ Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen **yedek (subsidiary) bir mekanizma** olduğunu belirlemiştir. Sözleşme, kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma görevini ilkin her bir Sözleşmeci Devlete bırakmaktadır. Sözleşme’yle meydana getirilen kurumlar bu göreve kendi katkılarını yapmakta, sadece çekişmeli dava yoluyla ve 26. maddeye göre bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra işe karışmaktadır.”

İnsan haklarını korumada ulusal alanın esas olduğu, ulusalüstü alanın ise ikincil olduğu ilkesinin en önemli sonucu, ulusalüstü koruma mekanizmalarından yararlanabilmek için “iç hukukun tüketilmesi” şartının getirilmiş olmasıdır. Bu nedenle ulusalüstü bir sözleşme ile haklarının ihlal edildiğini düşünenler öncelikle yargı yetkisi içinde bulunduğu Sözleşmeci Devletin sağladığı ulusal korumadan yararlanacak ve iç hukuk yollarını sonuna kadar kullanacaktır.

Örneğin AİHM Aksoy – Türkiye kararında, Sözleşme’yle kurulan koruma mekanizmasının insan haklarının korunmasında ulusal sisteme yedek bir mekanizma olmasını, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının önemli bir yönü şeklinde açıklamıştır:

“Mahkeme, Sözleşme’nin 26. maddesinde yer alan iç hukuk yollarını tüketme kuralının, uluslararası bir yargısal veya tahkim organı önünde Devlete karşı dava açmak isteyen kişileri ilk önce, ulusal hukuk sisteminde varolan hukuk yollarını kullanmakla yükümlü tuttuğunu hatırlatır. Sonuç olarak Devletler, yaptıkları tasarruflardan ötürü kendi hukuk sistemleri içinde meseleleri yoluna koyma imkanı tanınmadan uluslararası bir organ önünde hesap vermekten muaf tutulmuşlardır. İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, Sözleşme’ hükümleri ulusal hukukta içselleştirilmiş olsun veya olmasın, çok yakın bir ilişki içinde olduğu Sözleşme’nin 13. maddesinde yazıldığı üzere, iddia edilen ihlal bakımından iç hukukta kullanılacak etkili bir hukuk yolunun bulunduğu varsayımına dayanır. Bu nedenle, **Sözleşme’yle kurulan koruma mekanizmasının insan haklarının korunmasında ulusal sisteme yedek bir mekanizma olması, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının önemli bir yönüdür.**⁵⁴”

Ulusalüstü alana göre ulusal alanın öncelikli olmasının nedenini Handyside kararında AİHM şu şekilde açıklamaktadır:

“Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (vital forces) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve

⁵⁴ Aksoy – Türkiye, Karar Sıra no. 708, Karar Tarihi 18.12.1996, p. 51., İHKAD, Cilt 2, s. 236.

bunları karşılamak için tasarladıkları yasak ve cezanın “gerekliliği” hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadır.”

Özgürlükler açısından ulusal takdir alanını kullanma yetkisi öncelikle, ulusal yasama organlarına verilmektedir. Yasama organı temel hak ve özgürlükleri düzenlerken, taraf olunan ulusüstü insan hakları belgelerinde getirilen standartları göz önünde bulunduracaktır. Nitekim 7.5.2004 tarihli “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”un 7. maddesiyle Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına şu cümle ilave edilmiştir: “ Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Böylece, Türk hukuku açısından usulüne göre yürürlüğe girmiş olan insan hakları anlaşmalarına kanunlara göre öncelik verilmiştir.

Yasama organının ortaya koyduğu standartları uygulamak ve yorumlamakla yükümlü ulusal yargı organları da belli bir takdir yetkisine sahiptir. Nitekim AİHM, Handyside kararında takdir alanını kimlerin kullanabileceği konusunu şöyle açıklamıştır:

“...,10. Maddenin 2. fıkrası, Sözleşmeciler Devletlere bir takdir alanı bırakır. ‘Hukukun öngördüğü’ bu alan, hem ulusal yasa koyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş olan yargılama makamına da tanınmıştır.⁵⁵”

Mahkeme TBKP – Türkiye kararında, özgürlükler açısından, ulusal alanın sınırlarını, “devletin egemenlik yetkisini kullandığı alan” ile bütünleştirmektedir:

“... Sözleşmeciler Devletlerin siyasi ve kurumsal organları, Sözleşme’de yer alan haklara ve ilkelere saygı göstermek zorundadırlar. Bu bağlamda, ele alınan hükümlerin anayasa maddeleri⁵⁶ mi, yoksa sadece yasa maddeleri⁵⁷

⁵⁵ Mahkemenin bu konudaki benzer kararları için bk., Engel ve Diğerleri, Karar Sıra no. 23, p. 100; De Wilde, Ooms ve Versyp kararı, Karar Sıra no. 13, p. 93; Golder kararı, Karar Sıra no. 19, p. 45.; Mahkeme Engel ve Diğerleri Kararında asker kişilerle ilgili şu açıklamayı yapmıştır: “Mahkeme Sözleşme’ye göre, Hollanda iç hukukunun olayda uygulanma tarzını denetleme yetkisi vardır, ancak Mahkeme bu konuda askeri yaşamın özelliklerini, silahlı kuvvetlerin mensuplarının yerine getirmekle yükümlü oldukları ‘görevleri’ ve ‘sorumlulukları’ 10 (2). Fıkrasının Sözleşmeciler Devletlere bıraktığı ‘takdir alanı’ni görmemezlikten gelemez.”

⁵⁶ Bk. Örneğin Gionas ve Diğerleri – Yunanistan, Karar Sıra no. 782.

⁵⁷ Bk. Örneğin, Mathieu –Mohin ve Clerfayt – Belçika, Karar Sıra no. 123.

mi olduğu pek bir önem taşımaz. Bu tür hükümler ilgili Devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı oldukları andan itibaren, Sözleşme'nin denetimine tabidirler.⁵⁸

Kararda da belirtildiği gibi, ulusal yetki alanı devletin egemenlik yetkisini kullanabildiği tüm alanları kapsar. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uygulamasında da “egemenlik alanı” “ülkesel alanı” da içine alacak şekilde, egemenlik yetkilerinin kullanıldığı diğer yerleri de içine alacak şekilde geniş yorumlanmaktadır.⁵⁹ Dolayısıyla, ulusalüstü koruma açısından, ulusal alan içindeki özel alan ya da kamusal alan ayrımının ya da bu ayrımları temellendiren mevzuatın niteliğinin bir önemi yoktur. Böylece devletin egemenlik yetkisini kullandığı alan olan “ulusal alan” da, özgürlüklere getirilen düzenlemeler için, bu yetkinin dayanağının anayasal ya da yasal olmasının bir önemi yoktur.

Sonuç olarak ulusal-ulusalüstü alan farklılaşmasına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi çerçevesinden bakıldığında, özgürlükler açısından asıl olanın ulusal alan olduğu, ulusalüstü alanın ikincil olduğu görülmektedir. Bu nedenle ulusal alanın öngördüğü koruma tüketilmeden, ulusalüstü alana geçilmesi kabul görmemektedir. Ulusal alanın sınırları, devletin egemenlik yetkisini kullandığı tüm alanları kapsamaktadır. Bu açıdan özel alan-kamusal alan ayrımının bir öneminin olmadığı gibi, ulusal sınırlar da bağlayıcı değildir. Başka bir ifade ile devletin egemenlik yetkisi ulusal sınırların ötesine uzanmışsa, özgürlükler açısından ulusal alan buraları da kapsamaktadır.

B. Özgürlükleri Sınırlama Rejimi Açısından Özel Alan- Kamusal Alan Ayrımı

Özgürlükler hukukuna ilişkin metinlerde özel alan-kamusal alan kavramlarına rastlanmamaktadır. Bu kavramların daha çok siyaset sosyolojisi ve felsefesinde kullanılan kavramlar olduğuna yukarıda değinildi. Siyaset bilimi çerçevesinde, en geniş anlamda özel alanın bireye veya bireyin belirlediği kişilere ait mahrem alan olduğu; kamusal alanın ise, belli sınırlamalara tabi olabilecek şekilde herkesin katılımına açık olan, toplumsal sorunların paylaşıldığı iletişim ve etkileşim alanı olduğu açıklanmıştı. Özel alan-kamusal alan ayrımının özel mekan-kamusal mekan ayrımı ile birebir örtüşmediği,

⁵⁸ TBKP – Türkiye, Karar Sıra no. 868, Karar Tarihi 30.01.1998, p. 30., İHKAD, Cilt 2, s. 372.

⁵⁹ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 77.

özel mekanlarda kamusal alanların oluşabileceği gibi, kamusal alanlarda da özel mekanların bulunabileceği kabul edilmektedir.

Tarihsel süreç içinde, düşünme, örgütlenme, seyahat etme gibi isimler almış olan insan tutum ve davranışlarının insanın varlığına bağlı vazgeçilmez hak ve özgürlükler olduğu kabul edilmiştir⁶⁰. Bununla birlikte, toplumsal yaşamın kaçınılmaz sonucu olarak ortak bir düzen sağlama gereği, bireylerin davranışlarının düzenlenmesi gerçeğini doğurmuştur. Düzenleme hakkının niteliğine bağlı olarak bazen sınırlamayı da zorunlu kılabilir. Dolayısıyla toplumsal yaşama gerçeği ve bu gerçeğin zorunlu unsuru olan "ortak düzen" realitesi, özgürlükler idealitesinin sınırlılığı anlayışını getirmiştir. Bu sınırlama realitesi karşısında bulunan formül yine de özgürlüklerin önceliğini vurgular şekilde olmuştur: "Özgürlük kural, sınırlama istisnadır".

Özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olması ilkesi, kamusal alanda geçerli olan bir ilkedir. Eğer özel alanı kişinin mahrem alanı olarak kabul edersek, özgürlükler hukuku bu alanın içeriğine müdahale etmez. Özgürlükler hukuku özel alanı korumaya ilişkin hükümler getirmekle birlikte, bu alan içerisinde bireyi sınırlamaz. Örneğin konut hakkı bir özel alan olarak korunmakla birlikte, bu hakka ilişkin sınırlamalar yine kamusal alanı düzenleme amacına yöneliktir. Dolayısıyla konutu bir özel alan sayarsak bireyin bu alanı özgürlükler hukuku tarafından koruma altına alınmıştır. Ancak bireyin konut içerisindeki davranışları, kamusal alana taşmadıkça bu alana hiçbir sınırlama getirilmez.

Kamusal alanda özgürlükler sınırlanabilir olmakla birlikte, öncelikle hak ve özgürlükleri sınırlamadan düzenlemek gereklidir. Bunun mümkün olmadığı durumlarda istisnai olarak sınırlamalara başvurmak gerekir. Hakkın niteliğine bağlı olarak, sınırlamadan düzenlemek de mümkündür⁶¹. Sınırlama, düzenlemenin yetersiz kaldığı durumlarda başvurulması gereken bir yöntem olmalıdır.

İnsan haklarının sınırlandırılabilir olduğu, hem ulusal anayasalarda hem de uluslararası insan hakları belgelerinde kabul edilir. Ancak, bu sınırlandırma anlayışı tüm hakları istisnasız kapsamaz. Genellikle haklar, niteliklerine göre farklı koşullarda sınırlandırılır. Kimi haklar, mutlak kabul edilmekte ve hiçbir şekilde sınırlandırılmamakta; bazıları ise, belli koşullarda sınırlana-

⁶⁰ SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, SBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1982, s. 129.

⁶¹ SAĞLAM, a.g.e., s. 18-20.

bilmektedir⁶². Örneğin tüm insan hakları belgelerinde “işkence yasağı” mutlak hak olarak, hiçbir şekilde sınırlandırılmaz kabul edilmektedir. Öte yandan düşünce özgürlüğü, din ve inanç özgürlüğü gibi haklar kamu düzeni, kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlükleri gibi meşru nedenlerle sınırlandırılabilir kabul edilmektedir. Sınırlamanın öngörüldüğü hallerde, üç ilke öne çıkmaktadır: Birincisi, sınırlamanın belli nedenlere dayanması, yani meşru bir amaç taşımasıdır; kamu düzeni, kamu yararı, kamu güvenliği, genel ahlak, başkalarının hakları ve özgürlükleri vb. gibi. İkincisi, sınırlamanın yöntemidir; yasayla yapılması, ölçülü olması, belli bir dengenin gözetilmesi gibi. Üçüncüsü ise, sınırlamanın sınırdır; demokratik toplum düzeninde gerekli olma, hakkın özüne dokunmama gibi.⁶³

Günümüz insan hakları belgelerinde ve anayasalarda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler açısından ortak bir anlayışın doğduğu görülür. Özgürlüklerin sınırlandırılmasında uluslararası hukukun kabul ettiği ölçütler, günümüz anayasalarınca da kabul edilmiştir. Özellikle Türk Hukuku açısından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile 1982 Anayasası’nın sınırlama ve güvence ölçütleri arasında büyük paralellik vardır⁶⁴. Bu paralellik, hem Sözleşme’ye taraf olmanın getirdiği bir zorunluluk, hem de demokratikleşmenin bir koşulu olarak kurulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8-11. ve 4. protokolün 2. maddelerinde, birbirine benzer olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların “yasayla”, ilgili maddede belirtilen “meşru amaçlara dayanarak” ve “demokratik toplum da gerekli olduğu ölçüde” yapılabileceği belirtilir. 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde ise, temel hak ve özgürlüklerin, “özlerine dokunulmaksızın”, yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen “sebeplere bağlı olarak”, “kanunla”, “Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun”, “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine” ve “ölçülülük” ilkelerine aykırı olamayacağı ifade edilir.

Özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerin başında, yasallık ilkesi gelir. 1982 Anayasası’nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlandırabileceği şeklinde ifade edilen “yasallık ilkesi”, uluslararası insan hakları belgeleri ve bütün çağdaş anayasalarda yer alır. Yasallık ilkesi, “hukuk devleti” ve “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkelerinin

⁶² GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2002, s. 183-184.

⁶³ 1982 Anayasasının 13. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8-11. maddelerinde benzer şekilde aynı ölçülere rastlanmaktadır.

⁶⁴ SOYSAL, Mümtaz, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 43.

ayrılmaz parçasıdır⁶⁵. Sınırlamaların yasallığı, bireyler açısından sınırların öngörülebilen, devlet açısından ise uygulanabilir olmasını sağlar. Yasanın açıklığı ve ulaşılabilirliği de ilkenin tamamlayıcı unsurlarıdır. Yasallık ilkesi gereğince, özgürlüklere ilişkin sınırlamalar, kanun hükmünde kararname, tüzükler ve yönetmelikler gibi idarenin düzenleyici işlemlerinden değil, ancak yasadan kaynaklanmalıdır. Dolayısıyla iç hukukumuz açısından, yasal dayanağı olmayan bir sınırlamanın başka bir işlemle yapılması Anayasaya aykırı olacaktır.

Yasallık ilkesi açısından bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin yasayla kamusal alanda sınırlanabileceği açıktır. Ancak bu sınırlama başta yasallık ilkesine uygun olmalıdır. Bizde şekli kanun anlayışı geçerli olduğu için, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, kamusal alanda temel hak ve özgürlükler "ancak kanunla" sınırlanabilir. Başka bir ifade ile yasa ile öngörülmeyen bir sınırlama, tüzük, yönetmelik gibi idarenin düzenleyici bir işlemi ile yapılamaz.

Sınırlamaların nedene bağlılığı ilkesi ise, sınırlamanın ancak ilgili maddede gösterilen nedenlerle yapılabileceğini ifade eder. Anayasanın 13. maddesine göre, "Temel hak ve hürriyetler, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Çünkü her hakkın niteliğine uygun sınırlama nedenleri ilgili maddelerde tek tek sayılmıştır. Maddelerde sayılan sınırlama nedenlerinin başında, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gelmektedir. İlgili maddede herhangi bir sınırlama nedeni yoksa o hak sınırlanamaz demektir. Bu çerçevede amaç saptırma da yasaklanmıştır. Sınırlama hangi amaçla yapılacaksa o amacın dışına taşmamak gerekir.

Sınırlamaların nedene bağlılığı ilkesi açısından bakıldığında, kamusal alanın özgürlükleri sınırlamanın bir nedeni olarak kullanılamayacağı açıktır. Çünkü bir hakkın hangi nedenle sınırlanabileceği o hakkı düzenleyen maddede gösterilmektedir. Özgürlükler hukukunda "kamusal alan" özgürlükleri sınırlamanın nedeni olarak hiç kullanılmamıştır. Ne 1982 Anayasasında ne de Türkiye'nin taraf olduğu bir insan hakları belgesinde "kamusal alan" bir sınırlama nedeni olarak yer almamaktadır. Bu da kamusal alanın kendisinin özgürlüklerin sınırlanmasının bir nedeni olamayacağını göstermektedir. Başka bir ifade ile, kamusal alanın kendisini bir sınırlama nedeni saymak ve özgürlükleri yalnızca kamusal alan gerekçesiyle sınırlamak özgürlükler hukuku ile bağdaşmaz. Kamusal alanda özgürlükler sınırlanabilir, ancak bu

⁶⁵ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 1991, s. 10-12.

sınırlama ilgili hakkın niteliğine uygun ve hakkı düzenleyen maddede gösterilen meşru bir amaca dayanılarak yapılabilir.

Ölçülülük ilkesi, sınırlamanın amacı ile aracı arasındaki dengeyi gösterir. Haklar sınırlanırken sınırlamanın amacına elverişli araçlar kullanılmalı, gerekli olduğu kadar kullanılmalı ve orantılı davranılmalıdır⁶⁶. Özellikle ilkenin uygulanmasında bireyin menfaati ile kamusal menfaat arasındaki denge gözetilmelidir. Ölçülülük ilkesi açısından kamusal alanda özgürlüklere getirilecek sınırlamaların, elverişli, gerekli ve orantı olması gerekmektedir.

Sınırlamaların yasallığı, meşru amaca dayanması ve ölçülü olması, sınırlama yapacak organa kamusal alanda özgürlüklere müdahale ederken, verilen takdir yetkisini gösterir. Ancak sınırlamada önemli bir nokta da yapılacak sınırlamanın nereye kadar vardırılabacağı sorunudur. Sınırlamanın sınırını gösteren ölçütler ise, hakkın özüne dokunmama ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ilkeleridir.⁶⁷

Öz ilkesi, temel hak ve özgürlükler sınırlanırken, sınırlamaların hakkın kullanılmasını son derece zorlaştıracak ya da kullanılmasını imkânsız kılacak dereceye varmamasını ifade eder. Bu ölçüt, temel hakların dokunulmaz bir öze sahip olduğu varsayımına dayanır. Temel haklar sınırlanırken, sınırlamanın da bir sınırı vardır. O sınırlardan biri de, hakkın dokunulmaz alanı olan özüdür. Anayasa Mahkemesine göre,⁶⁸ “Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur.”

Öz ilkesi, kamusal alanın kendisinin özgürlükleri sınırlamada bir neden kabul edilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Eğer bir özgürlükler için kamusal alanın kendisini bir sınırlama nedeni sayarsak, o zaman özgürlüklerin yaşam alanı olan kamusal alanı, o özgürlük için tümüyle kullanılamaz hale getirmiş oluruz. Dolayısıyla kamusal alanda özgürlüklerin kullanılmasını son derece zorlaştıran veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, hakkın özüne dokunmama ilkesine aykırı olacaktır.

Kamusal alanda, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun, hakkın özüne dokunmadan, yasayla ve meşru bir amaçla sınırlama yapmak mümkünse de, yapılan sınırlama netice itibariyle, yine de demokratik toplumun gerekleri ile

⁶⁶ SAĞLAM, a.g.e., s. 110-128.

⁶⁷ Özgürlüklere ilişkin sınırlama kriterleri hakkında bk. KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, s. 242-245.

⁶⁸ AYM, E. 1962/208, K. 1963/1, KT. 4.1.1963, AYMKD I, s. 74.

bağdaşır olmalıdır. Anayasanın 13. maddesinde sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ifade edilmektedir.

Özgürlüklerin sınırlanması açısından, ulusal hukuk düzeni ile demokratik toplum düzeni birbirinden farklıdır. Bir devletin hukuk düzeni başta anayasa olmak üzere, diğer hukuk kurallarının oluşturduğu düzeni ifade eder. Oysa demokratik toplum düzeni, bir ülkenin hukuk düzeniyle sınırlı değildir. Demokratik toplum düzeni, hukuku da içine alacak şekilde, demokrasinin evrensel ilkelerine bağlı kalarak, toplum düzenini oluşturan diğer değerlerle birlikte oluşmaktadır. Dolayısıyla demokratik toplum düzeninin hem yerelliğinden hem de evrenselliğinden söz edilebilir⁶⁹.

Her ülkede, toplumsal düzenin dinamikleri ayrı olabilir. Özgürlüklerin sınırlanmasında, toplumun kendine özgü koşulları, sınırlamanın gereklerini farklılaştırabilir. Ancak, demokratik rejimi benimsemiş bir ülkede, toplumsal gereklilikler, demokrasinin evrensel ilkeleri esas alınarak belirlenmelidir. Bu çerçevede özgürlükler sınırlarken, uluslararası insan hakları hukukuyla belirlenmiş standartlar, sınırlama açısından maksimum ölçü kabul edilmeli, güvenceler açısından da, minimum ölçü olarak esas alınmalıdır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü işlevsel kılan, temel haklar açısından demokratik toplumla kurulan yakın ilişkidir. Bu ilişkinin önemli bir ayağı, demokratik toplumun nitelikleri ile ilgilidir. Demokratik toplumun her yerde geçerli kurucu unsurları olarak kabul edilen düşünce özgürlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik, temel haklara ilişkin sınırlamaların haklılığını belirlemede, önemli bir değerlendirme ölçütüdür. Demokrasinin özünde yer alan çoğulculuk ilkesi, özgürlüklerin var olabilmesinin temel koşuludur. Birlikte yaşamak zorunda olan bireyler, kendi farklılıklarıyla toplumsal yaşam içinde yer almak isterler. Farklılıkları ifade edebilmek de düşünce özgürlüğünün tanınmasından geçer. Toplumsal yaşamdaki farklılıklara tahammül, demokratik hoşgörü ilkesi ile açıklanır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi (TBKP) kararında çoğulcuğun demokrasi açısından, düşünce özgürlüğünün de çoğulculuk açısından ne anlama geldiğini şöyle açıklamıştır⁷⁰:

“Mahkeme’nin defalarca söylediği gibi çoğulculuk olmadan demokrasi de olmaz. Bu nedenle 10. madde ile düzenlenen ifade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen

⁶⁹ EREN, Abdurrahman, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul, 2003, s. 140.

⁷⁰ TBKP- Türkiye, Karar Sıra no. 868, KT. 30.01.1998, p. 43.

‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanır.”

Demokrasilerdeki çoğulculuk ilkesi, farklı düşünce ve inançların, tek başına ya da eğitim ve seçim yoluyla toplumda kendilerini ifade edebilmelerine olanak vermekle birlikte, çoğunluğu temsil eden düşünce ve inançların mutlak hâkimiyetine olanak vermez. Demokrasi, çoğunluğun görüşünün sürekli üstün olmasından ibaret değildir; tersine, azınlığın da haklarının tanınması ve üstün durumda olan tarafın, bu durumu istismar edememesi yönünden bir dengeyi gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, temel haklara yapılan bir müdahalenin haklı görülebilmesi için, demokratik bir toplum için yapılan müdahalenin gerekli olmasını aramaktadır. Gereklilik “toplumsal bir ihtiyaç baskısından” kaynaklanmalıdır. Böyle bir ihtiyacın gerçekten doğup doğmadığını değerlendirme konusunda, devletler Mahkeme’nin denetimine tabi bir “takdir marjı”na sahiptirler. Başka bir ifadeyle “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”ın belirlenmesi ve takdiri, ilke olarak öncelikle, ülke gerçekleriyle dolaşsız ve devamlı temasta olan ulusal makamlara aittir. Ulusal makamların takdir yetkileri de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetimine tabidir. Mahkeme, bu haklara ilişkin maddelerde gösterilen meşru bir amaca dayanılarak yapılan sınırlamalarda kullanılan araçların (yasak veya cezaları), gerçekten toplumsal bir ihtiyaç baskısının gereği olup olmadığını incelemektedir⁷¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, temel haklara yapılan müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu araştırırken; sınırlamanın hangi tür bir işlemle yapıldığı, meşru bir amacın kullanılıp kullanılmadığı, sınırlamanın hangi gereklilikten doğduğu, bu gerekliliğin ima ettiği zorunlu toplumsal ihtiyacın ne olduğu, zorunluluğu gösteren makul, yeterli ve objektif nedenlerin bulunun bulunmadığı ve orantılı davranılıp davranılmadığı yönlerini incelemektedir⁷².

Görüldüğü gibi özgürlükleri sınırlamanın sınırı olarak kullanılan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık gibi temel demokratik değerler üzerine kurulmuştur. Demokrasi ile kamusal alan arasındaki yakın ilişki göz önüne alındığında, bu ilkenin uygulanmasında benimsenen kamusal alan anlayışı etkili olacaktır. Dolayısıyla kamusal alanın niteliği, benimsenen demokrasi anlayışı ile yakından ilişkili olurken,

⁷¹ EREN, a.g.e., s. 183-185.

⁷² GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 292.

bunun sonucunda ortaya çıkacak demokratik toplum anlayışı da, özgürlüklerin sınırlarının sınırını çizirken pozitif bir ölçü olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Özgürlükler mekanı olarak kamusal alanın ne anlama geldiğine yönelik yaptığımız bu çalışmadan şu sonuçlar çıkarılabilir:

- Kamusal alan kavramı, özgürlükler hukukunda kullanılan bir kavram değildir. Felsefi ve sosyolojik temelli olan kamusal alan, bireylerin katılımına açık ortak bir iletişim ve etkileşim alanı olarak açıklanmaktadır. Bireye özgü mahrem alan dışında kabul edilen kamusal alan, özel mekanlarda da oluşabilmektedir. Dolayısıyla kamusal mekânlar dışında da kamusal alanların varlığı kabul edilmektedir. Bu nedenle kamusal mekân-özel mekan ayrımı; kamusal alan-özel alan ayrımı ile birebir örtüşmemektedir.

- Kamusal alan kavramı özgürlükler hukukunda doğrudan kullanılan bir kavram olmamakla birlikte, demokrasi ile arasındaki zorunlu ilişki, kamusal alanı dolaylı olarak özgürlükler mekanı kılmaktadır. Demokrasinin özünü oluşturan çoğulculuk, hoşgörü, açıklık gibi ilkeler üzerine oturan demokratik toplum düzeni; katılımcı, uzlaşmacı, şeffaf kamusal alanların oluşmasını sağlamaktadır. Demokrasi ile sağlanan bu niteliklere sahip bir kamusal alana kimlerin nasıl katılacağı, katılımın niteliği, aldığı biçim de benimsenen özgürlük rejimi ile yakından ilişkilidir.

- Demokratik bir toplum düzeninde hoşgörülü, katılımcı, uzlaşmacı ve çoğulcu kamusal alanlar, özgürlüklerin varlık sebebidir. Bu nedenle kamusal alanların kendisi özgürlüklerin sınırlanmasının bir nedeni olamaz. Kamusal alanlarda özgürlükler sınırlanabilir. Ancak bu sınırlamaların nasıl yapılacağı özgürlükler hukuku tarafından belirlenmiştir. Özgürlükler ancak kanunla, meşru bir nedene dayanarak, hakkın özüne dokunmadan, ölçülü bir şekilde ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadan sınırlanabilir. Başka bir ifade ile, "kamusal alanda özgürlükler sınırlanabilir; ancak kamusal alanın kendisi bir sınırlama nedeni olarak kullanılamaz."

KAYNAKÇA

BARBER, Benjamin. (1995), (Çev. Mehmet Beşikçi), Güçlü Demokrasi, (İstanbul: Ayrıntı Yayınları).

BENHABIB, Seyla. (1999), " Müzakereci Bir Demokratik Meşruiyet Modeline Doğru", (Der. Seyla Benhabib), Demokrasi ve Farklılıklar (İstanbul: Numune Matbaası):101-139.

- ÇAHA, Ömer. (2003), "Mahrem Kamusal Alan" Sivil Toplum, (Yıl:1, Sayı:2): 79-88.
- ÇELEBİ, Aykut. (2002), Avrupa: Halkların Siyasal Birliği, (İstanbul: Metis Yayınları).
- DOĞAN, Mehmet. (1996), Büyük Türkçe Sözlük, (Ankara: Bahar Yayınları).
- DOĞRU, Osman. (1998), İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları).
- DÖNER, Ayhan. (2003), İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı).
- ERDOĞAN, Mustafa. (2004), Anayasal Demokrasi, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 6. Bası).
- EREN, Abdurrahman. (2003), Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, (İstanbul, Beta Yayınları, 1. Bası).
- FERREE, Myra Marx/GAMSON, William A./ GERHARDS, Jürgen/RUCHT, Dieter. (2002), "Four models of the public sphere in modern democracies", Theory and Society 31:289-324.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih. (2001), İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, (İstanbul: Beta Yayınları, 3. Baskı).
- GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. (2002), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (Ankara: Turhan Kitabevi, 3. Bası).
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref. (2004) Anayasa Hukuku, (Ankara: Turhan Kitabevi, 13. Bası).
- GÜLMEZ, Mesut. (2004), Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Birinci Baskı).
- HABERMAS, Jürgen. (2003), Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü, Çevirenler: Tanıl Bora- Mithat Sancar, (İstanbul: İletişim, 5. Baskı).
- HAZIR, Hayati. (1990), Anayasa Hukuku Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, (Konya: Mimoza).
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2002), Özgürlükler Hukuku, (Ankara: İmge Kitabevi, 6. Baskı).
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2005), Anayasa Hukuku Dersleri, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2. Bası).
- KAPANI, Münci. (1998), Politika Bilimine Giriş, (Ankara: Bilgi Yayınevi, 5. Baskı).

- KÖMEÇOĞLU, Uğur. (2003), “ Kamusal Alan Kavramlaştırmasında Bazı Teorik Sorunlar”, *Sivil Toplum*, (Yıl:1, Sayı:2): 7-16.
- KU, Agnes S. (1998), “Boundary Politics in the Public Sphere: Openness, Secrecy, and Leak”, *Sociological Theory* (16:2 July): 172-192.
- MIBRATH, Lester W. (1997), *Political Participation; How and Why do People Get involved in Politics?*, (Ront Mc Nally College Pub.).
- NERONE, John. (1992), “The History of the Public Sphere”, *Journal of Communication*, (42,2):163-171.
- ÖNDERMAN, Murat. (1991), “Siyasal Elit Kavramı”, *Argumentum* (MÜHF Yayınları, Cilt 1, Sayı 11): 15-28.
- PAZARCI, Hüseyin. (1998), *Uluslar arası Hukuk Dersleri*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Bası).
- SAĞLAM, Fazıl. (1982), *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, (Ankara: SBF İnsan Hakları Merkezi Yayını).
- SARTORİ, Giovanni. (1993), (Çev. Tuncer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan), *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Ankara: Yetkin Yayınevi).
- SOYSAL, Mümtaz. (1987, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği”, (Ankara: Anayasa Yargısı):39-49.
- STICHWEH, Rudolf. (2003), “The Genesis of a Global Public Sphere”, *Society for International Development*, (46:1):26-29.
- TEZİÇ, Erdoğan. (1991), *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2. Bası).
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SANCAKDAR, Oğuz. (2004) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı).
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük*, 9. Baskı, Ankara:1998.
- UYVAL, Birkan. (1984), *Siyasal Katılma ve Katılma Davranışına Ailenin Etkisi*, (Ankara: TODAİE Yayınları).
- VOLKMER, Ingrid. (2003), “The Global Network Society and the Global Public Sphere”, *Society for International Development*, (46:1):9-16.
- YILMAZ, Ejder. (2003), *Hukuk Sözlüğü*, (Ankara: Yetkin Yayınları, Birinci Baskı).
- AYM, E. 1962/208, K. 1963/1, KT. 4.1.1963, AYMKD I, s. 74.