

T.C.  
TRAKYA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ



# **2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ BAĞLAMINDA 1982 ANAYASASI'NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI**

HEDİYE ÇOLAKKOL

TEZ DANIŞMANI  
YRD. DOÇ. DR. HAKAN SABRİ ÇELİKİYAY

EDİRNE  
2010

**Tezin Adı : 2001 Anayasa Değişiklikleri Bağlamında 1982 Anayasası'nda  
Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**

**Hazırlayan: Hediye ÇOLAKKOL**

**ÖZET**

İnsanlar hakları, anayasalarda düzenlenmiş biçimi ile temel haklar, insanların toplum halinde yaşamaya başladıkları andan itibaren varolan haklardır.

İnsanlarla diğer canlılar arasındaki farklılığı açıkça ortaya koyan temel hak ve özgürlükler, Anayasalarda güvence altına alınmıştır. Temel hak ve özgürlükleri Anayasalarda tek tek belirtmek yeterli olmamış, toplum içinde yaşayan bireylerin hak ve özgürlükleri arasındaki olası bir çatışmayı engellemek için de bu hak ve özgürlükleri sınırlama gereksinimi ortaya çıkmıştır.

Sınırlama rejiminde otorite ve özgürlük ikilisinden hangisine ağırlık verilmesi gerektiği Anayasaların çözümlemesi gereken asli problemlerden biri olmuştur. “Özgürlük kural, sınırlama ise istisnadır.” Kuralından hareketle yürürlüğe girdiği günden itibaren toplumun farklı kesimlerinden ağır eleştirilere maruz kalan 1982 Anayasası, 2001 yılına gelene kadar beş kez değişikliğe uğramıştır. 2001 Anayasa değişiklikleri ile sınırlama rejimini belirleyen 13. madde de değişikliğe uğramış, ama eleştiri konusu olmaktan kurtulamamıştır.

**Anahtar kelimeler:** temel hak ve özgürlükler, temel hakların sınırlanması, 1982 Anayasası, 4709 sayılı kanun, 13. madde.

**Name of Thesis: Restriction of Fundamental Rights and Freedoms  
in 1982 Constitution in the Light of 2001 Amendments.**

**Prepared By: Hediye ÇOLAKKOL**

**ABSTRACT**

Human rights and fundamental rights with their form regulated in constitutions are the rights which have existed since the mankind started to live in masses.

Fundamental rights and freedoms which lays bare the difference between humans and other living things are assured in constitutions. Indicating fundamental rights and freedoms in constitutions one by one have not been enough, thus the necessity to limit these rights and freedoms in order to prevent a possible conflict of the rights and freedoms of individuals who live in the society.

From authority and freedom, which one to give weight to in the regime of restriction has been one of the main problems which constitutions have to solve. Having received heavy criticism of different fractions from the point of the rule "Freedom is a rule, and restriction of freedom an exception."since the day it came into force, 1982 Constitution had been amended five times until 2001. Clause 13 which regulated the restriction regime was also amended in 2001 Amendments to the Constitution but still it could not manage to elude criticism.

**Keywords:** fundamental rights and freedoms, restriction of fundamental rights, 1982 Constitution, law no. 4709, Article 13.

## ÖNSÖZ

Temel haklar, pozitif hukuk tarafından güvence altına alınan, yasama ve yürütme organlarının tasarrufları ile kolayca kaldırılamayan haklar olarak tanımlanabilir. Tüm toplumlarda bireyler arasındaki olası çatışmaları engellemek amacı ile temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ya da sınırlanması hukuki bir zorunluluk halini almıştır. Sınırlama aynı zamanda devletin ve toplumun var olabilmesi ve sürekliliğinin sağlanması için de kaçınılmaz bir zorunluluk teşkil etmektedir. Demokratik toplumlarda, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir, bu sınırlandırma sınırsız, keyfi bir şekilde olmamalı ve temel hak ve hürriyetler bütünüyle yok edilmemelidir. Yani sınırlandırmanın da sınırları olmalı, sınırlandırma birtakım şartlara bağlanmalıdır.

2001 Anayasa değişikliklerine kadar temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu Anayasalarımızda yer almış, sınırlamanın usulü ve yöntemlerine 1961 Anayasası başta olmak üzere 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde de yer verilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının yer aldığı Anayasamızın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik literatürde de "radikal reform" olarak adlandırılmış, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda yapılan bu sistem değişikliğinin daha iyi anlaşılabilmesi, Türk Anayasalarında bu konuya ilişkin daha önceki düzenlemelerin günümüzde varolan mevcut düzenleme ile karşılaştırılarak mevcut hukuksal durumun uygulamada doğuracağı yeniliklerin irdelenmesi açısından bu tezi hazırlama ihtiyacı doğmuştur.

Tez çalışmamız süresince kaynak sıkıntısı ile karşılaşılmamış, 2001 Anayasa değişikliklerine kadar varolan düzenlemeler incelenirken konuyla ilgili kitap ve makalelerden yararlanılmış, 2001 değişiklikleri sonrası temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda mevzuat ve anlayış değişikliğinin anlaşılabilmesi için makalelerden faydalanılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarına ve öğretilerdeki görüşlere de yer verilerek mevcut durumun uygulamada doğuracağı değişikliklere bilimsel bir bakış açısı kazandırmak amaçlanmıştır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları

Mahkemesi kararlarına da değinilerek, Anayasa Mahkemesi kararları ile farklılık ve benzerliklerin anlaşılması hedeflenmiştir.

Tez çalışmamızda, 14. maddede yer alan temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması ve 15. maddede yer alan olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konuları başlıbaşına ayrı birer çalışma konusu olabilecek nitelikte görüldüğü için kapsam dışında tutulmuştur.

Tezimizin hazırlanması süresince desteğini ve yardımlarını esirgemeyen Hocam, Sayın Yrd. Doç. Dr. Hakan Sabri Çelikyay'a, bu zorlu süreçte, her aşamada, sabrından dolayı eşim Mehmet Çolakkol'a, çocuklarım Ziya ve Zeynep'e teşekkürlerimi sunuyorum.

## İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	1
ABSTRACT.....	11
ÖNSÖZ.....	111
İÇİNDEKİLER.....	v
GİRİŞ.....	1
PROBLEM.....	3
AMAÇ.....	2
ÖNEM.....	2
SINIRLAMALAR.....	5
KISALTMALAR.....	6

## BİRİNCİ BÖLÜM

1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI VE 1982 ANAYASASI'NDAN ÖNCE TÜRK ANAYASALARINDA DURUM.....	7
1.1. Temel Hak ve Özgürlük Kavramı.....	7
1.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	9
1.2.1. Düzenleme Sınırlama Farklılığı.....	10
1.3. Temel Hak ve Özgürlükleri Sınırlama Yöntemleri.....	12
1.3.1. Anayasal Sınırlamalar.....	12
1.3.2. Yasal Sınırlamalar.....	14
1.3.2.1. Basit Yasa Kaydıyla Sınırlama.....	15
1.3.2.2. Nitelikli Yasa Kaydıyla Sınırlama.....	15
1.4. 1982 Anayasası'ndan Önce Türk Anayasalarında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	16
1.4.1. 1924 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	17
1.4.2. 1961 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	19
1.4.2.1.1961 Anayasası'nın 11. Maddesinin Genel Bir Sınırlama Hükmü Getirdiğini Savunan Görüş.....	21

1.4.2.2.1961 Anayasası'nın 11. Maddesinin Genel Bir Sınırlama Hükmü Getirmediğini Savunan Görüş.....	22
1.4.2.3. Kademeli Sınırlama Anlayışı.....	23
1.4.2.4. Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü.....	23
1.4.3. 1971 Değişiklikleri Sonrasında 1961 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	25

## İKİNCİ BÖLÜM

2. 1982 ANAYASASI'NIN ÖZGÜN HALİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI.....	27
2.1.1982 Anayasası'nın Temel Haklar Konusundaki Yaklaşımı.....	27
2.2.1982 Anayasası'nın 13. Maddesi.....	29
2.3. Anayasa'nın 13. Maddesine Göre Sınırlamanın Sınırı ve Usulü.....	32
2.3.1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması İlkesi.....	33
2.3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kanunilik İlkesi.....	37
2.3.1.2. Anayasa Mahkemesi'ne Göre Kanunilik İlkesi.....	39
2.3.2. Nedene Bağlılık İlkesi.....	40
2.3.2.1. Genel Sınırlama Nedenleri.....	41
2.3.2.1.1. Devletin Ülkesi Ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğünün Korunması.....	41
2.3.2.1.2. Milli Egemenliğin Korunması.....	43
2.3.2.1.3. Cumhuriyetin Korunması.....	43
2.3.2.1.4. Milli Güvenliğin Korunması.....	44
2.3.2.1.5. Kamu Düzeninin Korunması.....	44
2.3.2.1.6. Genel Asayişin Korunması.....	45
2.3.2.1.7. Kamu Yararının Korunması.....	45
2.3.2.1.8. Genel Ahlakın Korunması.....	47
2.3.2.1.9. Genel Sağlığın Korunması.....	48
2.3.2.2. Özel Sınırlama Nedenleri.....	48
2.3.3. Anayasanın Sözüne Ve Ruhuna Aykırı Olmama.....	49

2.3.4. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama.....	53
2.3.4.1. Öğretide Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama İlkesi.....	55
2.3.4.2. Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Toplum Düzeni Anlayışı.....	59
2.3.4.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Demokratik Toplum Düzeni Anlayışı.....	66
2.3.5. Ölçülülük İlkesine Aykırı Olmama.....	69
2.3.5.1. Ölçülülük İlkesinin İçeriği.....	71
2.3.5.1.1. Elverişlilik İlkesi.....	72
2.3.5.1.2. Gereklilik İlkesi.....	73
2.3.5.1.3. Oranlilik İlkesi.....	74
2.3.5.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Ölçülülük İlkesi...	76
2.3.5.3. Anayasa Mahkemesi'ne Göre Ölçülülük İlkesi.....	79
2.3.5.4. Öğretide Ölçülülük İlkesi.....	85

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ BAĞLAMINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI.....	90
3.1. 1982 Anayasası'nı Değiştirme İhtiyacı.....	90
3.2. 2001 Anayasa Değişiklikleri Öncesinde Yapılan Değişiklikler.....	92
3.3. Genel Olarak 2001 Anayasa Değişiklikleri.....	96
3.4. 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonucunda 1982 Anayasası'nın 13. Maddesi ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	105
3.4.1.13. Maddenin Genel Sınırlama Maddesi Olma Niteliğini Kaybetmesi.....	108
3.4.2. Sınırlamanın Kanunla Yapılması.....	111
3.4.3. Anayasanın Sözüne Ve Ruhuna Aykırı Olmama.....	112
3.4.4. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama.....	114
3.4.5. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmama.....	115



3.4.6. Ölçülülük İlkesine Aykırı Olmama.....	121
3.4.7. Öze Dokunma Yasağı.....	127
3.4.7.1. Öğretide Öze Dokunmama Ölçütü.....	129
3.4.7.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Öze Dokunma Yasağı.....	133
3.5. Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu.....	137
SONUÇ.....	144
KAYNAKÇA.....	148

## GİRİŞ

Tarihin ilk çağlarından itibaren insanlar, çeşitli ihtiyaçların zorlaması sonucu toplum halinde yaşamaya başlamışlardır. Topluluk halinde yaşam, belli bir otoriteye boyun eğmeyi de gerektirmiş, insanlar bu otoritenin çatısı altında sahip oldukları haklarını özgürce kullanmışlardır. Uzun bir tarihsel süreç sonucunda insanların sahip oldukları hakların mutlak ve sınırsız olamayacağı, bu durumun toplumda kargaşaya neden olacağı kabul edilmiş, toplumda huzur, güven ve düzeni sağlama görevi devlete verilmiştir. Devletin düzen ortamını oluşturabilmesi de insan haklarının belirli ölçüde sınırlanmasını zorunlu kılmıştır. Bir taraftan toplumsal düzeni sağlama diğer taraftan ise insan haklarını toplumsal otoriteye karşı koruma anayasalarda çözümlenmesi gereken en temel problemlerden biri olmuştur. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nda 2001 yılında gerçekleştirilen değişikliklerin önemli bir kısmının temel hak ve hürriyetler ve bunların sınırlanması üzerine olması, konunun güncelliğini halen koruduğunu göstermektedir.

Bu çalışmamızda 2001 Anayasa değişiklikleri bağlamında 1982 Anayasası'nda olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu işlenmiş, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusuna değinilmemiştir. Konuda bütünlüğü sağlayabilmek için 1924 ve 1961 Anayasalarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi üzerinde durulmuş, 2001 Anayasa değişikliklerine gelinen süreçte uygulamadaki farklılıkların daha iyi anlaşılabilmesi için Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanılmıştır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde temel hak ve özgürlük kavramı üzerinde durularak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kavramına değinilmiş, 1982 Anayasası'ndan önce Türk Anayasalarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu ele alınmıştır. 1924 ve 1961 Anayasalarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına yer verilen bu bölümde Anayasalarımızda sınırlamaya ilişkin sistem farklılığı gözler önüne serilmiştir. İkinci bölümde ise, 1982 Anayasası'nda, 13. maddenin özgün halinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması

konusu işlenmiştir. 1982 Anayasası görüleceği üzere temel hakların sınırlanması konusunda önceki Anayasalarımızdan oldukça farklı bir düzenleme getirmiştir. Üçüncü bölümde ise, 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına yer verilmiş, sınırlama nedenleri ve ilkeleri tek tek incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca konu ile ilgili tartışmalara yer verilerek, mevcut hukuksal durumun doğuracağı yenilikler üzerinde durulmuştur. Sonuç bölümünde ise tezimizin tamamına ilişkin olarak genel bir sonuca ulaşılmıştır.

## PROBLEM

Temel haklar, pozitif hukuk tarafından güvence altına alınan, yasama ve yürütme organlarının tasarrufları ile kolayca kaldırılamayan haklar olarak tanımlanabilir. Bir bakıma temel haklar, insan haklarının pozitif hukuk tarafından düzenlenmiş şeklidir. Tüm toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ya da sınırlanması hukuki bir zorunluluktur. Düzenleme bir hak ve hürriyetten yararlanma amacıyla yapılırken, sınırlama ise bir hak ve özgürlüğün kötüye kullanılmasını engellemek için yapılmaktadır. Sınırlama aynı zamanda devletin ve toplumun var olabilmesi ve sürekliliğinin sağlanması için de kaçınılmaz bir zorunluluk teşkil etmektedir. Demokratik toplumlarda, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir, bu sınırlandırma sınırsız, keyfi bir şekilde olmamalı ve temel hak ve hürriyetler bütünüyle yok edilmemelidir. Yani sınırlandırmanın da sınırları olmalı, sınırlandırma birtakım şartlara bağlanmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu 1961 ve 1982 Anayasalarında en çok tartışılan konulardan olmuştur. 1924 Anayasası dönemine kıyasla 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin de verdiği kararların etkisi ile konu daha da önem kazanmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde düzenlenmektedir. 1982 Anayasası'nın ilk şekliyle 13. madde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sistemini belirleyen bir çerçeve madde niteliğindedir. 13. maddede öngörülen şartlar, bütün diğer maddelerde düzenlenen temel hak ve hürriyetlere uygulanabilir niteliktedir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması, 13. maddenin öngördüğü şartlar ve sınırlar dahilinde mümkün iken, yine sınırlamanın güvenceli bir sisteme bağlanıp bağlanmadığı 13. maddedeki şartlara göre belirlenmektedir.

1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesi, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Kanun ile "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın

sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklinde değiştirilmiştir. Yeni şekliyle madde, eskisine nazaran birtakım yenilikler içermekle birlikte, bir taraftan da maddenin eski şeklinde olan bazı özellikleri de yürürlükten kaldırmıştır. Değişikliğin yapıldığı 2001 yılından günümüze değin, yeni şekliyle 13. madde, gerek temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını, gerçekleşmesi çok zor şartlara bağladığı ve hürriyet- otorite dengesini hürriyetten yana bozduğu, gerekse maddenin genel sınırlama özelliğini yitirmesi nedeni ile bazı hak ve özgürlükleri sınırlamanın mümkün olamayacağı şeklinde pek çok eleştiri ile karşılaşmıştır. Söz konusu değişiklik öğretilerde tartışmalara neden olurken, uygulamada da yenilikleri beraberinde getirmiştir.

## **AMAÇ**

1-Temel hak ve özgürlük kavramının tanımı, sınırlanması üzerinde durularak,

2-1982 Anayasası öncesinde Türk Anayasalarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ele alınarak,

3-1982 Anayasası'nın ilk şeklinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması Anayasa Mahkemesi Kararları ışığında incelenerek,

4-Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasındaki durum, Anayasa Mahkemesi Kararları ve öğretilerdeki görüşler dikkate alınarak, mevcut durumun uygulamada doğuracağı değişikliklere ilişkin bilimsel bakış açısı kazandırmaktır.

## **ÖNEM**

2001 Anayasa değişiklikleri ile birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda sistem değişikliğine gidilmiştir. 2001 Anayasa değişiklikleri ışığında 1982 Anayasası'ndaki sınırlama rejiminin kavranması, Türk Anayasalarında bu

konuya ilişkin daha önceki düzenlemelerin karşılaştırılarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda mevzuat ve anlayış değişikliğinin anlaşılması ve mevcut hukuksal durumun uygulamada doğuracağı yeniliklerin irdelenmesi açısından önem teşkil etmektedir.

## **SINIRLAMALAR**

Bu araştırmada zaman yetersizliğinden dolayı, sadece olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sorunu üzerinde durulmuş, olağanüstü hal ve sıkıyönetim rejimlerinde, temel hak ve özgürlüklerin durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanması konusuna değinilmemiştir.

## KISALTMALAR

<b>AB</b>	: Avrupa Birliği
<b>AİHD</b>	: Avrupa İnsan Hakları Divanı
<b>AİHK</b>	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>akt.</b>	: Aktaran
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>AYMKD</b>	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
<b>BM</b>	: Birleşmiş Milletler
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CMUK</b>	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
<b>E.</b>	: Esas
<b>K.</b>	: Karar
<b>KT.</b>	: Karar Tarihi
<b>md.</b>	: madde
<b>RG</b>	:Resmi Gazete
<b>S.</b>	: Sayı
<b>sf.</b>	: sayfa
<b>TBB</b>	: Türkiye Barolar Birliği
<b>TBMM</b>	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>TC</b>	: Türkiye Cumhuriyeti
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>vs.</b>	: ve saire

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI VE 1982 ANAYASASI'NDAN ÖNCE TÜRK ANAYASALARINDA DURUM**

Bu bölümde, genel olarak temel hak ve özgürlük kavramına değinilip, düzenleme sınırlama arasındaki farklılığa yer verilerek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlama yöntemlerinden hareketle 1924 ve 1961 Anayasalarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu açıklığa kavuşturulacaktır.

#### **1.1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMI**

Temel hak ve özgürlük kavramları 1961 Anayasası'ndan başlamak üzere 1982 Anayasası'nda da yer bulmuş olmasına karşın, öğretilerde farklı anlamlar verilerek yorumlanmıştır.

Öğretilerde “temel haklar “ kavramının tanımı ve kapsamı üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Münci Kapani gibi bazı yazarlar temel hakların bazen insan hakları kavramının karşılığı olarak kullanıldığını savunmaktadırlar. Fakat yazarların çoğu, bu iki kavram arasında önemli bir farkın varlığına işaret etmektedir. Bu fark, “temel hakların” pozitif hukuk kaynaklı bir kavram olmasına karşılık, “insan haklarının” pozitif hukuku aşan, onun dışında ve üstünde bir kavram olması şeklinde ifade edilebilir. İnsan hakları kavramı, hakların uygulamada kazandığı değerden çok “ideal bir haklar listesini”, “ulaşılacak hedefler programını” deyimlemesi nedeni ile bu alanda kullanılan kavramların en genişidir. Temel haklar ise, anayasalarda düzenlenen, güvence altına alınan insan hakları olarak tanımlanabilir (Uygun,1992: 4).

Gönen'e göre, insan hakları anayasalarda somutlaşınca temel haklar haline gelirler. Başka bir deyişle temel haklar, insan hakları kataloğundan pozitif hukuk



metinlerine geçen, somut özelliği belirgin haklardır. Kısaca, insan hakları, mevzuatla ya da yargı kararıyla tanındığında temel hak niteliğini kazanmaktadır (Gönen, 2006:351). Başka bir ifade ile temel haklar ve özgürlükler, devlete karşı bireye maddi ve manevi varlığını korumak ve geliştirmek için bir hareket alanı ve temelleri sağlamak yanında, toplumun ve onun oluşturduğu devletin işleyişinin temeli olan hukuksal durumlar olarak da tanımlanabilir. Buna göre temel hak ve özgürlükler demokratik toplum düzeninin ”olmazsa olmaz” koşullarıdır (Rumpf, 1995:124) .

Temel hak ve özgürlükler alanında “özgürlük”, “hak”, “insan hakları”, “kamu hürriyetleri”, “kişi hakları”, “vatandaş hakları”, “temel haklar”, “anayasal haklar” gibi değişik terimler kullanılmaktadır. Çoğunlukla bunlar eş anlamlı kullanılan kavramlar olmasına rağmen, aralarında birtakım farklılıklar vardır (Gözler, 2008:217). Hak, hukukun kişiye tanıdığı bir şeyi isteyebilme yetkisidir. Başka bir deyişle kişinin hukukça korunan çıkarıdır. Yaşam hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, kişinin özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı, mülkiyet hakkı, sosyal ve ekonomik haklar gibi. Özgürlük ise, kişinin hukukça yasaklanmayan bir alanda, hiçbir baskı altında kalmadan kendi istencine ve kararlarına göre davranabilmesidir; düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü gibi (Tanör-Yüzbaşıoğlu, 2006:121). Gözler’e göre, hürriyet soyut bir kavram iken, hak somuttur. Dolayısıyla hak hürriyetin uygulanması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Haklar mahkeme önünde ileri sürülebilmektedir. Hürriyetlerin gerçekleşmesi için başkalarının ve devletin bir şey yapmaması gerekirken, hakkın gerçekleşmesi için ise, diğer kişilerin veya devletin hak sahibi kişi lehine birtakım edimlerde bulunması gerekir. Hakkı gerçekleştiren fiil, hak sahibinin değil, başka kişilerin ve devletin fiilidir (Gözler, 2008:219).

Pozitif hukuk metinlerinde genellikle bir arada kullanılan bu kavramlar arasında öğretilerde farklılıklar olduğu ileri sürülse de, bu çalışmada hak ve özgürlük kavramları arasında anlam yönünden bir ayırım yapılmamıştır.

## 1.2. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI

Tanımı gereği, bir hakkın sınırlanması demek, onun kapsamı içinde olması gereken bazı etkinliklerin dışlanması, hakkın koruma alanının dışına çıkarılmasını ifade etmektedir. Anayasa Hukuku doktrininde buna hakkın “norm alanının” daraltılması adı verilmektedir (Erdoğan, 2007:192) .

Her hak ve özgürlüğün kendi niteliğinden doğan, onun norm alanını belirleyen nesnel ve doğal sınırları vardır. Bunlar hukuk tarafından yabancı cisim muamelesi görür ve korunma dışı bırakılır. Düşünce, bilim ve sanat özgürlükleri demokrasilerde kural olarak, içerikleri bakımından sınırsızdır. Ama bunlar hakaret, iftira, sövme, şeref ve haysiyete saldırı, suça kışkırtma haline dönüştüklerinde artık norm alanı dışına kaymış olurlar ve koruma görmezler. Burada sözü edilen sınırlamalar bu gibi doğal kayıtlama ve yasaklamalar değildir (Tanör, 2000:48-49) .

Doğal kayıtlama ve sınırlamalar bir tarafa bırakılacak olursa, toplum hayatında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kaçınılmazdır. Sınırsız, mutlak özgürlük kavramı toplum ve devlet hayatı içinde yer alamaz. Devletin ve toplumun varolabilmesi ve sürekliliğinin sağlanması için özgürlüklerin sınırlandırılması kaçınılmaz bir zorunluluk teşkil etmektedir (Gözler, 2008:224). Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin soyut Anayasa kuralları olmaktan çıkarılması, kullanılabilir ve uygulanabilir hale getirilmeleri, yani kişi bakımından pratik değer taşıyabilmeleri için sınırlarının belirtilmesi, kullanma yollarının gösterilmesi gerekir. Bundan dolayı, anayasalar, bir yandan temel hak ve özgürlükleri tanıırken, diğer yandan da bunların toplumsal barış içinde kullanılmasını düzenleyen ve bunların sınırlarını belirleyen kural ve güvenceleri de belirlerler. Anayasaların tanıdığı hak ve özgürlükler listesi birbirinden az ya da çok farklı olduğu gibi; sınırlama neden, yöntem ve ölçüleri de birbirinden farklıdır. Hatta aynı ülkede değişik anayasalarda da farklılıklar olabilir. Bu anlamda anayasalardan biri diğerinden daha az ya da daha fazla özgürlükçü olabilir (Yüzbaşıoğlu, 1993:205) .

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma gerekçesi olarak, temel hak sahibinin, temel hak ve özgürlükleri denetimsiz ve aşırı kullanmasının, kamu yararıyla ve diğer temel hak sahiplerinin haklarıyla çatışabileceği, bu nedenle de temel haklara müdahale edildiği, temel hakların kullanımına sınırlar çizildiği ileri sürülmektedir (Gören, 2006:365).

### **1.2.1. Düzenleme-Sınırlama Farklılığı**

Temel hak ve özgürlüğün koruma alanı içinde kalan bir kullanım biçiminin, kişi tarafından kullanımının devletçe yasaklanması durumunda, devletin temel hak ve özgürlüğü sınırlaması sözkonusudur (Gören, 2000:87).

Düzenleme, hukuk belgelerinde tanınan hak ve özgürlükleri uygulamaya koyma aracıdır. Sınırlama ise, hak ve özgürlüklerin kullanım alanlarının daraltılmasıdır (Kaboğlu, 2005: 239).

Öğretide düzenleme ve sınırlamanın aynı anlama gelip gelmediği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Fazıl Sağlam'a göre, kanunkoyucunun temel haklar alanında yapacağı her sınırlama bir düzenleme iken, her düzenlemeyi bir sınırlama sayma imkanı yoktur. Oysa, Turan Güneş ve Rona Aybay'a göre, her düzenleme aynı zamanda bir sınırlamadır (akt. Vuraldoğan, 2005:3).

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde verdiği çeşitli kararlarında da düzenleme ve sınırlamanın farklı kavramlar olduğuna işaret edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde, Anayasa'nın sendika özgürlüğünü düzenleyen 46. maddesi ile ilgili verdiği bir kararında, "Anayasa bu hakkın sadece düzenlenmesi görevini kanunkoyucuya vermiş olduğundan yapılacak düzenleme, kamu hizmeti gereklerinin zorunlu kıldığı düzenlemeler dışında, hakkın gereği gibi kullanılmasına olanak sağlayacak ortamın koşulların belirlenmesinden ibaret kalmalıdır. Yoksa düzenleme yetkisinin, demokratik bir düzen içinde sendikalardan beklenen erek ve yararların yok olmasını

sınırlandıracak nitelikteki sınırlama ve kayıtlamalarla, hakkın tümünün ortadan kaldırmaya veya engellemeye kadar varabileceği ve bu suretle sendikaların sadece göstermelik bir kuruluş hüviyetine indirebilecek genişlikte kullanılabilmesini düşünmeye olanak yoktur.” diyerek, düzenleme ve sınırlama kavramlarının Anayasa’da farklı anlamlarda kullanıldığına işaret etmiştir (Esas(E.)1969/27, Karar(K.)1969/64, Karar Tarihi(KT.) 11.11.1969, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi(AYMKD), Sayı(S.).8, sayfa(sf.) 137).

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, düzenlediği maddede sadece düzenleme kavramına yer verilen temel hak ve özgürlüklerin 13. maddeye dayanılarak sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Ancak, Bağ-kur Yasası kapsamındaki sigortalıların, hastane veya klinikte yatarak tedavi gerektiren hastalığın 6 ayı geçmesi durumunda, sigortanın sadece ilk 6 ayı kapsayacağı şeklindeki düzenlemeyi iptal ederken, anılan düzenlemeyi Anayasa’nın 17 ve 56. maddeleri yönünden incelemiş, “Anayasa’nın 56. maddesiyle, devlete herkesin hayatının, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarının hizmetlerini denetleme ve organize etme gibi görevler verilmiştir. Devlet bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal güvenlik kurumlarını oluşturarak, onlardan yararlanarak ve onları denetleyerek yerine getirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleşmesinde, bu hakkı sınırlayıcı, yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler 56. maddede yer alan kurallara aykırı düşer.” diyerek, temel hak ve özgürlüğü sınırlayan düzenlemeyi iptal etmiştir (E. 1996/17, K. 1996/38, KT. 16.10.1996, AYMKD, S.33/1, sf.158). Burada dikkati çeken husus 13. madde ile ilgi kurulmamasıdır. Mahkeme diğer kararlarında olduğu gibi anılan anayasa hükmünün 13. maddeye dayanılarak sınırlanabileceği ancak yasanın 13. maddenin öngördüğü ilkelere aykırı olduğu gerekçesiyle de iptali yoluna gidebilecekken, farklı bir tutum benimsemiştir (Vuraldoğan, 2005: 8).

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere düzenleme ve sınırlama kavramları farklı anlamlara gelmektedir. Anayasa’nın sadece düzenleme kavramına yer verdiği temel hak ve özgürlükler kanunkoyucunun sadece düzenleme yapması gereken hak ve özgürlüklerdir. Anayasa’da sadece düzenleme yapılması istenirken

sınırlama yapılması ise Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Anayasa'nın 50. maddesinde ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. İlgili kanun anılan hakları düzenlerken, belirli bir dönemde izin kullananların belli bir oranı geçemeyeceği şartını koymak zorundadır. Aksi takdirde çalışılan yerdeki hizmetlerin durması sonucuyla karşılaşılabilir. Halen yürürlükte olan kanunda da benzer bir düzenleme vardır.

### **1.3. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ SINIRLAMA YÖNTEMLERİ**

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başlıca iki yöntem uygulanmaktadır. Bunlardan birincisi, Anayasa'nın doğrudan kendisi tarafından getirilen sınırlamalar, ikincisi ise kanunkoyucunun takdirine bırakılan yasal sınırlamalardır.

#### **1.3.1. Anayasal Sınırlamalar**

Bir temel hak ve özgürlüğün yasama organının takdirine bırakılmadan doğrudan anayasanın kendisi tarafından sınırlandırılması durumunda anayasal sınırlamadan söz edilir (Yüzbaşıoğlu,1993:214). Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri bizzat sınırlaması, daha çok yasaklama hükümleri şeklindedir. Çok sayıda madde ve detaylı hükümler içeren, özellikle tepki anayasalarında, anayasal sınırlamalara daha çok yer verilmektedir (Tanör, 2000: 49) . Anayasal sınırlamalar, soyut ve somut yasaklar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Soyut yasaklar, içerikleri tam olarak belirlenmemiş olan yasaklardır. Soyut yasaklar kanunkoyucu tarafından somutlaştırılmadıkça uygulanmaları mümkün değildir. Anayasa'nın 13. maddesine yer alan “Kanunla sınırlama” ve “kanunilik” ilkeleri buna engeldir (Tanör-Yüzbaşıoğlu, 2006:121). Anayasa'da yer alan soyut nitelikli sınırlamalara örnek olarak; temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağını düzenleyen 14. maddesini, kamu kurumu niteliğindeki meslek

kuruluşlarının faaliyet ve çalışmalarına sınırlamalar getiren 135. maddesini göstermek mümkündür (Sağlam, 2002: 237) .

Anayasa Mahkemesi, soyut gibi görünen yasaklara dayanarak karar verebilmektedir. Örneğin, yabancılara mülk satışını öngören hükmün iptalinde, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan “Hiçbir düşünce ve mülhazanın Türk milli menfaatlerinin(...) karşısında korunma göremeyeceği” ifadesine dayanılmıştır (E.1985/14, K.1985/7, KT.13.06.1985, AYMKD, S. 21, sf. 153 vd.) .

Somut yasaklar ise, kendiliklerinden ve doğrudan uygulanabilecek kadar açık ve seçik olanlardır. Soyut yasakların kanunkoyucu tarafından somutlaştırılmadıkça uygulanmaları mümkün değil iken, somut yasakların –ceza yargısı dışında- (kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince) doğrudan uygulanması mümkündür. Anayasamızda somut yasaklara örnek olarak, seçme seçilme hakkına ilişkin 67. madde, siyasi partilerin uyacakları esasları belirleyen 69. madde, grev ve lokavt hakkına ilişkin 54. madde, idari yargı yoluna kısıtlamalar getiren 125/2. ve 159/4. maddeler gösterilebilir (Sağlam, 2002:237).

Anayasal sınırlamaların en belirgin özelliği, kanunkoyucunun bu konularda aksi bir düzenleme yapma yetkisinin bulunmamasıdır. Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda; “Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca temel bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağı ilkesi, temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan... Anayasa'nın öngördüğü bir temel hak ve özgürlüğün yine Anayasaca sınırlandırılması durumunda Anayasa'nın 11. maddesinin uygulanma yeri olamaz” ifadesine yer vermekle anayasal sınırlamaların kanunkoyucunun takdirine bağlı sınırlamalardan farklı olduğunu ortaya koymuştur (E.1969/31, K.1971/3, AYMKD, S 9, sf. 131) .

Anayasal yasaklara aykırı olarak temel hakları genişleten bir yasal düzenleme Anayasa Mahkemesi önüne getirildiğinde, Mahkeme geleneksel konumuna ters bir işlev görmek durumunda kalacaktır: Demokratik hukuk devletinde özgürlüklerin

koruyucusu ve güvencesi olarak bilinen Anayasa Mahkemesi, bu gibi durumlarda, Anayasa’da öngörülen yasaklara dayanmak, bu yasaklara aykırı olarak hak ve özgürlükleri genişleten düzenlemeleri iptal etmek durumunda kalacaktır (Uygun, 1992:83) .

Görüldüğü üzere temel hak ve özgürlüklerin alanlarını daraltıcı etki yapan anayasal sınırlamalar, ancak anayasa değişikliği ile aşılabilecektir ve böylece temel hak ve özgürlüklerin alanı genişletilecektir.

### **1.3.2. Yasal Sınırlama**

Hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda Anayasa, yasama organına geniş yetkiler tanımıştır (Tanör-Yüzbaşıoğlu,2000:123).

Temel hak ve özgürlük, çoğu zaman düzenlendiği anayasa maddesinde sınırlanmamakta; ilgili temel hak ve özgürlüğü sınırlama imkanı, daha geniş yetkilerle kanunkoyucuya bırakılmaktadır (Vuraldoğan, 2005:7) .

Teknik olarak sınırlama, belli bir hakkın anayasaca öngörölmüş ya da belirlenmiş bulunan norm alanına yasa yoluyla (veya yasaya dayanılarak idarece) dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahale şeklinde tanımlanmaktadır (Sağlam, 1982:23) .

Sınırlama kavramı Anayasa Mahkemesi’nce de şu şekilde tanımlanmıştır; “Sınırlama belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa’da öngörölen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların kanunkoyucu tarafından daraltılmasıdır...” (E.1992/36, K.1993/4, AYMKD, S. 29, Cilt(C.) 1, sf.209)

Yasayla sınırlamaya imkan veren düzenlemenin içeriği her zaman aynı olmamakta, içerik ve kapsamına bağlı olarak yasal sınırlamalar, “basit yasa kaydıyla sınırlama” ve “nitelikli yasa kaydıyla” sınırlama olarak ikiye ayrılmaktadır.

### **1.3.2.1. Basit Yasa Kaydıyla Sınırlama**

Anayasa normunun, ilgili temel hak ve özgürlüğün sınırlanabileceğini belirtip; hangi amaçlarla ve/veya hangi merci tarafından sınırlanabileceğini belirtmediği durumlarda, basit yasa kaydıyla sınırlama sözkonusu olur (Gören, 2000:99) .

Basit yasa kaydıyla sınırlama yetkisi belli bir hak ve özgürlük için tanınabileceği gibi tüm hak ve özgürlükler için de tanınabilir. Bu şekilde sınırlamanın öngörüldüğü durumlarda kanunkoyucuya geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

1982 Anayasası'nın 50. maddesinde, çalışanlara dinlenme hakkı tanınmış, ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Vatandaşlık hakkının düzenlendiği 66. madde 3-4. fıkralarda, vatandaşlığın kanunun gösterdiği şartlarla kazanılacağı ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedileceği belirtilmiştir. 1961 Anayasası'nda hiçbir sınırlama kaydına yer verilmeyen hak dilekçe hakkı(md.62) olup, bu hak 1982 Anayasası'nın 74. maddesinde basit yasa kaydıyla sınırlamaya tabi tutulmuştur (Sağlam, 2002:239).

### **1.3.2.2. Nitelikli Yasa Kaydıyla Sınırlama**

Yasal sınırlamanın hangi amaçlarla (kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık gibi) ve hangi mercii tarafından yapılacağını, temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede tek tek belirtildiği durumlarda nitelikli yasa kaydıyla sınırlamadan söz edilir ( Vuraldoğan, 2005: 7) .

Nitelikli yasa kaydıyla sınırlama nedenleri de iki şekilde düzenlenmektedir. Ya sınırlama nedenleri tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli olacak şekilde tek bir genel maddede düzenlenmekte, ya da sınırlama nedenlerine her hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede ayrı ayrı yer verilmektedir.



Nitelik bakımından özel sınırlama nedenleri ile genel sınırlama nedenleri arasında herhangi bir farklılık yoktur. Tek fark, genel sınırlama nedenleri tüm hak ve özgürlükler için geçerli iken, özel sınırlama nedenleri ise sadece ilgili maddede düzenlenen hak ve özgürlükler için geçerlidir.

1982 Anayasası'nın değişiklikten önceki 13. maddesinde yer alan, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması şeklinde dokuz ayrı genel sınırlama nedenlerinin, ilgili özel maddelerde belirtilen sınırlama nedenlerine ilave olarak temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme, tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli, nitelikli yasa kaydıyla sınırlama öngörmektedir (Gören, 2000:103).

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri ilgili maddelerde yer alan sınırlama nedenleri özel sınırlama nedenleri olarak nitelendirilmektedir. Örneğin, 1982 Anayasası'nın 35. maddesinin ilk fıkrasında mülkiyet ve miras hakları güvence altına alınmış, ikinci fıkrasında ise bu hakların kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği belirtilmiştir (Sağlam, 2002:240).

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda görülen diğer bir durum da kimi hak ve özgürlükler için genel ya da özel hiçbir sınırlama hükmüne yer verilmemesidir. Örneğin, 1982 Anayasası'nda yapılan Ekim 2001 değişiklikleri sonrasında, dava açma/savunma hakkı (md.36) ve sözleşme özgürlüğü (md.48) yönünden kanunkoyucunun takdirine bağlı genel ya da özel hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiştir (Sağlam, 2002:240).

#### **1.4. 1982 ANAYASASI'NDAN ÖNCE TÜRK ANAYASALARINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI**

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından Cumhuriyet Dönemi Anayasalarımız birbirinden farklı hükümlere yer vermektedirler. Bunun nedenleri

arasında temel hak ve özgürlükleri algılayış biçimindeki farklılıkların yanı sıra, tepki anayasacılığı geleneğinin de etkili olduğu söylenebilir.

#### **1.4.1. 1924 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**

1924 Anayasası doğal hukuk ve bireyciliğin izlerini taşıyan bir anayasadır. O ana kadar temel hak ve özgürlüklerin (kamu hakları) en derli toplu listesini veren bu Anayasa'nın en temel sorunu güvencesizliktir. Bu Anayasamızda temel haklar yalnız ismen sayılmış, ancak geçerlilik alanları ile bu alanlara ilişkin güvencelere yer verilmemiştir (Tanör, 1991:129) .

1924 Teşkilât-ı Esasîye Kanunu, temel hak ve özgürlüklerin felsefi kökeni ve sınırları konusunda 18'inci yüzyıl filozoflarının geliştirdikleri “*tabiî hak doktrini*”ni benimsemiştir. On sekizinci yüzyıl felsefesinin etkisi özellikle “*Türklerin Hukuku Ammesi*” başlığını taşıyan haklar ve özgürlükler bölümünde (md. 68-88) kendini açıkça belli etmektedir. Tabii haklar doktrini, havası, ruhu, hatta dili ile bu bölümde canlı olarak sezilmektedir. Özgürlüğün tanımı doğrudan doğruya 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyanamesi'nden alınmıştır: “*Hürriyet başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufta bulunmaktır. Hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifetiyle tesbit ve tayin edilir.*” Bu tanımın devamında 1789 modeli klasik hak ve özgürlüklerden bahsedilmektedir (Kapani, 1993: 109-110). Her bir temel hak ve özgürlüğün özel olarak düzenlendiği maddelerde geniş ve ayrıntılı düzenlemeler yerine temel hak ve özgürlüklerin adından sözedilmiş ve kanunla sınırlanacağı belirtilmiştir.

1924 Anayasasının bu özgürlük anlayışı, doğal hukuk düşüncesine dayanan sınırsız özgürlük anlayışıdır. İlke olarak her türlü hareket serbestisini içeren sınırsız özgürlük, toplumsal yaşam içinde yasalarla sınırlanır. Diğer bir deyişle, yasaların izin verdiği ölçüde özgürlük vardır. Yasaların sınırlaması yoksa özgürlükler sınırsız hale

gelir. Bu özgürlük anlayışı yasalarla sınırlı özgürlük anlayışı olarak nitelendirilmektedir (Sağlam, 1982:129) .

Anayasa'nın 103. maddesi, anayasa kurallarının hiçbir şekilde ihmal edilemeyeceğini ve yasaların Anayasa'ya aykırı olamayacağını öngörmüş olmasına rağmen, bunun yargısal denetimi ve denetim yeri öngörülmemiştir. Ancak yine de yargıçların anayasa hükmüne dayanarak, kurallar kademelenmesini ve anayasanın üstünlüğünü esas alarak anayasaya aykırı kanun hükümlerini uygulamaktan kaçınmalarına herhangi bir engel bulunmamakta idi. Bu durumu zorlaştıran başta siyasal nedenler olmak üzere, hukuki engeller ve yorumlar bulunmaktaydı. Yargıçların yasaları görmemezlikten gelerek uygulamamasının önündeki en büyük engel ise millet egemenliği ve meclis üstünlüğü ilkesi idi. Ayrıca Anayasa'nın nizamnamelerin kanunlara aykırılığı iddiasını inceleme yetkisini bile yargıçlara değil de, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne(TBMM) vermiş olması, yasaların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin hiç kabul edilemeyeceği yolunda yorumlara da neden olmuştur. Uygulamada ise çok istisnai olarak, bu engelleri aşma çabası gösteren yargıçlar olmuştur. Fakat sonuçta, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.02.1931 tarihli kararıyla, bir yasayı anayasaya aykırılığı nedeniyle uygulamaktan kaçınmanın, yargıçların görev ve yetkilerine girmediği belirlenmiş ve böylece yargıçlar anayasa yargısını içtihatlarla yaratabilme olanağını kullanamamıştır (Tanör, 2010:320-321).

1924 Anayasası'nda kanunların anayasaya uygunluğunu inceleyecek özel bir mahkeme öngörülmediği gibi, diğer mahkemelerin de böyle bir yetkiyi kendilerinde görmemesi ve yargıçların da anayasaya aykırı bir yasayı uygulamaktan kaçınmayacağını kabul edilmesi sonucu, Anayasa'nın tanıdığı hak ve özgürlüklerin yasalarla ölçsüz bir şekilde sınırlanması veya ortadan kaldırılması sözkonusu olmuştur (Vuraldoğan, 2005:10) .

### 1.4.2. 1961 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

1961 Anayasası, insan haklarının ayrıntılı ve tanımlı bir listesini “*Temel Hak ve Hürriyetler* “ adıyla sunmuştur. 1924 sisteminden farklı olarak burada, hem listeye yeni haklar eklenmiş (sosyal haklar), hem bazı faaliyet ve özgürlükler güvence altına alınmış(siyasi partiler), hem de her bir hak ve özgürlüğün içeriği ve tanımı ilgili maddesinde verilmeye çalışılmıştır (Tanör, 1986:26).

1961 Anayasası'nın “*Temel hak ve özgürlüklerin niteliği ve korunması*” başlığını taşıyan 10. maddesinde; “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzur, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar* “ hükmüne yer verilmiştir (Karamustafaoğlu-Turhan, 1993: 41) .

1961 Anayasası 10. madde hükmü ile 1924 Anayasası'nın doğal hukuka dayanan sınırsız ve içeriksiz özgürlük anlayışı terk edilmiş, hak ve özgürlükler, toplumsal ilişkiler içinde belli yaşam kesitlerine güvenceler getiren pozitif alanlar olarak koruma altına alınmıştır. Özgürlüklere belli içeriğe sahip pozitif anlam yükleyen bu anlayış, özgürlüklerin sınırlanması rejimi yönünden de önemli değişikliği beraberinde getirmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin kişiliğe bağlı nitelikleri ve devletin bu özgürlükler karşısındaki konumu, 1924 Anayasası'nın yasalarla sınırlı özgürlük anlayışından, yasaları sınırlayan temel hak normları anlayışına geçişi sağlamıştır. Bu geçişle birlikte, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kanun koyucunun sınırsız takdir yetkisi kaldırılarak, bu yetkinin ancak belli sebeplere dayalı şekilde kullanılmasına izin verilmiş, bunun da ötesinde, sınırlama yetkisine de önemli sınırlamalar getirilmiştir (Sağlam, 2002: 242-243) .

1961 Anayasası'nın "*Temel Hakların Özü*" başlıklı 11. maddesinin ilk(özgün) metni şu şekildedir; "*Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.*"(Karamustafaoğlu-Turhan, 1993: 41-42). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen bu genel hükmün yanında, temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği özel maddelerde de, kamu yararı, kamu düzeni, genel sağlık gibi özel sınırlama nedenlerine yer verilmiştir.

Anayasalarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin ilk güvence ilkesi temel hak ve özgürlüklerin sadece Anayasa'da gösterilen sebeplerle sınırlanabilmesidir. 1961 Anayasası, ilk metninde, her temel hak ve özgürlüğün hangi sebeplerle sınırlanabileceğini, o temel hak ve özgürlük ile ilgili maddede belirtmiş, bütün temel hak ve özgürlükler için geçerli olan, açık bir genel sınırlama sebepleri içeren hüküm koymamıştır. Fakat temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma ilkelerini belirleyen 11. maddesinin ikinci fıkrasında, *Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.*" hükmüne yer vermiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 210). Öğretide bu hükmün, temel hak ve özgürlüklerin ilgili maddelerinde belirtilen özel sınırlama sebeplerine ek bir "*genel sınırlama sebepleri*" mi oluşturduğu; yoksa, bu hükümde gösterilen sebeplerin, bir hak ve özgürlüğü sınırlamanın sınırını belirlemeye yönelik vurgulama mı olduğu tartışılmıştır. Konunun pratik önemi, daha çok, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve hak arama özgürlüğü gibi Anayasanın ilgili maddelerinde hiçbir özel sınırlama sebebinden söz edilmemiş bulunan özgürlüklerden kaynaklanmıştır. Gerçekten 11. maddenin 2. fıkrası bir genel sınırlama hükmü ise, anılan özgürlükler bu fıkradaki sebeplerle sınırlanabilecek, aksi halde hiçbir şekilde sınırlanamayacaktır (Özbudun, 1993: 76) .

Öğretideki tartışmalar, 11. maddenin ikinci fıkrası hükmünün tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli "*genel sınırlama sebepleri*" olduğunu savunan ve bunun genel sınırlama sebebi olmadığını savunan görüşler olarak iki grupta toplanmıştır (Sağlam,1982:62-83) .

Çalışmamızda sırasıyla 11. maddenin ikinci fıkrasının tüm temel hak ve özgürlükler için genel sınırlama sebepleri olduğunu savunan ve bunun genel sınırlama sebebi olmadığını savunan görüşlere yer verildikten sonra Fazıl Sağlam'ın kademeli sınırlama anlayışına ve son olarak Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne yer verilecektir.

#### **1.4.2.1. 1961 Anayasası'nın 11. Maddesinin Genel Bir Sınırlama Hükümü Getirdiğini Savunan Görüş**

Öğretide Dönmezer ve Akın, 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin ikinci fıkrasının bütün hak ve özgürlükler için genel sınırlama sebepleri getirdiğini savunmaktadır.

Dönmezer'e göre; *“düşünce özgürlüğünün dışa vurum biçimleri olan basın, vicdan ve din ile ilgili eğitim ve öğretim hürriyetine ait sınırlama ölçütlerini belirleyen Anayasanın sözle ve ferdi vasıtalarla kanaat ve düşüncelerin yayınlanmasına hiçbir sınır koymadığının kabulü Anayasa koyucunun bir çelişki içine düştüğünü söylemek anlamına gelir ve benimsenecek bir görüş değildir. Düşünce özgürlüğü 11. maddenin 2. fıkrasındaki nedenlerle sınırlanabilir.”* (akt. Sağlam, 1982: 72)

Akın ise; *“Özgürlüklerin rahatça kullanılabilmesi için bu özgürlükleri yok edebilecek, rahatça kullanılabilmesini engelleyecek sınırsızlıkları kabul etmemek gerekir. Anayasa'nın 11. maddesi sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, kanunla yapılması ve özüne dokunulmaması amacı ile konulmuştur cevabı çok inandırıcı değildir. 11. maddedeki sınırlamalar bütün özgürlükler için geçerlidir. Sınırlanmamış bir özgürlüğün kullanılabilme olanağı kesinlikle ortadan kalkar.”* demektedir (Akın,1993:151-153).

### 1.4.2.2. 1961 Anayasası'nın 11. Maddesinin Genel Bir Sınırlama Hükümü Getirmediğini Savunan Görüş

Öğretide Soysal ve Tanör ise Anayasanın 11. maddesinin genel bir sınırlama hükümü getirmediğini savunmaktadır.

Soysal'a göre, 11. maddenin genel bir sınırlama hükümü olabilmesi için sözkonusu maddenin, “ *Temel hak ve hürriyetler, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” şeklinde değiştirilmesi gerekmektedir. Kendileriyle ilgili maddede, herhangi bir “kanunla sınırlama” sözünün edilmediği, düşünce özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğü, kanunla da olsa hiçbir sınırlama kabul etmemektedir. Temel bir hak ve özgürlüğün sınırlanmasına Anayasa izin vermişse, bu sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması ve kanunla yapılması gerekir. Bir hak ve özgürlüğün sınırlanabilmesi için, o hakla ilgili Anayasa maddesinde sınırlamadan sözedilmiş olması ve eğer o madde, bu sınırlayışın amaçlarını da belirtmişse, kanunla yapılacak sınırlamanın, bu amaçlardan başka amaçlara dayanmaması gerekir. Haklar ve özgürlüklerle ilgili maddelerin çok büyük bir çoğunluğunda ayrıca ve teker teker “kanunla sınırlanabilir” deyiminin geçmesi, bu yorumu doğrulamaktadır (akt. Vuraldoğan, 2005:12).

Tanör'e göre ise, 11. madde, genel bir sınırlama hükümü getirmemekte, özgürlüklerin korunması için genel düzenleme ilkelerini koymaktadır. Bu özellik, Anayasa'nın özel maddelerinde sınırlanabilecekleri ve sınırlama sebepleri gösterilmeyen hak ve özgürlüklerin içerikleri bakımından sınırsız olduklarını ileri sürebilme olanağı vermiştir. Bu durum özellikle, bilim ve sanat özgürlüğü ile düşünce ve ifade özgürlüklerinin içerik bakımından mutlak sınırsızlıkları anlamına gelmektedir. Demokratik bir sistemde, hürriyet kural, sınırlama istisna olduğuna göre, istisna olan sınırlamaların ancak düzenlendikleri madde açısından geçerli olduklarını kabul etmek gerekmektedir (Tanör, 1986:27).

### 1.4.2.3. Kademeli Sınırlama Anlayışı

Bu görüşün savunucusu Fazıl Sağlam olmuştur. Sağlam'a göre; “ 11. madde ile ilgili sorun, bu maddede yer alan 1. fıkranın genel bir sınırlama kuralı olup olmadığı olmakla beraber, aslında tartışılan 11. maddenin diğer sınırlama hükümleri ile birlikte uygulanıp uygulanamayacağıdır. Bir hükmün genel olması, kapsamına giren her kuralla bir arada uygulanmasını gerektirmez. Özel-genel norm ilişkisinin olduğu durumlarda özel normun uygulanması gerekir. 11. maddenin diğer sınırlama hükümleri ile bir arada uygulanıp uygulanmayacağı sorunu özel-genel norm ilişkisi açısından ele alınmakla aşılabilir.11/1. madde, Anayasa'nın diğer sınırlama hükümleri karşısında, bir genel sınırlama hükmü niteliğindedir. Diğer sınırlama hükümlerindeki nitelikli yasa kayıtları, 11/1. madde karşısında özel norm niteliğindedir ve onun yerini alır. Basit yasa kaydıyla sınırlamaya olanak verilen haklar için, 11/1. maddedeki tüm sınırlamalar geçerlidir. Aynı şekilde olağanüstü haller ve sıkıyönetim dönemlerinde, 11. maddedeki sınırlama nedenleri tüm temel haklara uygulanabilir.” (Sağlam,1982:185-186)

### 1.4.2.4. Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü

Uygulamada Anayasa Mahkemesi, genellikle 11. maddenin 2. fıkrasına bir genel sınırlama sebebi anlamını vermiş olmakla beraber, bazı kararlarında da belli hakların ancak ilgili maddedeki sebeplerle sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Konunun pratik önemi daha çok, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve hak arama özgürlüğü gibi Anayasa'nın ilgili maddelerinde hiçbir özel sınırlama sebebinden sözedilmemiş bulunan özgürlüklerden kaynaklanmıştır (Özbudun,1993:76) .

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 20. maddesinde, hiçbir sınırlama sebebi gösterilmeyen “düşünce özgürlüğünün” sınırlanmasına ilişkin vermiş olduğu bir kararında (E.1963/16, K.1963/83, KT. 08.04.1963, AYMKD S.1, sf. 199-200) üstü kapalı olarak; Türk Ceza Kanunu'nun 141. ve 142. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken vermiş olduğu bir kararında da (E.1963/173,K.1965/40,



KT. 29.04.1964, AYMKD S.4, Sf. 325) açık olarak 11. maddenin 2. fıkrasının, bütün hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama sebeplerini içerdiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bundan sonra verdiği kararların çoğunda Anayasa'nın 11/2. maddesinin, tüm temel hak ve hürriyetler için genel sınırlama sebepleri içerdiğine karar vermiştir (Yüzbaşıoğlu,1993:211)

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin bu dönemde, her temel hakkın, yalnızca kendi maddesinde kanunkoyucuya verilen yetki ölçüsünde sınırlanabileceğine, temel hak maddesinde böyle bir yetki yer almamışsa, o temel hakkın kanunkoyucu tarafından sınırlanamayacağına, dolayısıyla, Anayasa'nın 11/2. hükmünün, tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama sebebi içermediğine ilişkin kararları da mevcuttur (Sağlam, 1982: 71). Süreklilik göstermemekle beraber Anayasa Mahkemesi'nin, kanunkoyucunun düzenledikleri maddede haklarında hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen temel hak ve özgürlüklerin, 11. maddeye dayanılarak sınırlamayacağı yolunda verildiği kararlara örnek olarak Mahkeme'nin 03.11.1964 tarihli, 1963/152 E., 1964/66 K. sayılı kararı örnek verilebilir. 1961 Anayasası'nın "Bilim ve Sanat Hürriyeti" kenar başlıklı 21. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra; 2. fıkrasında "Eğitim ve öğretim, Devletin gözetim ve denetimi altında serbesttir." denilmektedir. Bu maddede eğitim ve öğretim hürriyetinin herhangi bir düşünce ve nedenle sınırlanabileceğine dair diğer temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi kanun koyucuya yetki veren bir hüküm yer almamaktadır. Anayasa'nın 50. maddesi, 21. maddedeki eğitim ve öğretimin genel olarak serbest olduğu yolundaki ana kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Anayasa'nın 50. maddesine ilköğrenimin kız ve erkek tüm vatandaşlar için mecburi olduğu ve Devlet okullarında parasız olarak yapılabileceği belirtilmektedir (Vuraldoğan, 2005:15-16). Bu durumda, eğitim ve öğrenim zorunluluğu, ancak ilköğretim için sözkonusu olduğuna göre, bunun dışındaki eğitim ve öğrenimi kişilerin serbestçe yapabileceği esasını sınırlayıcı bir hükmün kanunlarda yer alması Anayasa'ya aykırı düşecektir (E.1963/152, K. 1964/66, KT. 03.11.1964, AYMKD, S. 2, sf. 204) .

Uygulamada, 1971 değişiklikleri öncesi, Anayasa'nın 11. maddesinin 2. fıkrasını çoğunlukla, tüm hak ve özgürlükler için geçerli genel bir sınırlama maddesi kabul eden Anayasa Mahkemesi, değişiklik sonrasında vermiş olduğu kararlarında da (E.1972/1, K.1972/20, KT. 27.04.1972, AYMKD. S.10, sf.335 ve E.1976/27, K1976/51, KT.22.11.1976, AYMKD. S.14, sf.360 ) 11. maddenin 1. fıkrasını, tüm hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama maddesi olarak nitelendirmiştir (Yüzbaşıoğlu,1993:212).

### **1.4.3. 1971 Değişiklikleri Sonrasında 1961 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma rejimini belirleyen 1961 Anayasası'nın 11. maddesi, 1971 yılında 1488 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliğiyle, yeniden düzenlenmiştir. Buna göre; 11. maddenin başliğı, "*Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü, Sınırlanması ve Kötüye Kullanılamaması* " şeklinde değiştirilmiş, maddenin 1. fıkrası da şu şekilde yeniden düzenlenmiştir; "*Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir.*" Görüldüğü üzere, yapılan Anayasa değişikliği ile hem 11. maddedeki sınırlama sebepleri arttırılmış, hem "özgürlüklerin kötüye kullanılamaması" kavramı getirilmiş, hem de 11. madde üzerindeki tartışmalara son verilmesi amaçlanmıştır (Sağlam,1982:84-110). Ancak, bu değişiklikten sonra da öğretilerde 11. madde üzerindeki tartışmalar sona ermemiş, bazı hukukçular sınırlama sebepleri ile ilgili maddelerde belirtilmiş veya hiçbir sınırlama sebebi gösterilmemiş hürriyetler bakımından 11. maddenin, gene de genel sınırlama sebebi olarak uygulanamayacağını ileri sürmüşlerdir.

Öğretilerde 11. maddeyi daha önce genel sınırlama yetkisi veren bir hüküm olarak nitelendiren Dönmezer ve Akın için değişiklik görüşlerini pekiştirir hatta onaylar nitelikte olmuştur. Soysal ve Tanör de yine farklı gerekçelerle Anayasa'nın değişik

11. maddesinin de, bütün hak ve özgürlükler için geçerli, genel sınırlama sebepleri içermediğini savunmaya devam etmiştir (Soysal,1997:141) (Tanör,1977:873-881).

Uygulamada değişiklik öncesi, Anayasa'nın 11. maddesini çoğunlukla tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama maddesi olarak kabul eden Anayasa Mahkemesi; değişiklik sonrasında vermiş olduğu kararlarında da maddenin tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli bir sınırlama maddesi olarak nitelendirmiştir (E.1972/1, K.1972/20, KT.27.04.1972, AYMKD. S.10, sf. 335 ve E.1976/27, K.1976/51, KT.22.11.1976, AYMKD. S.14, sf. 360 ) .

## İKİNCİ BÖLÜM

### 2. 1982 ANAYASASI'NIN ÖZGÜN HALİNDE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI

Bu bölümde, öncelikle 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler konusundaki genel yaklaşımı ele alınacak, daha sonra Anayasa'nın 13. maddesine göre sınırlamanın sınırı ve usulüne ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

#### 2.1. 1982 ANAYASASININ TEMEL HAKLAR KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMI

1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi bakımından, 1961 Anayasası'nın sistematiğine bağlı kalmıştır. Önce temel haklar ile ilgili genel hükümler, sonra da Alman hukukçu Jellinek'ten aktarılan üçlü sınıflandırmaya dayalı bir düzenlemeye gidilmiştir: “Kişinin hakları ve ödevleri” (md. 17-40), “Sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” (41-65), ve “Siyasal haklar ve ödevler” (md. 66-74). Ancak şekil açısından görülen bu benzerlik içerik, felsefe ve yaklaşım açısından derin farklılıklar sergilemektedir (Kayar, 2004:381). 1982 Anayasası, temel haklara ilişkin kimi düzenlemelerde (kişi özgürlüğü ve güvenliği, basın, dernek, toplantı özgürlüğü vb.), 1961 Anayasası'ndan daha ayrıntılı düzenlemeler yapmasına karşın, Soysal'a göre, bu durum güvenceleri arttırmaya değil, sınırlandırmaya yönelik olmuştur (Soysal, 1997:129).

1961 Anayasası'nın “insan haklarına dayalı” deyiminin yerine, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde “insan haklarına saygılı “ deyimini kullanılmış olması doktrinde farklı görüşlere neden olmuştur. Özbudun, bu deyim farklılığının temel bir anlayış ve yaklaşım farkına neden olmadığını savunurken (Özbudun,1993: 74), Soysal ise, bu durumun bir anlatım farkı ötesinde temel bir anlam ve yaklaşım farkı sergilediği düşüncesindedir (Soysal, 1997:188–190). 1982 Anayasası'nın 2.

maddesinin yazılış tarzının uyandırabileceği başka bir tereddüt de, “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet” kavramlarının, insan haklarına saygılı devleti nitelendiren, daha doğrusu onun çerçevesini oluşturan kavramlar olarak mı, yoksa ondan tamamen bağımsız olarak mı kullanıldığıdır. Özbudun’a göre, bu iki ibarenin virgülle ayrılmış olması sebebiyle adı geçen kavramlar insan haklarından tamamen bağımsız olarak algılanmalıdır. Aksi bir yorum yani insan haklarına saygının, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet kavramları ile çerçevelenmiş olduğunun kabulü insan hakları üzerindeki vurgulamayı zayıflatacaktır (Özbudun, 1993: 74).

Tanör’e göre; 1961 Anayasası’nda Türkiye Cumhuriyeti’nin “ insan haklarına dayalı “ oluşu, herhangi bir kayıt ve şarta bağlı tutulmamışken, 1982 Anayasası’nda Türkiye Cumhuriyeti’nin “insan haklarına saygılı oluşu” bile “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, laik ve sosyal bir hukuk devletidir” . Devlet insan haklarına saygılı olmaktan da önce “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı “ için vardır ve bu çerçevede içinde “ insan haklarına saygılıdır. Bu madde de 1982 Anayasası’nın pek çok maddesinde olduğu gibi, devlet ve otorite ilk planda, hak ve özgürlük ise ikinci planda ve bunlara tabi olarak vardır (Tanör, 1991: 256-257) .

1982 Anayasası’nın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Niteliği” başlığını taşıyan 12. maddesinde 1961 Anayasası’nın 10. maddesindeki formül benimsenerek; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder. “ kuralına yer verilmiş, niteliği bu şekilde açıklanan temel hak ve özgürlükler karşısında Devletin konumu da 5. maddede şu şekilde belirtilmiştir; “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal; ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” .

1982 Anayasası, 5. ve 12. maddelerindeki bu düzenlemeleriyle temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri açısından 1961 Anayasası'nın pozitif anlayış ve felsefesini benimsemiş, ancak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda hayli daraltıcı bir eğilime girmiştir (Sağlam, 2002: 244) .

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde kabul ettiği, her hak ve özgürlüğün niteliğine göre değişen “kademeli sistemden” uzaklaşmış, hak ve özgürlüklerin nitelik ve nicelik farklılıklarını ortadan kaldıran bütün hak ve özgürlükler için geçerli genel bir sınırlama hükmü getirmiştir. Bunun yanı sıra her hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddelerde de sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Gerek Anayasa-üstü ölçü norm olarak kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS)'nde yer almayan bir genel sınırlama maddesine yer verilmiş olması, gerekse hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerde ayrıca sınırlama nedenlerine de yer verilmiş olması nedeni ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, sınırlama sistem veya rejiminde söz etmek imkansız hale gelmiştir.

## **2.2. 1982 ANAYASASI'NIN 13. MADDESİ**

1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirlediği 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma sebeplerini de açık olarak belirlemiştir. Anayasa'nın “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması” kenar başlıklı 13. maddesine göre, “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir ”. Maddenin son fıkrasına göre de, “Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir ”. Böylece 1982 Anayasası, 13. maddedeki sınırlama sebeplerinin “temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğunu” bu maddesinde açıkça ifade ederek, 1961 Anayasası dönemindeki tartışmalara son vermiştir. Nitekim bu konu, 13. maddenin gerekçesinde de ayrıntılı olarak açıklanmış

ve temel hak ve hürriyetlerin, hem ilgili maddelerindeki sınırlama sebepleri ile hem de 13. maddede sayılan sınırlama sebepleri ile sınırlanabileceği vurgulanmıştır. Ayrıca, 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, "milli egemenliğin" ve "genel asayişin" korunmasını da genel sınırlama sebeplerine eklemiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 213).

1982 Anayasası'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin tümü için getirilen sınırlama nedenleri, her özgürlüğün bu maddede yer alan genel ve soyut kavramlarla sınırlandırılmasına olanak vermiştir. Bu durum da Anayasa'nın kendi içinde çelişkiler yaratmıştır. Şöyle ki; Anayasa'daki bu düzenleme biçimi, Anayasa'nın, düşünce ve kanaat özgürlüğü ile ilgili maddesinde, "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz" (md.25) denilmesine; ve madde gerekçesinde de bu özgürlüğün "hiçbir sebeple ihlal edilemeyeceği" belirtilmesine; din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili maddesinde de (md.24/1,3), benzer kurallar yer almasına ve bu özgürlüklerin olağanüstü hallerde dahi korunması esasını Anayasaca açıkça belirtilmesine karşın (15.md.), temel hak özgürlüklerin, düşünce ve kanaat özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü dahil tümünün, 13. maddede sayılı genel ve soyut nedenlerle sınırlanabilmesi, en azından sınırlama ile ilgili kuralların düzenlenmesi açısından çelişki yaratmaktadır (Aliefendioğlu, 2002: 153).

Anayasa koyucunun, hiçbir sınırlama nedenini dışarıda bırakmayacak şekilde genel sınırlama nedenleri öngördükten sonra, niçin ayrıntılı özel sınırlama nedenleri getirmiş olduğu sorusu sorulabilir. Uygun, bu durumu şöyle açıklamıştır: "*Gerçekten, temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerin birinci fıkralarında hak ve özgürlüğün esasını belirten hükümler, diğer fıkralarında ise ayrıntılı özel sınırlama nedenleri yer almıştır. Anayasa koyucunun bu yaklaşımı, temel hak ve özgürlükleri sınırlama olanaklarını sağlamlaştırmak isteğiyle açıklamak mümkündür. Böylece genel sınırlama sebeplerinin çoğunun net tanımlanmış kavramlar olmamasından haklar ve özgürlükler lehine doğabilecek kuşku bu noktalarda yoruma yer bırakmayacak biçimde aşılmış amaçlanmıştır*" (Uygun, 1992: 137).

1982 Anayasası'nda genel sınırlama nedenlerinin çokluğu, birbirinden kesin çizgilerle ayrılamayı ve içeriklerinin belirsiz oluşu, siyasal karar organların takdir alanını genişletmektedir. Parlatentonun bu kavramları dilediğince yorumlayıp esnetebilme olanağı vardır (Tanör, 1986:136) . Anayasa Mahkemesi de bir kararında, "Temel hak ve özgürlüklere yönelik her türlü sınırlandırmanın 13. maddede belirtilen amaçlarla gerekçelendirilmesi mümkündür" diyerek kanun koyucuya tanınan takdir alanının genişliğine işaret etmiştir ( E.1985/8, K. 1986/27. AYMKD, S. 22, sf. 364) .

Özet olarak denilebilir ki, 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde kabul ettiği, özelleştirilmiş, her hak ve özgürlüğe göre ayarlanmış sistemden uzaklaşmış; hak ve özgürlüklerin nitelik ve nicelik farklılıklarını ortadan kaldıran, bütün hak ve özgürlükler için geçerli bir genel sınırlama sistemi getirmiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 217). Ancak, Anayasa bununla da yetinmemiş, "buyruk hüküm" niteliğindeki Başlangıç dahil, Anayasa'nın 14. maddesi ve özgürlüklerin düzenlendiği ilgili maddelerinde, kanun koyucuya verilen sınırlama yetkisinden öteye doğrudan soyut ve somut nitelikte birçok yasaklar da koymuştur. Tanör'ün deyimiyle "katmerli ve bindirmeli" sınırlamalar, bir de yasaklamalar "şalı" ile örtülmüştür ( Tanör, 1991: 333-337) . Bu durumda, 1982 Anayasası'nın öngördüğü temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma nedenlerine ilişkin düzenlemeleri, Anayasa-üstü ölçü norm olarak kabul edilen AİHS'deki sınırlama nedenleri rejimi ile bağdaştırmak da mümkün değildir. Çünkü, AİHS, özgürlüklerin sınırlanmasını tek bir rejime bağlamamaktadır. Bu Sözleşme'de bütün hak ve özgürlükler için geçerli bir "genel sınırlama" maddesi yoktur. Sınırlama nedenleri, her hak ve özgürlüğün kendine özgü nitelikleri göz önünde tutularak, her hak ve özgürlüğün ilgili maddesinde belirtildiği gibi, sınırlamalar olabildiğince istisnai durumlarla kısıtlanmıştır( Yüzbaşıoğlu, 1993: 217).



### 2.3. ANAYASA’NIN 13. MADDESİNE GÖRE SINIRLAMANIN SINIRI VE USULÜ

Sınırlamaya ilişkin önemli bir sorun da sınırlamanın sınırının belirlenmesidir. Hak ve özgürlük düzenlemeleri, bir hak ve özgürlüğün kullanılabilirliğini koruma altına almanın yanı sıra, o hak ve özgürlüğü kullanım alanının sınırlarını da çizebilmektedir. Başka bir ifade ile düzenleme; bir yönüyle hak ve özgürlüğün kullanılabilir olmasını ve kişinin o hak ve özgürlükten yararlanmasını sağlamakta, diğer yönüyle ise kişinin hangi sınırlar içinde hak ve özgürlüğü kullanabileceğini göstermektedir. Anayasalar sınırlamanın sınırlarını belirleyerek, kural olarak parlamento ya tanınan hak ve özgürlüğü sınırlama yetkisinin anayasal sınırlarını çerçevelendirirler (Çavuşoğlu, 1997: 78) .

Sınırlamanın sınırını belirlemede iki temel ölçüt kullanılır. Bunlardan biri, Bonn Temel Yasası’nın 19/2. fıkrasında yer alan “öze dokunma” yasağıdır. Diğeri ise, AİHS’in kullandığı “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesidir. 1961 Anayasası sınırlamanın sınırını belirlemede “öze dokunma yasağı”nı kabul ederken, 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “ölçü” ya da “sınırlamanın sınırı” konusunda kabul ettiği ilkeler, AİHS’de yer alan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesidir. Böylece, 13. maddenin 2. fıkrası, “sınırlamanın sınırları” konusunda, yasama organının yetki alanındaki sınırları belirlerken, 1961 Anayasası’nın kullandığı ölçülerden tamamen uzaklaşmış ve yepyeni kavramlar getirmiştir. 1982 Anayasa kurucuları, “öz” kavramının demokratik toplum gereklerinden daha az anlaşılır ve içeriğinin daha zor doldurulabilir olduğu gerekçesine dayanarak, AİHS’deki kavramların getirilmesinin daha uygun olduğunu savunmaktadırlar (Batum, 1993: 182-183) .

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da belirtilen şu şartlarla sınırlanabileceğini belirtmiştir:

- Sınırlama ancak kanunla yapılabilir.
- Sınırlama Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanmalıdır.

- Sınırlama Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmak zorundadır.
- Sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz.
- Sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

### 2.3.1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması İlkesi

Özgürlüklerin yasama organı tarafından “kanun” ile sınırlanması, liberal demokratik rejimlerde öteden beri kabul edilen, yerleşmiş bir kuraldır. Demokratik devletlerde, siyasal iktidarların kaynağı halkta olduğuna ve parlamento da halkı temsil ettiğine göre, temel hak ve özgürlükler konusunda düzenleme yetkisini kullanacak olan en uygun organın yasama organı olduğu kuşkusuzdur (Uygun, 1992: 90).

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde sınırlamanın kanunla yapılması ilkesi, kişiler açısından önemli bir güvence teşkil etmektedir. Bu güvenceler iki noktada toplanabilir:

- 1) Kanunlar parlamentolarda açık görüşme ve tartışma yöntemleriyle hazırlandıklarından, özgürlüklerin düzenlenmesinde kamuoyunun etkin denetimi sağlanmış olur.
- 2) Kanunlar herkes için geçerli, genel kurallar içerdiklerinden özgürlüklere getirilecek sınırlamaların objektifliği sağlanmış, sözkonusu sınırlamaların belirli kişi ya da grupları hedef alması önlenmiş olur (Kapani, 1993: 231).

1961 Anayasası döneminde, doktrinin genellikle şekli yasa anlayışını benimsemesine rağmen, Anayasa Mahkemesi, 1961 ve 1982 Anayasası dönemlerinde yasa kavramını maddi anlamda, yani içeriğini esas olarak tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde de 1961 Anayasası dönemindeki gibi yasayı kural-işlem niteliğinde gören maddi yasa anlayışını devam ettirmiştir. Örneğin bir kararında Anayasa Mahkemesi, “*Yasalar ya da yasalarla*

*eşdeğerdeki pozitif hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da var olan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural işlemler bölümüne girerler.”* demektir (E:1990/31, K:1990/24, KT., 24.09.1990, AYMKD, S.26, s.403)

Anayasa Mahkemesi kararlarında 13. maddede yer alan “kanun” deyimi ile maddi yasa anlayışının ifade edildiğini savunmuş olmasına rağmen, doktrinde pek çok yazar şekli anlamda yasa anlayışının savunulduğunu ifade etmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde geçen kanun deyimi yalnızca şekli anlamda bir kanunun varlığını ifade etmemektedir. Parlatentonun kanun yapılması prosedürüne uygun olarak kabul ettiği her metin, kanuni düzenleme koşulunu, başka bir deyişle kanunilik ilkesini gerçekleştirmez. Kanunun, içeriği bakımından da bazı özellikleri taşıması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan şekli anlamda bir kanunun, kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme sayılabilmesi için, hukuk güvenliğini zedelemeyecek bir şekilde formüle edilmesi gerekir (Uygun, 1992: 92) .

Teziç, Türk pozitif hukukunda yasanın maddi anlamda bir tanımlaması yapılmadığını belirterek, böyle bir tanımlama Anayasada yer almadığı için, Anayasa'daki “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez.” kuralının bu konuda bir ayırım yapmadığından hareketle, 1982 Anayasası'nda kanunun şekli anlamda olduğu, yani yasama organı tarafından belli bir usulle yapılan işlem olarak kabul edildiği sonucuna varmaktadır (Teziç, 2005:14).

Eren, Anayasa'nın 13. maddesinin gerekçesinde tüm hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında “kanunilik” ilkesinin geçerli olduğunu ve yürütme organının düzenleyici işlemleri ile özgürlüklerin sınırlanamaz olduğunu belirttiğini, gerekçede yer alan “yasama” tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağı ifadesinden “şekli yasa” anlayışının benimsendiğinin açıkça görüldüğünü ifade etmektedir (Eren, 2004: 68).

Özbudun ise, 1982 Anayasası'nda yasanın mutlaka bir kural-işlem olması gerektiğini gösteren herhangi bir hükmün olmadığını, üstelik yasayı kural-işleme özdeşleştiren 1961 Anayasası gerekçesinin aksine 1982 Anayasası'nda bu husustan dahi söz edilmemiş olmasının, şekli anlamda yasa anlayışının savunulmasını daha da kolaylaştırdığını ifade etmektedir (Özbudun, 1993:29).

Doktrindeki görüşlere rağmen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar, şekli anlamda yasa özelliğinin yanı sıra maddi anlamda yasanın özellikleri olan genellik, soyutluk özelliklerine de sahip olmalıdır.

Erdoğan'a göre; temel hak sınırlamalarının kanuna dayanması Türk Anayasal sistemi bakımından da zorunlu olmakla beraber, 13. maddede açıkça şekli anlamda kanun kastedilmemektedir. Dolayısıyla, temel haklar, özel usulüne uygun olarak TBMM'nin "kanun" adı altında yaptığı işlemlerle sınırlanabilecektir. Ancak Anayasa istisnai olarak kanun hükmünde kararnamelerle sosyal ve ekonomik hakların düzenlenmesine izin vermektedir (Erdoğan, 2007: 122).

13. maddenin gerekçesinde; hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının yasa ile yapılabileceği yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve özgürlüklerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin yasa yoluyla sınırlanması zorunluluğu çağdaş devletlerde kolaylıkla işleyen bir yöntem olmadığı için yürütmenin daha önce yasaların açıkça koyduğu sınırlar içinde kalmak koşuluyla bazı düzenlemeleri gerçekleştirebilecekleri kabul edilmektedir (Uzeltürk, 2004: 22).

Anayasa'nın 91. maddesi uyarınca sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. Yine bu hükmün kanun hükmünde kararnamelerle sınırlanamayacak olan temel hak ve özgürlükleri kapsayan

bölmeleri sayarken dışarıda bıraktığı bölüm, üçüncü bölümdür ve bu bölümde Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler yer almaktadır.

Ekonomik ve sosyal haklar arasında Anayasa'nın açıkça yasayla düzenlenmesinin öngörüldüğü hak ve özgürlüklerin de kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenip düzenlenemeyeceği sorunu doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Özbudun, Anayasa'nın yasayla düzenleneceğini belirttiği alanlarda da, düzenleyici işlemlere ilişkin genel kurallara uyulması koşuluyla, diğer düzenleyici işlemler gibi, kanun hükmünde kararname de çıkarılabileceği sonucuna varmaktadır. Ancak yazara göre, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği açık bir Anayasa hükmü olduğundan, bu alanlarda kanun hükmünde kararnamelerle düzenleme yapılamaz (Özbudun, 1993: 47).

Sağlam ise, düzenleme-sınırlama farkından hareket ederek, düzenlemenin, sınırlamadan daha geniş ve farklı bir kavram olduğunu belirtmekte ve hakkı sınırlayıcı düzenlemeler olabileceği gibi, hakkı güçlendiren, onu daha etkili bir kullanıma kavuşturan, hatta ona, önceden sahip olmadığı belli bir içerik kazandıran düzenlemelerin de söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Ayrıca, yazara göre sosyal ve ekonomik haklar “olumlu statü hakları” niteliğinde olduğu için, devlete bir edimin yerine getirilmesi yükü getirdiklerinden, kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenebilirler, ancak ekonomik ve sosyal haklar içinde devletin bir yükünü yerine getirmesi zorunluluğu olmayan ve olumsuz statü haklarından nitelik itibarıyla farklı olmayan hak ve özgürlüklerin ise kanun hükmünde kararnameler ile düzenlenememesi gerekmektedir (Sağlam,1984: 261-271).

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının kanun ile yapılacağını belirten Anayasa'nın 13. maddesinin gerekçesinde, “yasa kaydı”na ilişkin şu açıklamalar yer almaktadır: “*Maddenin birinci fıkrasında ‘ancak kanunla’ denilmek suretiyle, hak ve*

*hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanamayacağı belirtilmiştir.”* Gerekçede açık bir biçimde belirtilmiş olan “yasallık ilkesi” yürütme organının düzenleyici işlemleri ile özgürlüklerin sınırlandırılmasını engellemektedir. Ancak günümüz toplum ve devlet yaşamının gittikçe karmaşık ve teknik bir nitelik alması, sosyal koşulların hızla değişime uğraması, kanunkoyucunun herhangi bir konuyu düzenlerken bütün olasılıkları görebilmesini olanaksız kılmaktadır. Bu nedenle bazen, temel hak ve özgürlükler alanında da ikinci derecede kalan, teknik, ayrıntı niteliğinde sayılabilecek konuların, yürütme organı tarafından düzenlenebileceği öğretide ve uygulamada kabul edilmektedir (Kapani, 1993: 232).

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde vermiş olduğu çeşitli kararlarında yasama alanının içeriğine ilişkin asgari temel ilke ve ölçütler belirlemiştir. Mahkeme'nin kararlarına göre, kanun hükmü belli konularda “temel kuralları”, “ilkeleri” koyacak, “çerçeveyi çizecek” ve “sınırları” belirleyecektir (Yüzbaşıoğlu, 1993:232). Mahkeme'nin 1985/8 ve 1988/23 karar sayılı kararlarına göre, “*Kanunkoyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak*”tır (E.1985/3, K.198578, KT.18.06.1985, AYMKD, S.21, sf.204-E. 1987/18, K.1988/23, KT.22.06.1988, RG 26.11.1988, S. 20001).

### **2.3.1.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Kanunilik İlkesi**

Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ilkesi, AİHS'in de benimsediği güvence ilkelerinden biridir. Bunun sonucu, üye devletlerin Sözleşme'de belirlenen hakları, kendi iç hukuk düzenlerinde, mutlaka kanunla sınırlamalarıdır. Aksi durum Sözleşme'ye aykırılık teşkil edecektir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 225) .

AİHS, Sözleşme'deki hakların sınırlanmasında “kanunilik ilkesi”ni benimsemiştir ama “kanun” tabirinin mutlaka Parlamento tasarrufu olan bir işlem

biçimindeki şekli anlamda kanun mu; yoksa genel, soyut, objektif, kişisel olmayan bir işlem biçimindeki maddi anlamda kanun mu olduğu konusunda bir açıklık getirmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu(AİHK), değişik kararlarında Sözleşme maddelerinde yer alan “kanun ile öngörülen” kavramını açıklarken, kanun kavramını maddi anlamda kullanmıştır. Diğer bir deyişle, doğrudan parlamento tasarrufu olmadan da, kanunun verdiği açık yetkiye dayanarak, genel, soyut, objektif, kişisel olmayan kuralları içeren maddi anlamda kanun sayılabilecek nitelikteki yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de temel hakların sınırlanabileceğini belirtmiştir (Batum,1993: 255-256) .

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kanun kavramının nasıl yorumlanması gerektiği konusu Avrupa İnsan Hakları Divanı(AİHD) önüne de gelmiş ve Divan, *Sunday Times* kararında kanun kavramını son derece geniş yorumlamıştır. Adı geçen kararda Divan, öncelikle, kanun kavramının mutlaka yazılı bir hukuk kuralı gerektireceği yorumunu reddederek, “Common Law” sistemini Sözleşme ile birlikte yorumlamaya çalışmış, kanun kelimesinin hem yazılı hukuku, hem de yazılı olmayan “Common Law” (örf ve adet hukukunu) hukukunu içerdiğini belirtmiştir. Ancak Divan, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan hukuk kurallarının, maddi anlamda “kanunla öngörölmüş” sayılabilmeleri için, hukuk güvenliğini sağlama zorunluluğunu yerine getirmesi, bunun için de, kolay ulaşılabilir ve öngörülebilir olması koşullarını taşıması gereğini vurgulamıştır. Divan, daha sonra verdiği, *Barthold, Silver v. ve Malone* kararlarında da aynı içtihadını sürdürmüştür (Batum, 1993: 257-258) .

Kısaca, AİHS’de “kanunilik ilkesi”, geniş anlamı ile kullanılmaktadır. Sadece parlamento tarafından yapılan şekli anlamda kanun değil, kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak yürütme organınca yapılan genel, soyut, objektif, kişisel olmayan düzenleyici işlemler ile yazılı olmayan örf adet hukuku da “kanunilik ilkesi”ne uygun kabul edilmektedir. Ancak, aranan, sözkonusu hukuk kurallarının hukuk güvenliğini sağlama zorunluluğunu yerine getirebilecek nitelikte kolay ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmasıdır (Yüzbaşıoğlu, 1993:226) .

### 2.3.1.2. Anayasa Mahkemesi'ne Göre Kanunilik İlkesi

1982 Anayasası 13. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanacağını belirtmiş, Anayasa'nın bu açık hükmü karşısında uygulamada da bir sorunla karşılaşılmamıştır. Gerek öğretide, gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında kanun kavramı şekli anlamı ile açıklanmış, içeriği ve maddi anlamı esas alınmaksızın, “parlamentonun kanun yapma prosedürüne uygun olarak yaptığı işlemler” kanun olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle de özgürlüklerin sınırlanmasında ülkemizde şekli anlamda kanunilik ilkesine bağlı kalınmıştır. Uygulamada Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarında, özgürlüklerin sınırlanmasının “mutlaka kanunla yapılması”, “yasal sınırlama hükümlerin açık ve kesin olması” zorunluluğunu özellikle vurgulamış, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan yasanın herkesin ulaşabilmesi ve hukuki güven ihtiyacını karşılayabilme niteliklerine sahip olması gerektiğini ifade etmiştir (E. 1985/21, K.1986/23, KT.06.10.1986, AYMKD. S.22, sf.224-E. 1986/26, K.1986/26, KT.04.11.1986, AYMKD. S.22, sf.317 ).

Anayasa Mahkemesi Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği kararında, kanunla düzenlemeye ilişkin olarak şu nitelikleri belirtmektedir: “...Böyle bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış, sakıncalı sınırlama getirilmiş olur. İçeriğinin belirlenmesi yönetimin görüşüne bırakılan sınırlamanın yasa ile konulduğundan söz edilemez. Bendde açıklanan, meslekten geçici ve daimi uzaklaştırma cezalarının hangisinin, hangi durumda verileceğine ilişkin bir belirtme yoktur. Uygulanma durumları, yönetimin, bakanlığın takdirine bırakılmış, böylece çalışma özgürlüğüne getirilecek sınırın içeriğinin saptanması yasa yerine yönetimce düzenleme sonucunu getirmiştir.” (E.1987/16, K.1988/8, KT.19.4.1988, AYMKD, S.24, sf.108)

Anayasa Mahkemesi'nin 18.1.1996 tarih ve 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunla ilgili kararında şöyle denilmektedir: “Anayasa'da öngörülen



suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi', hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın 'açık', 'anlaşılır' ve 'sınırlarının belli olması'nı zorunlu kılmaktadır. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır (E.1995/28, K.1996/2, KT.18.1.1996, AYMKD, S.36, C.1, sf.20).

### **2.3.2. Nedene Bağlılık İlkesi**

1982 Anayasası'nın 13. maddesi özgün metnine göre; "temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğini, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle... sınırlanabilir." Maddenin son fıkrasında, genel sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olduğu ayrıca vurgulanmıştır. Böylece 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde, özgürlüklerin genel rejimi bakımından katmerli sınırlama sistemi olarak isimlendirilebilecek bir mekanizma getirilmiştir. Katmerli sınırlamanın birinci aşaması, istisnasız tüm hak ve özgürlüklerin sınırlanabilmesi yetkisini yasamaya tanıyan bir genel sınırlama hükmünün konulmuş olmasıdır. 1961 Anayasası, her temel hak ve özgürlüğün hangi sebeplerle sınırlanabileceğini, o özgürlükle ilgili maddede belirtmiş, fakat bunun yanısıra 11. maddenin 2. fıkrasında "kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz" hükmüne yer vermiş ve bu hükmün, her maddede belirtilen özel sınırlama sebeplerine ek olarak bir genel sınırlama sebebi mi oluşturduğu, yoksa sadece anılan sebeplerle dahi olsa, bir hak ve özgürlüğün özüne dokunulamayacağını belirtmek amacıyla mı düzenlendiği konusunda tartışmalara neden olmuştur. Bu konudaki tartışmalara ve Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne 15-19. sayfalar arasında

değindiği için burada tekrar edilmeyecektir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk şeklindeki düzenleme bu tartışmaya son vermek amacıyla yapılmıştır (Tanör, 1986:134-135) .

### **2.3.2.1. Genel Sınırlama Nedenleri**

Genel sınırlama nedenleri Anayasa'nın 13. maddesinde dokuz adet olarak yer almıştır. 13. maddenin son fıkrasına göre, “bu maddede yer alan sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.” Fakat burada yer alan geçerlilik sözünden tüm özgürlüklerin her zaman 13. maddede sayılan nedenlerden herhangi birine dayanılarak sınırlanabileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu gerekçesinde de belirtildiği gibi, “genel sınırlama sebeplerinden hangilerinin hangi temel hak ve hürriyetler için sınırlama sebebi olarak uygulanacağı kanunla belli edilecektir.” ( Soysal, 1997: 195)

Ayrıca Anayasa'nın herhangi bir sınırlama sebebinden söz etmeksizin sadece “kanunla sınırlanabilir” veya “kanunla düzenlenebilir” deyimlerini kullandığı durumlarda, kanun koyucu sınırlamayı ancak genel sınırlama sebeplerine dayanarak yapabilir. Sınırlamanın sebebe bağlı olması, bu sınırlama nedenlerinin “öngörüldükleri amaç dışında” kullanılmamalarını gerektirmektedir. Mesela, kamu düzeninin korunması amacı ile getirilmiş bir sınırlama, genel sağlığın korunması amacı ile kullanılamaz (Özbudun, 1993: 80) .

#### **2.3.2.1.1 Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğünün Korunması**

Bu kavram Anayasa Hukukumuzda ilk kez 1961 Anayasası ile girmiştir. Ancak bölünmezlik ilkesi, çok sözü edilen bir kavram olmasına rağmen, kanunkoyucu tarafından dahi tanım yapma gereği duyulmayan bir kavram halini almıştır (Uygun, 1992: 121) .

lke devletin üç unsurundan biridir. Devletin olmazsa olmaz koşulları arasında yer almaktadır. Diğer devletlerle olan egemenlik alanının sınırlarının saptanması açısından önemli bir role sahiptir. lke bir insan topluluğunun üzerinde yerleşmiş olduğu üç boyutlu maddi çevredir. lke sınırları içerisinde yer alan bir kara parçasının bir başka devletin egemenliği altına girmesinin engellenmesi amacıyla temel hak ve özgürlükler sınırlanabilir. Millet ise, birbirlerine bir takım bağlarla bağlanmış insanlardan oluşmuş bir topluluk şeklinde tanımlanabilir. Bu bağların niteliğine göre iki değişik millet anlayışı vardır. Biri, insanları elle tutulur gözle görülür somut bağlarla bağlayan objektif millet anlayışıdır. Bu somut bağlar, ırk birliği, din birliği ve dil birliği olarak sayılabilir. İkincisi, insanlar arasında bir takım nesnel olmayan unsurlarla bağ kurulması durumunda söz konusu olan subjektif milliyetçilik anlayışıdır. Mazi, hatıra, amaç, ideal, istikbal, lk birliği gibi hususlar subjektif unsurlar arasında yer almaktadır. Milleti birbirine bağlayan bu unsurların yok edilmesi dolayısıyla milletin bölünmesini önlemek amacıyla temel hak ve hürriyetler sınırlanabilir (Gözler, 2000:229-230).

Blnmezlik ilkesi ise, vatan toprağının devredilmezliği, federalizmin olanaksızlığı ve sınıf egemenliğinin yasaklanmasını ifade etmektedir. lke, millet, egemenlik ve devletle bütünleştiği için, rastgele bir toprak olmaktan çıkılmış ve vatan toprağı niteliğini kazanmıştır. Bu nedenle ülke topraklarının bir parçasının yabancı egemenliğine terk edilmesi, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesine aykırıdır. Aynı şekilde federatif yapı da iki egemenliğin bir arada bulunmasını gerektirdiği için, bölünmezlik ilkesine aykırılık teşkil ederken, egemenlik ve ulus kavramlarının bütünleşmesi, devletin herhangi bir sınıfla zdeleşmesine engel olduğu için egemenliğin kullanılmasını tek bir sınıfa bırakan ya da bir sınıfı egemenliğin kullanımına katılmaktan alıkoyan düzenlemeler de bölünmezlik ilkesine ters düşmektedir (Soysal, 1997: 181-185) .

### 2.3.2.1.2 Milli Egemenliğin Korunması

Milli egemenlik ilkesi 1921 Anayasası ile Türk Anayasa Hukuku'na girmiş ve bu tarihten itibaren bütün Anayasalarımız egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu hüküm altına almıştır. Milli egemenlik ilkesi, Türkiye Cumhuriyeti (TC) tarihindeki anlamıyla, egemenliğin halife sultandan millete geçişini, bir başka yönüyle de tanrısal olmaktan çıkıp insan temeli üzerine oturtulmasını deyimler. “Milli egemenlik”, “bölünmezlik ilkesi” gibi, anlamını Türkiye Cumhuriyeti'nin tarihinde ve Milli Mücadele sürecinde bulan bir kavramdır (Uygun, 1992: 123).

Milli egemenlik, 1982 Anayasa koyucusunun 1971 değişikliklerine ek olarak, genel sınırlama nedenleri arasında saydığı iki yeni kavramdan biridir. Milli egemenliğin korunması ile amaçlanan, egemenliğin bir kişiye, bir sınıfa bırakılmaması, merkezinde insan bulunmayan bir temele oturtulmamasıdır (Uygun, 1992: 123) .

### 2.3.2.1.3 Cumhuriyetin Korunması

Öğretide, Cumhuriyet kavramının hem devlet hem de hükümet şeklini nitelendirmek için kullanıldığı belirtilmektedir. Devlet şekli olarak Cumhuriyet, egemenliğin bir kişi veya zümreye değil, toplumun tümüne ait olduğu bir devleti deyimler. Hükümet sistemi olarak Cumhuriyet, seçim ilkesine dayanan, devletin temel organlarının seçim ile kurulmuş olduğu bir hükümet sistemini anlatmaktadır. Bir sınırlama nedeni olarak cumhuriyetin korunması ile amaçlanan, iktidarın soy esasına göre belirlendiği hanedanlık sistemine geri dönüşe set çekmektir. Bu anlam çerçevesinde, 1924, 1961, 1982 Anayasalarında “*Cumhuriyetin değişmezliği*” esası kabul edilmiştir (Özbudun,1993: 47-48) .

### 2.3.2.1.4 Milli Güvenliğin Korunması

“*Milli güvenlik*” kavramı bilimsel çalışmalara 2. Dünya Savaşı’ndan sonra konu olmuş ve giderek askeri bir terim olmaktan ziyade sosyal bilimlerin kavramı haline gelmiştir.

Genel olarak milli güvenlik denilince devletin ve ülkenin iç ve dış güvenliği anlaşılmaktadır. Dış güvenlik, yabancı devletlerin saldırıları veya saldırı ihtimallerine karşı korunma, bunlara karşı koyma ve uzak bulunmayı ifade eder. İç güvenlik ise, devletin iç barışı sağlamasını, iç barışı tehdit eden unsurlar varsa bunları ortadan kaldırmayı ve bunlarla mücadeleyi öngörmektedir. Ülkenin güvenliğini tehlikeye düşürecek iç ve dış tehditleri bertaraf etmek için temel hak ve özgürlüklere bazı sınırlamalar getirilebilmektedir. Örneğin, temel hak ve özgürlükler yabancı bir devletin saldırısına karşı koymak veya içte yaşanan bir ayaklanmayı önlemek amacıyla sınırlanabilir (Gözler, 2000: 230).

Temel hak ve özgürlüklere getirilecek bir sınırlamanın milli güvenlik nedenine dayalı olarak yapıldığından söz edebilmek için sınırlama devlet tüzel kişiliğini korumak amacıyla yapılmalıdır. Tehlike tüm ülkeyi ve ülkede oturan kişileri ilgilendirmelidir. Ülkenin belirli bir yöresinde kamu düzeninin bozulması durumunda milli güvenlik nedenine dayanılarak sınırlama getirilemez (Uygun, 1992:125).

### 2.3.2.1.5 Kamu Düzeninin Korunması

Kamu düzeni oldukça geniş ve soyut bir kavramdır. Toplum yaşamı ile ilgili hemen her konu kamu düzeni kavramı içinde düşünülmektedir. Kamu düzeni kavramı, “kamu huzuru”, “kamu güvenliği” ve “kamu sağlığı”(genel sağlık) kavramlarıyla da tanımlanmaktadır (Aydın, 2008:111).

Kamu huzuru, kamu güvenliği ve kamu sağlığı alt kavramları ile kamu düzeninin içeriği tümüyle somutlaşmış olmamaktadır. Kamu düzeni kavramının soyut ve

belirsiz niteliğinin bir nedeni de toplumsal gelişime paralel olarak kavramın içeriğinin genişlemesidir. Bu nedenle kamu düzeni kavramı, diğer sınırlama nedenlerine göre geniş olarak yorumlanma ve dolayısıyla aşırı sınırlama tehlikesini daha fazla taşımaktadır ( Rumpf, 1995: 127) .

Anayasa Mahkemesi bir kararında; *“Kamu düzeni deyiminin, toplumun dirlik ve düzenliliğinin sağlanmasını, devletin ve devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı kuşkusuzdur.”* ifadelerine yer vererek, çok geniş bir alanın bu kavram içinde düşünülmesi gerektiğini vurgulamıştır (Uygun, 1992:126) .

### **2.3.2.1.6 Genel Asayişin Korunması**

Asayiş, bir toplulukta güvenliğin egemen olması, korku ve endişe yaratacak bir şeyin bulunmaması durumu olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım ile ifade edilen durumun, kamu düzeninin iki alt kavramı olan, kamu huzuru ve kamu güvenliği tarafından kapsandığı söylenebilecektir. Burada toplumun, maddi ve manevi varlığı dokunulmaz olan tüm bireylerin toplamı olarak korunması sözkonusudur. Feyyaz Gölcüklü'nün Danışma Meclisi'nde geçen açıklamalarına göre; gece sokakta sekiz kişinin toplanıp herkesin uyuduğu saatte şarkı söyleyerek yürümesi genel asayiş ilgilendirmektedir, kamu güvenliği veya milli güvenliği ilgilendirmemektedir (Uygun, 1992: 127) .

### **2.3.2.1.7 Kamu Yararının Korunması**

Kamu yararı kavramı, hukukun sınırlarını aşan, felsefe, ahlak ve sosyoloji alanına giren bir terim olması nedeniyle Anayasanın 13. maddesinde yer alan kavramlar arasında genel, soyut ve içeriği zor belirlenebilecek bir nitelik taşımaktadır.

Uygun'a göre, tüm temel hak ve özgürlükler ile düzenleme ve sınırlamaların kamu yararı amacıyla yapılması esas olduğuna göre, kamu yararı kavramı diğer sınırlama nedenlerinin yöneldiği genel bir amaç olmaktadır. Anayasa'da yer alan sınırlama nedenleri, genel amacı gösteren kamu yararı karşısında özelleşmiş, başka bir deyişle kamu yararını belirli bir kesit içinde ele alan kavramlar haline gelmiştir (Uygun, 1992:129) .

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında bütün yasaların kamu yararına yönelik olması gerektiğini ve bu esasın pozitif dayanağının "hukuk devleti" ilkesi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; *"...Anayasanın hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı, kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre, çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir."* (E.1972/14, K.1972/34, AYMKD, S.10, sf.486)

Temel hak ve özgürlüklerin kamu yararı nedenine dayanılarak sınırlandırılması durumunda, kamu yararı kavramının yorumlanması görevi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa Mahkemesi de bu konuda ilgili yasanın gerekçesinden ve meclis görüşmelerinden yararlanmaktadır. Mahkeme "kamu yararı" kavramını, Anayasaca korunan bir durum olarak kabul etmiş, kamu yararına uygun olmadığı görüşünde olduğu yasaları iptal etmiştir (Rumpf, 1995: 128) .

Bir yasanın kamu yararına dayanıp dayanmadığı Meclis görüşmelerinden ve yasanın gerekçesinden anlaşılıyorsa, bu durumda Anayasa Mahkemesi, yasanın içeriğini ve doğurduğu sonuçları göz önüne almaktadır (Uygun, 1992:130).

### 2.3.2.1.8 Genel Ahlakın Korunması

“Genel ahlak” kavramı da tanımlanması zor sınırlama nedenlerinden biridir. Anayasa Mahkemesi tarafından genel ahlak deyimi, “belli bir zamanda belli bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kuralları ile ilgili hareketleri gösteren bir anlam taşımaktadır.” şeklinde tanımlanmıştır (E.1963/128, K.1964/8, AYMKD, S.2, sf.38). Anayasa Mahkemesi’nin bu tanımına göre, ahlak kuralları ile ilgili hareketlerin genel ahlak tanımı içinde değerlendirilebilmesi için üç ögeyi barındırması gerekmektedir. Birinci öge zamandır. Ahlak kurallarının zamanla değişebilirliği sözkonusudur. İkinci öge ise ahlak kurallarının toplumun büyük çoğunluğu tarafından kabul görmesidir. Üçüncü öge ise benimsemedir. Ahlak kuralları toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmelidir (Esen, 1966:54-55).

Genel ahlak kavramı toplumsal yaşamın manevi yönünü ifade etmektedir. Bu noktadan hareketle toplumsal yaşamın maddi yönüyle ilgilenen kamu düzeni kavramı ile genel ahlak kavramı arasında ilgili oldukları alan açısından farklılık vardır. Bununla birlikte, genel ahlakın korunması ile kamu düzeninin arasında yakın bir ilişki olduğu da söylenebilir. Genel ahlakın korunması ile amaçlanan, belirli bir ahlak anlayışının korunması ve buna karşı olan anlayışların yasaklanması değildir. Demokratik bir devlette, devletin düşünce ve davranışları ahlak kuralları açısından denetlemesi ve bu amaçla kişilerin inanç, anlayış ve duygularına müdahale etmesi düşünülemez. Devletin müdahale yetkisi, toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunmasına yöneliktir. Toplumun maddi düzenini bozmayan eylemlerin ahlaki kurallara uygunluğu açısından değerlendirilmesi ve sınırlandırılması sözkonusu değildir. Bu nedenle genel ahlakın korunmasından, toplumun maddi düzenini bir başka deyişle, kamu düzenini bozacak davranışların önlenmesi anlaşılmalıdır (Uygun, 1992: 131-132) .

Temel hak ve özgürlüklerin “genel ahlak sebebiyle” sınırlanması konusu 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, 3266 sayılı “1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma



Kanunu'nun Bazı Maddeleri ile Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 1117 Sayılı Kanuna Ek Maddeler İlavesine Dair" Kanun'un iptali için açılan davada konuyu ayrıntılı olarak değerlendirmiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 223). Mahkeme konuya ilişkin olarak vermiş olduğu 1987/4 karar sayılı kararında, " Ülkemizde...kamu denetimi...dışında kalan araçlardan pek çoğunun yaptığı ticari amaçlı yayınların, giderek ulusal yararlar açısından sakıncalı boyutlara ulaştığını, bir başka deyişle muzır(zarar verici) bir nitelik kazandığını,...bu yayınların çocukları ve gençleri iyi insan-iyi yurttaş olma idealinden uzaklaştırdığını" tespit etmiştir. Mahkeme sözkonusu kararında, "...demokratik hak ve özgürlükler içinde önemli bir yer işgal eden basın özgürlüğünü zedelememek, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelere zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan korumak zorunluluğunu" belirtmiş; "gerekli ve duyarlı bir dengeyi kurmak ve korumanın ise bir devlet görevi ve önemi yadsınamayacak bir Anayasa sorunu olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme kararında "maneviyat" ve "muzır" kavramlarının açık tanımını vermemekle birlikte, bu kavramları belirleyici unsurların 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun genel amaç ve ilkelerinde ayrıntılı olarak gösterildiği ve bu düzenlemelere aykırılığın "yayın suçu" doğurduğu sonucuna varmış, basın özgürlüğünün "genel ahlakın korunması amacı" ile sınırlanmasını Anayasa'ya uygun bulmuştur (E.1986/12, K.1987/4, KT. 11.02.1987, S.23, sf. 68-71).

### **2.3.2.1.9. Genel Sağlıkın Korunması**

13. maddede yer alan son sınırlama nedeni "genel sağlık" tır. Diğer sınırlama nedenlerinin aksine içeriği kolay belirlenebilecek bir kavramdır.

Genel sağlık kısaca, toplulukların bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması, toplumun sağlık koşulları içinde tutulmasıdır. Kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilen bir kavramdır (Duran, 1982: 255). Bununla birlikte genel sağlık, bir

sınırlama nedeni olarak pozitif metinlerde genellikle kamu düzeni kavramı ile bir arada kullanılmaktadır.

### **2.3.2.2. Özel Sınırlama Nedenleri**

Özel sınırlama nedenleri denilince, Anayasa'nın temel haklar ile ilgili maddelerinde yer alan ve yalnızca ilişkin oldukları haklar için geçerli olan sınırlama nedenleri anlaşılmaktadır (Tanör, 1986: 135) .

1982 Anayasası'nda özel sınırlama nedenleri 1961 Anayasası'na göre önemli ölçüde arttırılmış ve ağırlaştırılmıştır. 1961 Anayasası'nda yer almayan ve yeni anayasa ile getirilen özel sınırlama nedenlerine kişi dokunulmazlığı, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve basın araçlarının korunması ile ilgili düzenlemeler örnek olarak verilebilir (Uygun, 1992: 133) .

Anayasa'nın birçok maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin somut ve tekil durumlarda kayıtlanabilmesi konusunda, idari makamlara yasa ile yetki verilebileceği esası kabul edilmiştir. 1961 Anayasası somut ve tekil durumlarda özgürlüklerin sınırlandırılması kural olarak yargıç kararına bağlı tutmasına ve 1971 değişikliği ile bu alanda idarenin yetkileri arttırılmış olmasına rağmen, 1982 Anayasası'nda kişi özgürlüğü, kişisel ve kolektif haklar başta olmak üzere, hemen her konuda, gecikmede sakınca bulunan hallerde yetkili makam veya merciin emri ile hak ve özgürlüğün kullanımına son verilmesi veya durdurulması mümkün hale gelmiştir (Tanör, 1986: 137).

### **2.3.3 Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Aykırı Olmama**

Anayasanın “sözüne ve ruhuna aykırı olmama” ilkesi, sınırlama ilkeleri içinde en geniş kapsamlı olarak nitelendirilebilecek bir ilkedir. “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun” sınırlama yapılması kuralı, hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda yer almıştır. Bu kural, 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde ve 1982

Anayasası'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturan ölçütlerden biri olarak düzenlenmiştir.

“Anayasanın sözü” denildiğinde genel olarak anayasa metninde açık olarak düzenlenen kurallar anlaşılmaktadır (Tanör-Yüzbaşıoğlu, 2002:147). Anayasanın sözüne aykırı olmama şartı özellikle, anayasanın temel hak ve hürriyetler için “ek güvence” belirtmiş olması durumunda önem kazanmaktadır. Anayasa, birçok hallerde, sadece bir hak ve hürriyeti tanımakla yetinmemiş; aynı zamanda kanun koyucunun, o hak ve hürriyeti düzenlerken yapamayacağı hususları da belirtmiştir. Bunlar kanunkoyucuya yönelik yasaklama hükümleridir (Özbudun,1993:79). Kanun koyucunun ek güvencelerle korunan bu temel hak ve özgürlükleri sınırlarken mutlak nitelikteki güvencelere aykırı kanuni düzenlemeler getirmesi mümkün değildir (Sabuncu, 1984:19) .

1982 Anayasası'nın tutuklamanın ancak hakim kararı ile yapılmasını öngören 19. maddesi; süreli ve süresiz yayınların önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağını öngören 29. maddesi; özel haberleşmenin gizliliğine ve konuta Anayasa'daki istisnalar dışında hakim kararı olmadıkça dokunulamayacağını belirten 20. ve 21. maddeleri; dernek, sendika ve siyasal parti kurmanın, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemenin önceden izin alma şartına bağlanamamasını öngören 33., 51., 68. ve 34. maddeleri; bu maddelerde düzenlenen hak ve özgürlükler açısından ek güvenceler getirmektedir. Konuya temel hak ve özgürlükler açısından bakıldığında, sınırlamanın, Anayasa'nın diğer maddelerinin yanısıra hak ve özgürlüklere ilişkin maddelere ve özellikle de bu maddelerde belirtilen ek güvencelere aykırı olmaması gerektiği söylenebilir (Uygun, 1992:142) .

Anayasa'nın 13. maddesi, kanun koyucuyu, temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken sadece “Anayasanın Sözü” ile yetinmemiş, bunun yanı sıra yapılan sınırlamanın “Anayasanın Ruhunu” ile de uygun olması şartını ileri sürmüştür (Gözler, 2000:234) .

Özbudun, “Anayasanın Ruhu” kavramından, anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama uygunluğun anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir (Özbudun, 1993: 80).

Sabuncu ise, adı geçen kavramın, sınırlama yapılırken Anayasa’nın bütününe gözönünde tutulması gerektiğini ifade ederken, Gözler ise, “Anayasanın Ruhu” kavramını hukuk dışı bir kavram olarak nitelendirmiştir (akt. Aydın, 2008:109) .

Atar’a göre “Anayasanın ruhu” kavramını, “Anayasa hükmünün yorumu olarak anlamak daha doğrudur. Anayasanın sözü teriminden Anayasa hükmünün lafzi yorumu anlaşıldığı takdirde, “Anayasanın ruhu” yani “yorumu” teriminden de, Anayasa hükmünün anlamının belirlenmesi faaliyeti olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre “Anayasanın Ruhu”, yani anlamı araştırılırken, Anayasanın bütününe hakim olan temel ilke ve düşünceler göz önünde tutularak Anayasa hükmünün öncelikle amaçsal yorumuyla ulaşılabilecek objektif anlamı belirlenmelidir. Anayasanın anlamı araştırılırken diğer yorum yöntemlerinin de kullanılabileceğini ifade etmektedir (Atar, 2002:133).

Araslı’ya göre, anayasanın ruhundan “Anayasayı biçimlendiren değerler sistemine, bu sistemin temel felsefesine, her hak ve özgürlüğün toplumsal amacına ve bu değerler sistemine göre Anayasa’da belirlenmiş, Anayasa’nın yapılışına hakim olan Anayasa ile özdeşleşmiş bulunan Başlangıç kısmındaki ilkelere, Anayasa ile ulaşılmak istenen hedefe aykırı düşmeyecek bir sınırlama anlaşılmalıdır (akt. Üzeltürk, 2004:42).

Tanör, “Anayasanın ruhu” denilen şeyin nesnel olarak tanımlanabilecek bir nitelikte olmadığını, bu kavrama çeşitli ve bazen çok tartışma götürür anlamlar yüklenebileceğini belirterek, anayasa yargısı sırasında bu yola başvurulmasının, Anayasa Mahkemesinin yerindelik denetimi yapması sakıncasını doğurabileceğini ifade etmektedir (Tanör-Yüzbaşıoğlu, 2006:136) .

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın özünün belirlenmesinde, ilgili maddenin konuluş amacını ve diğer maddelerle olan ilişkisini göz önüne almıştır. Anayasa

Mahkemesi bir kararında; polise genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların parmak izlerini ve fotoğraflarını alma yetkisi veren bir hükmü “kişi özgürlüğü ve güvenliği” ile ilgili Anayasa’nın 19. maddesi yönünden değerlendirirken, bu maddeyi tek başına değil, Anayasa’nın temel hak ve özgürlükler konusundaki genel yaklaşımı doğrultusunda yorumlamıştır. Mahkeme, kişi özgürlüğü ve güvenliğinin 19. maddede, “kişi özgürlüğünün özel bir türü” olan “kişi güvenliği”nin ayrıntılı olarak düzenlendiğini, buna karşılık kişi özgürlüğünün yalnızca adından söz edildiğini belirtmiştir. 19. maddenin bu özelliği nedeniyle, kişi özgürlüğünün içeriği Anayasa’nın temel hak ve özgürlükler konusundaki genel yaklaşımı açısından yorumlanmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 2, 5, 12, 13, 14 ve 15. maddelerinden özgürlükçü bir genel kural çıkarmış ve söz konusu bu yasal düzenleme ile polise tanınan yetkiyi bu özgürlükçü yaklaşımın ışığında yorumladığı 19. maddeye aykırı bulmuştur (E.1985/8, K1986/27, KT. 26.11.1986, AYMKD S. 22, sf. 323-418) .

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen kararında maddeyi tek başına değil, diğer anayasa kurallarını da dikkate alarak yorumlamıştır. “Anayasanın bütünlüğü ilkesi” olarak da adlandırılan bu yorum yöntemi uyarınca, bir anayasa normu, diğer normlarla çelişkiye düşmeyecek ve sonuçta anayasanın bütünlüğü içinde uyum sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır (Uygun, 1992:143-144).

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların Anayasa metnine dahil olduğu kadar, Başlangıç kısmına da uygun olmasını gerektirmektedir. Çünkü Anayasa’nın 176. maddesi gereğince “Başlangıç” Anayasa metnine dahildir. Bu hükmün yanı sıra Anayasa’nın 2. maddesi de Başlangıç hükümlerini Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında saymıştır. Buna karşılık, Başlangıç kısmının gerçek hukuk kuralları niteliğine sahip olmayan hükümler içermesi bir çelişki yaratmakta ve bu bölümün Anayasa’ya uygunluk denetimindeki rolünü de tartışmalı kılmaktadır. Bu çelişkinin giderilmesi Başlangıç bölümünün açık bir şekilde ortaya konulmasına bağlı olacaktır (Uygun, 1992:144-145) .

### 2.3.4. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama

1982 Anayasası'nın 13.maddesinin 2. fıkrasında 1961 Anayasası'nda yer almayan “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz.” ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke, 1961 Anayasası'nda yer alan “öze dokunma yasağı” ilkesinin yerine getirilmiştir.

1982 Anayasası'nın öngördüğü temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde sınırlamanın en son sınırını gösteren ilke, “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ilkesidir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde pozitif kural olarak ifade edilmiş olan bu ilkeyi, 1982 Anayasa Kurucuları, tamamen AİHS'den almışlardır. 1982 Anayasa Kurucuları, hem AİHS, ile uyum sağlamak amacıyla, hem de öze dokunmama ilkesine göre daha açık ve daha kullanılabilir olduğu gerekçesi ile öze dokunmama ilkesi yerine “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ilkesini tercih etmişlerdir (Yüzbaşıoğlu, 1993:294) .

Anayasa'nın 13. maddesinin gerekçesinde, sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddenin ikinci fıkrasında, hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında daima gözetilmesi gereken ölçü; yani sınırlamaların sınırı öngörülmüştür. Diğer bir deyimle hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamalar yahut bunlar konusunda öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır. Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği “öze dokunmama” kıstasından daha belirgin, uygulaması daha kolay olan bir kıstastır. Esasen uluslararası sözleşme veya bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir.” (Akad-Dinçkol, 1998: 71-72). Bu gerekçeler Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nda ve Danışma Meclisi Genel Kurulu'nda da belirtilmiştir (Uygun, 1992:172). Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı Feyyaz Gölcüklü “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesini tercih nedenini şöyle açıklamaktadır :”...*İkinci fıkra konusunda sınırlamaların sınırı olarak gösterilmektedir. Bu sınırlamaların sınırı konusunda 2 kıstas mevcuttur. Birisi eski Anayasa'da olduğu gibi, özüne*

*dokunulmaması, ikincisi de komisyonun getirdiği teklifteki gibi demokratik rejim anlayışı ile uygun olma kıstası. Öze dokunmama, bu ikinci kıstastan çok daha müphem bulunduğu için, Alt Komisyon'da bu öze dokunulmama kıstasından vazgeçildi. Burada ifade edildiği gibi, söylenmek istenilen şudur: Demokratik rejim anlayışı ile, demokratik rejim esprisi ile, demokratik rejimin bütününden çıkan anlamla uygun olarak sınırlanabilir, yani bir sınırlama demokratik rejim anlayışına aykırı olmayacaktır demek istedik.”(Anayasa Komisyonu Yayınlanmamış Tutanakları, C.5, sf.3635, akt.Batum, 1993: 184) .*

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu üyelerinden Muammer Yazar'ın öze dokunma yasağı ve demokratik toplum düzeninin gereklerini karşılaştırdığı konuşmasında değişiklik nedeni çok daha çarpıcı bir şekilde ifade edilmiştir, *Bu iki ibareden birisi diğerinin başka şekilde ifadesi değildir... eski 11. maddeye hak behamahal kalacaktır, kenarından köşesinden ne kadar budarsan buda, o hak duracaktır... Memleketin bir parçasını koparacak olsa bile, hakkın özüne dokunamazsın, yapsın gerçeği bu. Biz de dedik ki, eğer bu memleketi yıkmaya müteveccih ise o zaman kalksın ortadan. Onun için ibare değişti ve o ibare biri diğerinin aynı değildir, başka bir surette ifade edilmiş anlamında değildir.”* (Anayasa Komisyonu Yayınlanmamış Tutanakları, C. 5, sf. 3638, akt. Batum, 1993: 192-193) .

“Demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün içeriğinin belirsiz olduğu, bu kavram üzerinde bir uzlaşmanın sağlanmamış olduğu ve bu nedenle bu kavramın kullanılmaması gerektiği, gerek Anayasa Komisyonu gerekse Danışma Meclisi'nde tartışmalara neden olmuştur. Özellikle Komisyon Başkanı Feyyaz Gölcüklü ve Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası dönemindeki uygulamalarından örnekler vererek, “toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlanması” üzerinde, “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ilkelerinin uygulanabilirlik testini yapmışlar; bu test sonucunda, toplantı ve gösteri yürüyüşüne ilişkin bazı sınırlamaların, öze dokunma yasağına aykırı düştüğü halde; aynı sınırlamaların, “demokratik toplum düzeninin gereklerine” aykırı düşmeyeceği yorumunu yapmışlar ve sonuç olarak da

özgürlüklerin daha fazla sınırlanabilmesini sağlamak demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ilkesinin elverişli olmasından hareketle bu ilkeyi benimsemişlerdir ( Yüzbaşıoğlu, 1993:309-310) .

Madde gerekçesinde, değişikliğe gerekçe olarak, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinin, daha belirgin, uygulanması daha kolay olduğu, ayrıca uluslararası sözleşme ve bildirimlerde sınırlamanın ölçüsü olarak, kullanıldığı belirtilmekle birlikte asıl gerekçenin, temel hak ve özgürlükleri, özlerine dokunulacak şekilde daha fazla sınırlamak olduğu da düşünülebilir (Sancar, 2000: 149) .

#### **2.3.4.1. Öğretide Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama İlkesi**

1982 Anayasasında, öz güvencesinin kaldırılarak demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının getirilmiş olması öğretide olumlu karşılanmamıştır. Eleştiriler daha çok bu iki ölçütün birbirinin yerine kullanılmış olması konusunda yoğunlaşmıştır.

1982 Anayasası'nın benimsediği temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın yeni sınırı olan, “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ilkesi iki yönden tartışmaya açıktır. Bunlardan ilki, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün, “öze dokunma yasağına” göre, kurucuların iddia ettiği gibi gerçekten daha belirgin ve uygulamasının daha kolay olup olmadığıdır. Nitekim “demokratik düzen” kavramının içeriğinin belirsiz olduğu, kavram üzerinde bir uzlaşmanın sağlanmamış olduğu, bu nedenle kullanılmaması gerektiği, hem Anayasa Komisyonu, hem de Danışma Meclisi'ndeki tartışmalarda da dile getirilmiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 309).

Özbudun'a göre “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” kriterinin, *hakkın özü kriterinden daha belirgin ve daha kolay uygulanabilir olduğu şüphe götürmekle birlikte, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında böyle bir ölçünün kabul edilmiş*



*olması, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine güç kazandıracak ve hürriyetler rejiminin korunmasını kolaylaştıracak niteliktedir. Fakat bu güvence, tıpkı kendisinden önceki "öz" güvencesi gibi, ancak temel hak ve hürriyetlerin "kanunla" sınırlanmasında söz konusu olabilir. Sınırlamaların doğrudan doğruya anayasanın kendisinden kaynaklandığı durumlarda güvence sağlamaz. Ancak, bu halde bile anayasanın yorumlanmasında anayasanın bütünlüğünün ve anayasa hükümleri arasındaki uyumun korunması ilkesinin gereği olarak, o hürriyeti sınırlayıcı anayasa hükmüne, eğer mümkünse, "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne aykırı düşmeyen bir anlam vermek gerekmektedir (Özbudun, 1993: 82).*

1982 Anayasası'nda öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün, 1961 Anayasası'ndaki öze dokunmama ölçütüne oranla daha belirgin ve uygulanmasının daha kolay olduğu belirtilmesine rağmen, bu gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu ölçüte dayanarak, Anayasa Mahkemesi iki farklı tutum alarak içtihadını oluşturabilecektir. Birincisi Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum gereklerinin ne olduğunu saptayarak, kanun koyucunun siyasal tercihlerini, buna göre değerlendirip bir sonuca varmasıdır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin, kendi içtihadına göre demokratik toplum anlayışının içeriğini belirlemesi, gelecekte yargıçlar hükümetine bir zemin hazırlayabilecektir. İkinci ihtimal, Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum gereklerinin ne olduğunu açıklamaksızın bunu postulat olarak kabul ederek belli bir sonuca varmasıdır. (Teziç, 2005: 31-32).

Yüzbaşıoğlu'na göre, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi, 1982 Anayasası yapıcılarının düşündükleri gibi, öze dokunma yasağına göre daha belirgin, somut ve kolay uygulanabilir bir ilke değildir. En azından bu ilke de öz ilkesi kadar somutlaştırmaya ve belirginleştirmeye muhtaçtır. Bunu yapacak olan da Anayasa Mahkemesidir. Nitekim, bu ilkenin kaynağı olan AİHS'de sözleşme kurumlarının bu ilkeyi belirginleştirmek ve somutlaştırmak amacıyla, içtihat yoluyla birçok alt ilke ve ölçütler kullanmaları da bu değerlendirmeyi doğrulamaktadır.

Kısaca, 1961 Anayasasında yer alan "hakkın özü" kavramı yerine getirilmiş olan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, hakkın özü kavramına göre daha

belirgin olduğu iddia edilerek getirilmiş olmasına karşın, bu konudaki muğlaklığı giderme görevi yine Anayasa Mahkemesi'ne düşmüştür. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinde yer alan “demokratik toplum” kavramından ne anlaşılması gerektiği öğretide yeni bir tartışmaya sebep olmuştur.

Demokratik toplum düzeni ifadesinde yer alan örnek alınması gereken demokratik düzenin hangisi olduğu ya da sözü edilen demokrasi kavramının sadece Türkiye için geçerli bir demokrasi anlayışı olup olmayacağı konusu değişik üyeler tarafından Anayasa Komisyonu'nda açıklanmıştır. Anayasa Komisyonu görüşmeleri sırasında demokratik toplum anlayışının “tüm batı demokrasilerini” içerdiği, kanun koyucunun batı ülkelerinde uygulanan demokrasilerde hürriyetlerin hangi ölçüler içinde sınırlandığını örnek alarak sınırlamalar getireceği ileri sürülmüştür (Batum, 1993: 186).

Özbudun'a göre 13. maddede yer alan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” deyimini çağdaş hürriyetçi demokrasilerin genel ve evrensel niteliklerini ifade etmektedir. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde, “genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı”ndan söz edilmesi bunu kanıtlamaktadır. 1961 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında “demokratik devlet” kavramına, “batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı anlamını vermiştir” (Özbudun, 1993: 82).

Anayasa'da yazılış biçiminden de, demokratik toplum anlayışının “bu” Anayasa ile sınırlı bir anlayış olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü her fırsatta “bu Anayasa'da” diye belirleme yapan oldukça ayrıntılı bir anayasada, bu hükümde anılan sözlerin yer almaması çağdaş özgürlükçü demokrasinin ölçüt olarak kabul edildiğini göstermektedir. Anayasa'nın Başlangıç kısmında Anayasa'nın “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde” anlaşılması gerektiği belirtildiğinden, Anayasa'daki bütün hükümlerin “çağdaşlık” esas alınarak yorumlanması gerekmektedir. Yine Anayasa'nın 174. maddesinde “*Anayasa'nın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma... amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, ...Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz.*”

denmesi karşısında, yapılacak bütün yorumlarda “çağdaş uygarlık” esas alınmalıdır denebilir. Bu düşünce, Atatürk’ün inkılap ve ilkeleri doğrultusunda Anayasa’nın yorumlanmasını emreden Başlangıç kısmına da uygun bir düşünce olacaktır (Turhan, 1991: 409).

Anayasa’da yer alan “demokratik toplum düzeni” anlayışının çağdaş demokrasileri ifade ettiği yönünde bir yorum aynı zamanda, Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarıyla da paralellik sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesi bu dönemde verdiği kararlarda “öz” ile birlikte “demokratik devlet” kavramını kullanmış ve demokrasiyi çağdaş özgürlükçü demokrasi olarak ele almıştır. Bir kararında Mahkeme, eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ve Batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşmasının olanak dışı olduğunu ifade etmiştir. ( E.1970/48, K.1972/3 KT. 08-09.02.1972, AYMKD. S. 10, sf. 128) .

Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi sınırlamanın Anayasa’nın sözüne ve özüne uygun düşebilmesi için, her şeyden önce demokratik hukuk kuralları içinde kalınmak suretiyle yapılması zorunluluğunu ifade etmiştir. (E.1976/27, K.1976/51, KT.18-22.11.1976, AYMKD, S.14, sf.365)

Anayasa Komisyonu’nda yapılan tartışmalarda, bu yeni kavramın, yani “demokratik toplum düzeni” esas alınarak ifade edilmek istenen “demokratik rejim”in; siyasal bir rejim olarak demokratik rejimden daha geniş bir anlamı içerip içermediği de tartışma konusu olmuştur. AİHS’de yer aldığı biçimiyle demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının siyasal rejim türünü ifade etmenin dışında bir anlam taşımaması gereği üzerinde durulmuş, kavramın geniş bir anlam taşıması ihtimali tartışılmıştır. Anayasa metninde de yer alan “demokratik toplum düzeni”, Sözleşme’de de kullanılan anlamı ile, “siyasal rejim türü olarak demokratik rejimi” ifade eden aynı anlamda kullanılan bir düzenlemedir denilebilir (Batum, 1993: 187).

### 2.3.4.2. Anayasa Mahkemesi'nin Demokratik Toplum Düzeni Anlayışı

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzenini gerekleri konusunda içtihadını oluştururken iki yol benimsemelidir. Birinci yol, Anayasa Mahkemesi'nin “demokratik toplum düzeninin gereklerini” saptayarak kanunkoyucunun tercihlerini buna göre uygunluk denetimine tabi tutmasıdır. Ancak bu yol, “yargıçlar hükümeti”ne elverişli bir zemin yaratacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi, kendi demokrasi anlayışı çerçevesinde denetleme yapmak sureti ile kanunkoyucunun siyasi tercihlerine de müdahale edebilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin, “demokratik toplum düzeninin gereklerini” kendi içtihadına göre yorumlayıp belirlemesi, çok partili düzen için tehlikeli sonuçlar doğuracaktır. Zira çok partili siyasi hayatta bu yola gidildiği takdirde, o zaman düzenin demokratik olup olmayacağı da tartışma götürecektir. Çünkü çok partili demokratik liberal hayatta resmi ideolojiye yer yoktur. İkinci yol ise, Anayasa Mahkemesi'nin “demokratik toplum düzeninin gereklerini” bir postulat yani mantıksal olmayan bir ilk sav olarak kabul edip, bunun içeriğini belirtmeksizin, genel ve salt formüller kullanmaktan kaçınarak Anayasa'da yer alan bazı ilkeleri göz önüne almakla yetinmesidir. Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine göre bir denetleme yaparken, hukukun genel ilkeleri ve öte yandan, demokratik bir toplumda bireyin amaç olarak ele alındığı ve sosyal bir hukuk devletinde amacın bireyin “maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların” hazırlanması, bunun için de siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması olduğu esastan hareket etmelidir. 1982 Anayasası'nın Genel Esasları'nda yer alan kurallar, demokratik toplum düzeninin varlık nedenini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi, “demokratik toplum düzeninin gereklerini” bu çerçevede değerlendirebildiği takdirde kanunkoyucunun temel hakları sınırlarken, sınırlamanın sınırının bir anlamı olacaktır (Teziç, 2005: 195-197).

Turhan da Teziç'in yukarıda bahsedilen görüşüne katılmaktadır. Turhan'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ni tek tek belirlemeden, bunu bir postulat olarak kabul etmesi yararlı olacaktır. Bu şekilde

Anayasa Mahkemesi ileride ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında daha serbest olacaktır (Turhan, 1991: 415) .

1982 Anayasası'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte pozitif bir ilke haline gelen demokratik toplum düzeni ölçütünün Anayasa Mahkemesi kararlarında sıklıkla kullanılmaya başlanmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda AİHS Kurumları'nın yaptığı gibi demokratik toplum düzenine ilişkin somut bir tanımlama yapmadığı ve demokratik toplum düzeninin unsurlarını açıkça belirlemediği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin ölçü ve kriterler de koymamıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13.maddesinde sözü edilen demokratik toplum düzeninin hangi demokratik toplum olduğunu içtihatlarıyla çözmüştür (Yüzbaşıoğlu, 1993: 133).

1982 Anayasası döneminde demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü ilk olarak kullandığı kararın 01.03.1984 tarihli kararı olduğu ifade edilmektedir (Yokuş, 2005: 300). Mahalli İdareler Seçimi Hakkındaki Yasa'nın geçici 3. maddesi, ilçelerde parti adaylarının belirlenmesini; o yerdeki partilerin idare kurullarının önerisi üzerine Merkez Karar ve Yönetim Kuruluna bıraktığından; ilde teşkilatı bulunan fakat kimi ilçelerde henüz örgütlenmemiş olan partilerin buralarda aday göstermek hakkından yoksun bırakılmasının demokratik toplum gereklerine uygun olmadığını ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 13. 67/1 ve 68/2. maddelerine dayandırılan bu Anayasa'ya aykırılık iddialarını şu şekilde değerlendirmiştir: *“Anayasa'nın 68. maddesinin ikinci fıkrası, siyasi partileri, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları sayılmakta ise de, bu kural siyasi partilerin eşit güçte olması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bunlardan hangisinin teşkilatı yurt düzeyine yayılmışsa, o siyasi partinin seçim yoluyla millî iradeyi oluşturmakta daha fazla başarı sağlayacağı ortadadır. Milli irade ise siyasi partilerin de üstünde olup demokratik hukuk düzeninin temelidir. Öte yandan, aday tespitinin ilçe kademesine indirilmesi hem demokrasinin hem de mahalli idarelerin yapısına ve ruhuna uygun bir uygulama biçimidir. İlçe seçim kurullarının teşkili, sandık kurullarının tespiti ve özellikle acele işlerden bulunan seçim işlerinin zamanında yapılabilmesi siyasi partilerin seçime girdikleri ilçelerde teşkilatlarının*

*bulunmasını zorunlu kılan bir nedendir. Bu bakımdan demokratik toplum düzeninin gereklerine ve dolayısıyla Anayasa'nın 68/2 ve 13. maddelerine aykırı bir yön yoktur. Dava konusu kuralın, vatandaşın dilediği bir siyasî parti içerisinde faaliyette bulunma hakkını zedelediği de söylenemez. Bu kimse şartlarına uymak kaydıyla bağımsız olarak da seçilmek olanağına sahiptir. O halde, Anayasanın 67/1. maddesine de aykırılıktan söz edilemez.” (E. 1984/1, K. 1984/2, KT. 01.03.1984, AMKD, S. 20, sf.198.)*

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesi “demokratik toplum düzeni” veya “demokratik hukuk düzeni” kavramlarını 19. yüzyılın “milli irade” kuramı ile özdeşleştirdiğinden hareketle eleştirilmiştir. Çağdaş demokratik toplum düzeninde, metafizik, milli irade kavramının yeri olmadığı gibi; halk katmanlarının ve tüm yetişkinlerin ülke yönetimine çeşitli yollardan sürekli biçimde katılmalarının sağlanması gerekmektedir. Siyasi partiler, toplulukların ve bunları oluşturan bireylerin gereksinme, istem, beklenti ve özlemlerini yasama ve idare meclislerinde dile getiren, savunan, izleyen ve gerçekleştirmeye çalışan araçlardan yalnız biri olup, bunların ortak yararları üzerinde sağlayacakları uzlaşma ve anlaşmalar genel istenci oluşturabilir. Milli irade, yalnızca çoğunluk partisi veya partilerinin iradeleri değildir. Bu itibarla, yurt çapında örgütlenmiştir diye seçim düzenlemesinin desteğiyle çoğunluğu elde etmiş görünen bir partinin “milli irade”yi temsil ve ifade etmeye hakkı olduğunu benimsemek, çağdaş, demokratik hukuk düzeni ile bağdaşmayacağı gibi, siyasi hayatın cereyanını bir tek partinin tekeline bırakmakla sonuçlanabilecektir (Duran, 1986: 5-6).

Başka bir kararında Mahkeme, demokratik toplum düzeninin standardını açık ve net bir ifade ile belirlemiştir. Serbest bölgelerde grev hakkını 10 yıl süre ile yasaklayan bir düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığını belirttiği 06.10.1986 tarihli kararında Mahkeme; “*Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya gerek yoktur.*” demektedir (E. 1985/21, K.1986/23, KT. 06.10.1986, AYMKD. S.22, sf. 224).

Anayasa Mahkemesi bu kararında, “demokratik toplum düzeni” ölçütünde “Avrupa Standardını” esas almadığını açıkça belirtmiş olmaktadır. Mahkeme’nin demokratik toplum düzenini Anayasa’da öngörülen demokrasi olarak yorumlarken, başlangıcın 5. paragrafında yer alan “*bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni*” ifadesini aynen kararına almıştır. Bu yaklaşım Anayasa hükümlerinin Anayasa Koyucunun başlangıçta belirtmiş olduğu direktifler yönünde yorumlamasının tipik örneğidir (Uygun, 1992: 177).

Serbest Bölgeler Kanununa ilişkin kararında Anayasa Mahkemesi, Türk demokrasisini liberal bir demokrasi türü olarak görmenin bir sonucu olarak, “Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi” nitelendirmesini kullanmakta ve diğer rejim türleri ile (özellikle halk demokrasileri) farklılığı ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu tek örnekle, Anayasa Mahkemesi’nin demokratik toplum ve gereklerinin belirlenmesinde, Avrupa Standardından uzaklaşabileceği yorumunu yapmanın mümkün olamayacağı da savunulmuştur (Batum, 1993: 197).

Ancak Anayasa Mahkemesi bu karardan kısa bir süre sonra Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile ilgili olarak verdiği karardan başlayarak bu görüşünü değiştirmiş ve demokratik toplum düzeninin gerekleri deyimini, hem evrensel demokratik ölçüleri yansıtır, hem hakkın özü kavramını da içerir anlamında yorumlamıştır (Özbudun, 1993: 83). Anayasa Mahkemesi sözü geçen kararda şöyle demektedir: “*Anayasamız, özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmemiş, bunların kullanılmasını sağlayacak önlemler alınmasını Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymak suretiyle, özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir... Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren kısıtlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine uyum içinde sayılamaz Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmakta aynı rejimin öğelerindendir... bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde*

*değerlendirilmelidir. Özgürlükler ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu süre içinde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır.”* (E.1985/8, K.1986/27, KT.26.11.1986, AMKD., S.22, sf.365-366). Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre hak ve özgürlükler demokrasinin ayrılmaz birer parçasıdır.

Anayasa Mahkemesi Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na ilişkin kararında Anayasanın 13. maddesinde yer alan demokratik toplum düzenini açıkça klasik demokrasiler olarak ele aldığını ve klasik batı demokrasilerindeki demokratik toplum düzeni standartları çerçevesinde değerlendirme yaptığını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na ilişkin bu kararında “özgürlükçü olmak”, “hukuk devleti olmak” ve “kişiyi ön planda tutmak” gibi, demokratik toplum düzenine ilişkin bazı unsurlar belirlemeye çalışmışsa da; AİHS kurumlarının yaptığı gibi, bu unsurların somut tanımlanmasını ve ayrıntılı değerlendirmesini yapmamış, üstelik Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerine ilişkin olarak, başlangıç hükümlerinin de dahil olduğu son derece genel, her biri ayrı ayrı açıklığa kavuşturulması gereken kavramları da demokratik toplum düzeni unsurları içine sokarak, meseleyi somutlaştırmak yerine iyice soyutlaştırmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bu kararında, demokratik toplum düzeninin gereklerini ölçü norm olarak kullanmış; bu çerçevede demokratik toplum düzeninin gereklerini ölçülülük ilkesi ve öze dokunma yasağı ile belirlemeye çalışmıştır (Yüzbaşıoğlu, 1993: 314) .

Anayasa Mahkemesi'nin demokratik toplum düzeninin gerekleri konusundaki içtihadında istikrar olmamakla birlikte özgürlükçü demokrasi anlayışı yer almıştır. Bu anlayış temel hak ve özgürlüklerin “istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde” sınırlandırılabilmesi ilkesini benimsemektedir (Gören, 2000: 116).

Anayasa Mahkemesi kararlarındaki değişimi yansıtan bir başka örnek 14.06.1988 tarihli karardır. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, 3420 sayılı “298 Sayılı



Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun”, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ve 2972 Sayılı Mahallî İdareler ile Mahalli Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanunun, bazı maddelerinin Anayasa aykırılığı iddiasıyla açılmış olan iptal davasında, 3420 sayılı yasanın, 298 sayılı yasanın 14. maddesinin 11. bendini düzenleyen 1. maddesinin milletvekili ya da yerel yönetim seçimlerine katılabilmeleri için siyasi partilerin belli sayıda il ve ilçede örgütlenme koşulundan ayrı olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisinde gruplarının bulunmasını da tek başına yeterli gören hükmünü, “incelenen kural, çağdaş batı demokrasilerinin en güçlü niteliği olan katılımcılığın sürekli biçimde etkin olma ögesini önemli ölçüde zedeleyerek bireyleri ve toplumu kamu işlerinde söz sahibi olmaktan uzaklaştırmaktadır.” şeklinde değerlendirmiştir (E.1988/14, K.1988/18, K.T.14.07.1988, AMKD, S. 24, s.253).

Anayasa Mahkemesi bu kararında 13. maddedeki demokratik toplum düzenini, Batı demokrasilerindeki özgürlükçü demokratik düzen ölçütleri ile belirlemeye ve tanımlamaya çalışarak, “standart demokratik toplum düzeni” yönünde içtihat oluşturmuştur (Yüzbaşıoğlu, 1993: 314) .

08.12.1988 tarihli “Sosyalist Parti Kararı” nda parti programının demokratik ilkelere aykırı olduğu savını inceleyen mahkeme, demokrasiyi çağdaş batılı demokrasiler olarak yorumlamıştır (E.1988/2, K.1988/1, RG.16.03.1989, S.20167).

Anayasa Mahkemesi kararlarındaki bu değişim, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından ümit verici olarak nitelenebilir. Çünkü demokratik toplum düzeninin anayasadaki hak ve özgürlüklerle çevrili bir demokrasi olarak yorumlanması durumunda bu ilkenin temel haklar için bir güvence oluşturmayacağı, bir kısır döngü ya da totolojiye yol açacağı açıktır. Buna karşılık, demokratik toplum düzeni ilkesi batılı demokrasilerden hareketle açıklanmaya çalışıldığında temel hakların korunmasında Avrupa standardını yakalamak mümkün olacaktır (Uygun, 1992: 178).

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında göze çarpan en önemli özelliklerden biri, mahkemenin özgürlüklerin sınırlanmasında 13.maddedeki sınırlama ölçütleri olan “ölçülülük” ve “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ilkelerini birlikte kullanmanın yanında; 1982 Anayasası'nda “öze dokunmama” ilkesi bir sınırlama ölçütü olmamasına rağmen, kararlarının büyük bir çoğunluğunda öze dokunmama ilkesi ve bu ilkenin uygulanmasındaki “kullanılabilirlik testi” yönündeki 1961 Anayasası dönemindeki içtihadını aynen sürdürmüştür; üstelik demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama sınırını belirlemede, hakkın özüne dokunmama ölçütünü kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 1988/8 sayılı kararı bu uygulamanın tipik örneğidir. Mahkeme söz konusu 1988/8 karar sayılı kararında *“Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvencelere bağlanarak özenle korunduğu rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar nedeni ne olursa olsun demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde sınırlandığı değil, sınırlamanın nedenleri, yöntemi, bu konudaki yargısal denetim olanakları demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır.”* demektedir (E. 1987/16, K. 1988/8, KT. 19.04.1989, RG. 23.08.1988, S. 19908)

Anayasa Mahkemesi 03.05.1985 tarihli 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı nedeni ile yapılan başvuruda düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımını sırasında, bunların düzenlenmeden önceki yüzölçümlerinden yüzde otuzbeşine kadar kısmının belediyelerce “düzenleme ortaklık payı” olarak alınabilmesini, başka bir deyişle mülkiyet hakkının yüzde otuzbeşine kadar bir oranda ortadan kaldırılabilmesini Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme gerekçe olarak *“malikin kamulaştırma dışındaki uygulama ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceği için dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu da düşünülemez.”* demektedir. Bu kararda Anayasa

Mahkemesi'nin “öze dokunmama” kavramı ile “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramını özdeşleştirdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi daha birçok kararında demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama sınırını, hakkın özüne dokunma yasağı ölçüt ya da unsurları ile belirleyerek, 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ölçüt olarak yer almayan hakkın özüne dokunma yasağını içtihatlar yoluyla uygulamaya devam etmiştir.

### **2.3.4.3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Demokratik Toplum Düzeni Anlayışı**

Demokratik toplum düzeni ilkesi AİHS'de bazı hakların sınırlanmasına sınır çizen bir ilke olarak kullanılmıştır. Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında “kamu yararı”, “kamu düzeni”, “genel ahlak”, “genel ahlak”ın korunması gibi amaçlarla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması koşuluna bağlanmıştır. Bu ilkenin Sözleşme çerçevesinde yorumlanması Türkiye açısından iki yönden önem taşımaktadır. İlk olarak, Sözleşmeye taraf olması nedeniyle Türkiye'nin, toprakları üzerinde yaşayan herkese sözleşmede tanınan hakları garanti etme yükümlülüğü doğmaktadır. Özellikle, Komisyon'a bireysel başvuru hakkının tanınmasından sonra hak ve özgürlükler rejiminin sözleşme organlarının jurisprüdansına uygun bir duruma getirilmesi ve bu bağlamda, sınırlamanın demokratik toplum gereklerine aykırı olmaması Türkiye için belirgin bir zorunluluk haline gelmiştir. İkinci olarak “demokratik toplum düzeni” aynı zamanda anayasal bir ilkedir. Bu anayasa hükmünün “evrensel, batılı demokrasi” anlayışını ifade ettiği kabul edildiğinde ilkenin yorumlanmasında sözleşme organlarının jurisprüdansı son derece önem kazanacaktır (Uygun, 1992: 179).

AİHM, içtihat yoluyla demokratik düzen çizgisini ya da anlayışını oluştururken, bir bütünlük sağlayabilmek için, üye devletlerin hukuklarına da yollama

yapmaktadır. Bu yöntem ile Sözleşme kurumları, içtihadi anlamda demokratik düzen kavramını ortaya çıkarırken bir Avrupa standardından yararlanmaktadır. Böylece, Sözleşme kurumlarının iç hukuk düzenlemelerine ilişkin denetimi de, demokrasi konusundaki Avrupa standardına uygunluk denetimi olmaktadır (Batum, 1993: 222).

Mahkeme, denetimi yaparken üye devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin birbirinin aynı olması koşulunu aramamakta, bu konuda üye devletlere belli ölçülerde değerlendirme serbestliği tanımaktadır Sunday Times kararında Mahkeme çizgisini şöyle açıklamaktadır (Yüzbaşıoğlu, 1993: 302): *“Sözleşmenin asıl amacı, üye devletlerin yargılama yetkileri altındaki kişilerle ilişkilerinde uymak zorunda oldukları bazı uluslararası kuralları belirlemektedir. Bu mutlak bir birliğin, aynılığın olması anlamına gelmez, üye devletler, kendilerine uygun gördükleri önlemleri almakta serbest oldukları gibi Mahkeme de ülkelerin temel ayrılıklarını, iç hukuklarındaki esas ve biçim özelliklerini göz önüne almamazlık edemez”* .

Kısaca, Mahkeme’ye göre önemli olan Mahkeme’nin belirlediği Avrupa standardına uygun olarak yapılan değerlendirmelerde, ülkelerin iç hukuk düzenlerinin de tek tek göz önünde bulundurulmasıdır. Mahkeme, bu uygulama çerçevesinde 22.09.1981 tarihli “Dutgeon Kararı”nda da, Sözleşme’ye taraf ülkelerin büyük çoğunluğunda homoseksüel ilişkilerin cezalandırılması gereken bir konu olarak görülmediği tespitinde bulunarak, İrlanda mevzuatındaki yaptırımını öngören katı kuralların sözleşmenin 8/2.maddesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varmıştır (Batum, 1993: 223-228).

Demokratik toplum düzeni konusunda ortak bir standart belirlenirken esnek bir tutum izlenmekte ve Sözleşmeye üye ülkelerin özel koşullar dikkate alınmaktadır. Divan’ın 17.02.1970 tarihli “Delcourt Kararı” nda ve Komisyon’un Federal Alman memurlarının Anayasa’ya bağlılık yemini ile ilgili 11.05.1984 tarihli raporunda, Sözleşme’ye aykırılığı ileri sürülen hukuki düzenlemelerin ortak Avrupa standardını yansıtmadığı tespit edilmiş, fakat Belçika ve Federal Almanya’nın özel koşulları göz önüne alınarak sözleşmeye aykırılık yönünde karar verilmemiştir(Uygun, 1992: 180).

Sözleşme Kurumları, üye ülkelerin kendi özelliklerini de göz önüne alarak çizdiği “Avrupa Standart”ı çerçevesindeki demokratik düzenin unsurlarını da, içtihat yoluyla belirlemiştir. Mahkeme, değişik kararlarında “ortak demokratik toplum” kavramından ne anladığını ve bunun unsurlarının neler olduğunu açıklamıştır. Divan’ın 07.12.1976 tarihli “Handyside Kararı”nda bu konu açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre düşünceleri açıklama özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel dayanaklarından biridir. Hatta, düşünceleri açıklama özgürlüğünün sadece olağan karşılanan zararsız veya önemsiz görülen bilgiler veya düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne karşı gelen, onları rahatsız eden düşüncelerin açıklanması açısından da geçerli olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca Mahkeme, bu kararında, demokratik toplumun en önemli öğelerinin “çoğulculuk”, “hoşgörü”, ve “açıklık” olduğunu ifade etmiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 303).

Mahkeme daha sonraki çeşitli kararlarında hoşgörü, çoğulculuk ve açıklığın ne anlama geldiğini de açıklamıştır. Çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik prensipleri çerçevesinde tanımlanan demokratik toplumda, azınlık çoğunluk karşısında korunacaktır. Young, James and Webstr Kararında demokrasinin çoğunluk görüşünün her zaman üstün olması anlamına gelmediği belirlenmiş ve azınlığın korunması ile çoğunlukta olanların bu durumu kötüye kullanmasını önleyecek bir dengenin sağlanması gerektiği ifade edilmiştir (Çavuşoğlu, 1994: 53).

Mahkeme’nin içtihatlarına göre demokratik topluma vücut veren kavramlar arasında çoğulculuk, sadece kurumsal değil, aynı zamanda ideolojik anlamda bir çoğulculuktur. Ancak, Sözleşme ve Sözleşme Kurumları’nın çizdiği çoğulculuk anlayışı her türlü düşünce ve örgütlenmeye açık olmayan bir çoğulculuk ve demokrasi anlayışıdır. Sözleşme’nin 17.maddesi “*Sözleşmenin hiçbir hükmü bir devlet, grup ya da kişiye burada öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden herhangi birini yok etmeyi ya da Sözleşme’de hükme bağlanmış olandan daha geniş ölçüde sınırlandırmayı amaçlayan etkinlikte ya da eylemde bulunma hakkı verir biçimde yorumlanamaz*” hükmünü içermektedir.

Bu hükümlerle Sözleşme, otoriter rejimlere ya da bu tür eğilimleri amaçlayan etkinlik ve eylemlere karşı kapalı, hatta bunlarla mücadele eden militan ya da mücadeleci demokrasi anlayışını benimsemiştir (Sencer, 1988: 184). Sözleşme kurumları, kararları ile ideolojik anlamdaki çoğulculuk ve demokratik düzen anlayışının çerçevesini çizmektedir. Avrupa demokratik düzeni ilke olarak çoğulculuk, düşünce özgürlüğü, hoşgörü kavramlarına dayanmaktadır. Bu demokratik düzenin ortadan kaldırılması hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yönelik düşünceleri savunan örgüt ve bu amaca yönelik eylemler, sözleşmenin çoğulcu demokrasi anlayışı dışında kalmaktadır (Batum, 1993: 230-233).

### **2.3.5. Ölçülük İlkesine Aykırı Olmama**

Temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak yasama organına getirilen sınırlamalar ve güvenceler, sınırlama sebeplerinin anayasada gösterilmesi ve sınırlamanın kanunla yapılmasından ibaret değildir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması yasama organının anayasada gösterilen sınırlama sebeplerine dayanılarak kanunla, özgürlükleri ne ölçüde veya nereye kadar sınırlayabileceğini gösteren ilke ya da kuralların olmasını da zorunlu kılar. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sebeplerinin anayasada gösterilmesi ve kanunla sınırlama zorunluluğu güvenceleri, belki özgürlükleri yürütme organına karşı korumak için yeterli güvenceler sayılabilir. Ancak, bu güvenceler özgürlükleri yasama organına karşı korumak için yetersizdir. Özgürlükleri yasama organına karşı koruyabilmek için, sınırlama sebeplerini anayasada göstermenin yanında, sınırlamanın ölçüsünün, diğer bir deyişle, sınırlamanın sınırının da anayasada gösterilmesi gerekir. Özgürlükleri yasama organına karşı korumanın etkin güvencesi sınırlamanın sınırına ilişkin anayasada gösterilen ilkelere dir. Bu ilkelere den birisi de, sınırlamada “ölçülülük” ilkesidir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 284).

Ölçülülük ilkesi, tüm devlet faaliyetleri için anayasal denetim ölçütü niteliğindedir. Her şeyden önce gücün sınırlanmasına ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etmektedir. Kanunların Anayasa’ya uygunluğu denetiminde Alman Anayasa

Mahkemesi, hemen hemen tüm kararlarında bu ölçütü kullanmıştır. Temel hak hükümlerinde yer alan yasa kayıtları ölçülü yasa kayıtlarına dönüşmüştür. Böylece ölçülülük ilkesi bütün temel hak sınırlamaları için sınırlamanın sınırı haline gelmiştir. Bu çerçevede ilke, temel haklar ve toplum çıkarları arasındaki tartımın esas unsuru rolünü de oynamaktadır. Ölçülülük ilkesine dayanak oluşturan denkleştirme ve uyumlaştırma düşüncesi anayasa metnini tamamlamaktadır (Kanadoğlu, 2000: 162-163).

Ölçülülük ilkesi özgürlüğün kural, sınırlamanın ise istisna olması mantığına dayanmaktadır. AİHS koruma mekanizmasında ölçülülük ilkesine “orantılılık” adı verilmektedir. Ölçülülük ya da orantılılık, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından sıkça işlenen ölçütlerdendir. Türk Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasası döneminde adını açıkça koymadan bu kritere uyan denetimler yapmıştır. Ölçülülük ilkesi, 2001 tarihli anayasa değişikliğine kadar 1982 Anayasası’nda açıkça ifade edilmemesine karşın, Anayasa Mahkemesi bu doğrultuda bazı kararlar vermiştir (Tanör-Yüzbaşıoğlu, 2006: 140).

Ölçülük ilkesi, bir başka deyişle, orantılı makul ilişki ilkesi, eşitlik ilkesi ile ölçülülük ilkesi arasında köprü kuran bir özelliğe sahiptir. Bu ölçütün amacı, özgürlüğün gereğinden çok sınırlandırılmasını önlemektir (Fendoğlu, 2007: 132).

Ölçülülük ilkesinin klasik uygulama alanı idare hukukudur. İdarenin düzeni sağlamak ve korumak amacına yönelik kolluk faaliyetleri kamu gücünün en eski ve yaygın görevidir. Kolluk güçleri, yasaların çizdiği çerçeve içinde kamu düzenini gerçekleştirirken, temel hak ve özgürlükleri gereksiz ve usulsüz olarak kısıtlamamak, bu alandaki yetkisinin tehlikenin durumuna göre ölçülü olarak kullanmak durumundadır(Duran, 1982: 248–265). Anayasa yargısının kurulması ve gelişmesinden sonra anayasa hukukunda giderek yaygınlık kazanmış olan bu ilke, özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmiştir (Uygun, 1992: 161). Bu ilke AİHS çerçevesinde Komisyon ve Mahkeme tarafından da uygulanmıştır (Batum, 1993: 248-254).

Türk Anayasa doktrinde, ölçülülük ilkesini ayrıntılı biçimde inceleyen ilk yazar Fazıl Sağlam'dır. Yazarın, ölçülülük ilkesini ele alırken büyük ölçüde Alman Hukuku'ndan etkilendiği belirtilmektedir. Bonn Anayasası da, 1961 Anayasası da, temel hakların sınırlandırılmasında sınırlama ölçütü olarak sadece öze dokunmama ölçütüne yer vermelerine rağmen, Alman Hukuku'nda "öz" güvencesinden önceki alanda ölçülülük denetimi kabul edilmiş, fakat Türk Hukuku'nda (özellikle 1961 Anayasası döneminde) böyle bir gelişim gerçekleşmemiştir. Alman Anayasası'nda ölçülülük ilkesinin pozitif bir temeli açıkça yer almamasına karşın ölçülülük ilkesi, hukuk devleti ilkesinden ve temel hakların varlığından türetilerek, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını oluşturan ölçütlerden biri haline gelmiştir. Bu olgulara dayanarak Sağlam da ölçülülük ilkesinin Türk Hukuku'nda da tanınması ve uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır (akt. Metin, 2002: 204).

Ölçülülük ilkesi, sadece Alman Hukuk düzeninde değil, Avusturya, İsviçre, İtalya, Fransa ve Avrupa Birliği(AB) hukuk düzenlerinde de geçerli bir hukuksal ilkedir. Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Yüksek Mahkeme, temel hak sınırlamalarının sınırının belirlenmesinde ölçülük ilkesini kullanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Federal Mahkemesi, ilk aşamada devletin temel hak sınırlamasıyla ulaşmak istediği amacın meşru ve zorunlu olmasını aramaktadır. Daha sonraki aşamada da amaç ile alınan önlemler arasındaki ilişkide, araçların amacı gerçekleştirmek için elverişli ve oranlı olmasını aramaktadır. İlke, aynı amaçla Kanada Yüksek Mahkemesi kararlarında da kullanılmaktadır. Alman Anayasası'nda ölçülük ilkesi normatif olarak düzenlenmemiş olsa da, Federal Anayasa Mahkemesi ilkeyi hukuk devleti ilkesinden türetmiş ve temel hak sınırlamalarının bu ilkeye aykırı olamayacağı sonucuna varmıştır (Kanadoğlu, 2000: 163).

### **2.3.5.1. Ölçülük İlkesinin İçeriği**

Ölçülülük ilkesi üç unsurlu bir içeriğe sahiptir. Bunlar; bir önlemin ya da aracın belirli bir amaç için elverişliliği, önlemin ya da aracın gerekliliği, son olarak da



önlem ya da aracın yöneldiği hukuki çıkarlarla oranlılığı ya da dar anlamda ölçülüğüdür.

### **2.3.5.1.1. Elverişlilik İlkesi**

Elverişlilik ilkesinde amaç ile araç arasındaki ilişkinin niteliği önem taşır. Temel hak ve özgürlüğü sınırlama için kullanılan araç, sınırlama aracını gerçekleştirmek bakımından elverişli olmalıdır (Uygun, 1992: 161).

Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, sınırlamayı oluşturan bir yasal önlemin sınırlama amacı açısından elverişli sayılabilmesi için bu önlemin istenilen sonuca bir katkı getirmesi gerekir. Bu aracın amacı tam olarak gerçekleştirmesi gerekmemekte, kısmen gerçekleştirmesi de yeterli sayılmaktadır. Öte yandan alınan önlemin, yasa hazırlığı sırasında mevcut ortamın kanun koyucu için mümkün olan değerlendirilmesine göre amaca ulaşmaya elverişli gözükmesi de yeterli sayılmıştır. Böylece kanun koyucuya bir yanılma payı bırakılmıştır. Bu durumda, yalnızca kanun koyucuya tanınan değerlendirme alanı da göz önünde tutulmak üzere, daha başlangıçta amacı gerçekleştirmeye elverişli gözükmeyen yasal önlemler anayasaya aykırı düşmektedir (Sağlam, 1982: 114).

Araçla amaç arasındaki uygunluk, amaç unsurunun uygunluğu ile karıştırılmamalıdır. Bu karışıklığı önlemek için uygunluk denetiminde öncelikle hem amacın hem de aracın anayasaya uygunluğu araştırılmalıdır. Eğer biri ya da diğeri anayasal açıdan geçersizse uygunluk denetimine gerek kalmaz. Anayasaya aykırı olan amaç ya da araçlar kendiliğinde uygun değildir (Kanadoğlu, 2000: 164).

Elverişlilik denetiminde çoğu kez, yargısal denetime konu olan kanun koyucunun yapmış olduğu düzenlemede hangi amaçları güttüğü açıkça belli değildir. Çoğunlukla birden çok amaç güdülebilmektedir. Amacın saptanmasındaki bu güçlüğü karşın, söz konusu yasal düzenlemenin amacının veya amaçlarının tespit edilmesi zorunludur. Çünkü elverişlilik denetimi, sadece anayasal açıdan meşru olan

bir amacın (veya amaçların) varlığı durumunda yapılabilir. Anayasal açıdan meşru olmayan, bir başka deyişle anayasanın izin vermediği amaçları kanun koyucunun elde etmeye çalışması mümkün değildir. Bu sebeple bir aracın elverişli olup olmadığının denetlenebilmesi için, o araçla anayasal açıdan meşru olan bir amaca ulaşılmaya çalışılması gerekir (Atakan, 2006: 46).

Bir kamu kuruluşu önünde, resmi araçlar dışında kalan araçlara park yasağı koyan trafik levhalarının elverişlik ilkesine aykırı olduğu söylenebilir. Çünkü park yasağı, trafik güvenliği ve ilgili kamu kuruluşuna gelen ziyaretçilerin araçlarına kolayca inip binmelerinin sağlanması amacıyla yöneliktir. Sadece resmi araçlara izin vermek bu amacın gerçekleşmesini engellemektedir. Dolayısıyla uygulanan yasak amacı gerçekleştirmeye elverişsiz bir araçtır (Gören, 2006:373).

### **2.3.5.1.2. Gereklilik İlkesi**

Gereklilik ilkesi, belli bir amacın elde edilmesinde aynı derecede elverişli olan birden çok sayıdaki araç (yöntem) arasından, temel hak ve özgürlükleri en az sınırlayan aracın seçilerek kullanılmasını ifade eder (Metin, 2002: 30).

Kanunkoyucu, aynı derecede etkili olan birden çok sayıdaki araç arasından en yumuşak olan, temel haklara en az müdahalede bulunan aracı seçmelidir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu seçim, amaca ulaşmak için aynı derecede elverişli araçlar arasından yapılmalıdır. Eğer aynı nitelikte çeşitli araçlar söz konusu ise, kanun koyucu tarafından bunlardan özgürlüğü en az sınırlayan seçilmelidir. Aksi halde sınırlamayı oluşturan araç olan yasal önlem, gereksiz, dolayısıyla ölçsüz olacaktır. Alman Anayasa Mahkemesi'nce hangi hallerde araçların eşit etkiye sahip olduğu sorusu her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmektedir (Sağlam, 1982: 115).

Örneğin bir otelin sebep olduğu rahatsızlığı etkili biçimde kontrol altına almak için eğer söz konusu rahatsızlık otelin kapanış saatlerinde yapılacak bir düzenleme

ile etkili olarak kontrol altına alınabilecek ise, otel sahibine rahatsızlığı kontrol altına almak için para cezası verilmesi gerekli değildir (Atakan, 2006: 54).

### 2.3.5.1.3. Oranlılık İlkesi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, orantılılık ilkesini çoğu kez, bir tedbirin ilgililere “ölçüsüz bir yükümlülük” getirmemesi, “katlanılamaz nitelikte olmaması” biçiminde tanımlamaktadır (Metin, 2002: 37,130).

Gereklilik ilkesinde sabit bir amaçla bir ya da birden çok araç arasındaki bir ilişki sözkonusu iken, oranlılık ilkesinde iki değişkenin karşılıklı ilişkisi söz konusudur. Bu da, ilkenin aslında nispi bir ölçüt sağladığını göstermektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin deyimini ile “amaç ve araç birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır.” (Sağlam, 1982: 116).

Kanadoğlu'na göre; “Oranlılık ilkesinin soyut tanımı anlaşılır görünse de, somut olayda yorumlanması sorunlar yaratabilir. Somut olayda ilk etapta araç-amaç ilişkisi içinde bulunan büyüklüklerin belirlenmesi gerekir. Bunun için de olayda söz konusu olan devlet faaliyeti ile bu faaliyetten etkilenen hukuki pozisyon ortaya konulur. Daha sonra belirlenen bu iki büyüklüğün ölçülü bir ilişkisinin sağlandığını gösterebilmek için bu iki büyüklüğün ilişkisinde ölçüt olarak kullanılacak üçüncü bir bağlantı büyüklüğünün bulunması gerekir. Araç-amaç ilişkisinde bu üçüncü ölçüt, genel bir soyutlamayla adalet olarak tanımlanabilir. Ancak somut olayda oranlılık ilkesinin verimli kullanılabilmesi için soyut adalet kavramı yeterli değildir. Üçüncü ölçüt ile ilişkiyi kuracak dayanak noktası, amaç-araç ilişkisi içindeki hukuki varlıkların somut anayasal varlıklarının değerlendirilmesidir. Bu bakımdan oranlılık sorununun çözümü, amaç-araç ilişkisi içindeki hukuki varlıkların anayasa normlarından oluşan ölçütte tartıya vurulmasıdır.” (Kanadoğlu, 2000: 165).

Bir tedbirin orantısız olup olmadığı, her bir somut olayda o olayın koşulları dikkate alınarak kararlaştırılır. Orantılılık ilkesi araç ve amacın karşılıklı olarak

tartılmasını gerektirmektedir. Amacı elde etmek için kullanılan aracın bireyin temel hak ve özgürlüklerine getirdiği sınırlamanın ağırlığı veya yüklediği külfetin ağırlığı ile amacın önemi ve bu amacın elde edilmesi sayesinde topluma getireceği fayda karşılaştırılır. Bu karşılaştırma sonucunda eğer bireyin uğradığı zararın ağırlığı ile toplumun sağladığı (veya sağlayacağı) faydanın büyüklüğü arasında birey aleyhine olarak açık bir oransızlık mevcut ise, orantılılık ilkesi ihlal edilmiş demektir (Atakan, 2006: 62).

Orantılılık ilkesine, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir dava örnek olarak gösterilebilir: Alman Ceza Usul Yasası'nda suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin, eğer kaçma şüphesi, görgü tanıklarıyla bağlantı kurma veya delilleri karartma ihtimali varsa veya cinayet yahut kasıtsız adam öldürme şüphesi mevcut ise, yargıç kararıyla gözaltına alınabileceği belirtilmiştir. Bu hükme uygun olarak, 76 yaşındaki bir amiral, savaş döneminde işlediğinden şüphelenilen bir cinayet sebebiyle gözaltına alınmıştır. 5 yıldır devam eden davayla ilgili soruşturma süresince şüpheli talep edildiğinde, her zaman için savcının bürosuna gelmiştir ve yıllardır aynı yerde ikamet etmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi Anayasal şikayet üzerine, söz konusu gözaltına alma işlemini onaylayan mahkemenin hükmünü bozmuştur. Çünkü şüphelinin kişisel özgürlüğü Anayasanın 2/2. maddesinde güvence altına alınmıştır. Ceza Usul Yasası'nın ilgili maddesi yargıca gözaltında tutmak için, belli bir takdir yetkisi tanımıştır. Ancak Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu yetkinin kullanımında yargıcın ölçülülük ilkesine uyması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme şüpheliyi mahkemeye getirme amacı için daha az sınırlayıcı başka amaçlar olabileceğinden hareketle gözaltına alma kararını iptal etmiştir. Çünkü somut olayın koşulları dikkate alındığında, kamu yararı kararı, sert bir tedbirin yani şikayetçinin (şüpheli) gözaltına alınmasını gerektirmemektedir. Anayasa Mahkemesi gözaltına alma işleminin, mevcut koşullarla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır (Atakan, 2006: 65).

### 2.3.5.2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesinden AİHS ve ek protokollerinde açıkça bahsedilmemektedir. Buna karşın ölçülülük ilkesi, Sözleşme'nin bütününe içkin olan bir ilke olarak kabul edilmektedir. Ölçülülük ilkesinin, sözleşmenin ilgili maddelerine göre değişik uygulama biçimleri söz konusu olmaktadır. Ölçülülük ilkesi, Sözleşme sistemi içinde genel prensip statüsü kazanmıştır. İlkenin uygulandığı başlıca alanlar, 8-11. maddelerde yer alan sınırlama sebeplerine dayanılarak yapılan sınırlamaların denetiminde (sınırlayıcı tedbirler “demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır”), 14. maddedeki ayrımcılık yasağına ilişkin denetimde ve 1 No'lu Protokol'ün 1 maddesinde yer alan mülkiyet haklarına ilişkin olarak uygulama alanına sahiptir. Mahkemenin (ve Komisyonun) ölçülülük ilkesini uyguladığı diğer bazı alanlar ise, 15. madde (olağanüstü hal tedbirlerinin “durumun gerektirdiği ölçüde olması”) ile içkin ya da örtülü sınırlamalar olarak isimlendirilen alanlardır. Buna göre Sözleşme'nin 14. maddesinde ayrımcılık yasağına ilişkin denetimde ölçülülük ilkesi uygulama alanı bulmuştur. Bu madde uyarınca sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma özellikle, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım yapmadan sağlanır. AİHM'in ölçülülük kavramını ilk defa, 14. madde kapsamında ayrımcılık yasağı iddiasıyla ilgili olarak kullandığı ifade edilmektedir. Bu konudaki ilk örnek karar olarak 1968 tarihli Belçika'daki Eğitim Davası gösterilmektedir. Bu karardan itibaren Komisyon (1998 yılında II. protokolün yürürlüğe girmesiyle komisyon kaldırılmıştır) ve Mahkeme'nin belli bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken ölçüt olarak ölçülülük ilkesine dayandıkları ifade edilmektedir. Belçika'da Eğitim Davası kararında Mahkeme 14. maddenin niteliğini şu şekilde açıklamıştır: “...bu maddedeki güvencenin bağımsız bir varlığı yoktur. Bu güvence Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerle ilgilidir. Bir tasarruf kendi başına Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere uygun olabilir; ancak bu tasarruf 14. madde gerekçesiyle Sözleşme'deki bir hakkı ihlal edebilir. Ele alınan hakkın niteliği ne olursa olsun, 14. madde hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünlüyci

parçasını oluşturur.” Mahkeme’nin formulasyonu uyarınca, bir müdahalenin 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal etmesi için gerçekleştirilen farklı muamelenin hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmaması gerekmektedir. Farklı muamele için öne sürülen bir sebebin makul olup olmadığını tespitite ise “kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasındaki orantılılık” ölçüt olarak kullanılmaktadır. (Atakan, 2006: 180-189)

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında, öngörülen amaç ile bu doğrultuda kullanılan araçlar arasında belli bir dengenin, bir ölçünün bulunması zorunluluğunu ifade eden bu ilke genel olarak bir yorum ilkesi hatta bir “anayasal ilke” olarak kullanılmaktadır. Nitekim AİHS hiçbir maddesinde ”ölçülülük kavramının” bir tanımını yapmamakta, nasıl kullanılacağı konusunda bir açıklama getirmemektedir. Sadece Sözleşme’nin 15.maddesi “...devletlerin kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde... bu sözleşme ile üstlendiği yükümlülükler aykırı önlemler alabileceğini” belirlemektedir (Batum, 1993: 259).

Ölçülülük ilkesi, Alman hukuk sisteminden Avrupa İnsan Hakları hukuk sistemine de taşınmıştır. AİHM “bir hakka getirilen sınırlamanın öngörülen meşru amaçla oranlı olmasını” zorunlu görerek, denetiminde ölçülülük ilkesini kullanmaktadır. AİHM ölçülük ilkesi yönünden denetim yaparken, birçok değişkenleri göz önüne alarak değerlendirme yapmaktır. Mahkeme, bu denetleme çerçevesinde korunmak istenen “kamu yararı” değeri, önemi ve ağırlığı ile bu yararı korumak için “özgürlüklere getirilen sınırlamanın” önem ve ağırlığını dengelemeye çalışmıştır. Bu dengelemede korunmak istenen kamu yararı ile bu yararı korumak için özgürlüklere getirilen sınırlama arasında bir dengesizlik ya da oransızlık olduğu takdirde, bunun demokratik bir toplumda kabul edilemez olduğunu belirlemektedir (Batum, 1993: 258-260).

Mahkeme, birçok kararında kamu yararı ile bireyin özgürlüğü arasında bir denge olup olmadığını inceleyerek, ölçülülük ilkesini kullanmıştır. Bu kararlarından Young, Cames v. Webster kararında, Mahkeme belirli nedenlerle sendikaya üye olmayı ret ettikleri için İngiltere’de işten çıkarılan üç işçinin istemi üzerine yaptığı inceleme

sonunda, “bu üç işçiye verilen işten çıkarma zararının, mevcut değişik çıkarlar arasında uygun bir dengenin gerçekleştirilmesi için gerekli olandan daha ağır bir zarar olduğuna ve öngörülen amaçla orantılı kabul edilemeyeceğine” karar vermiştir.

Van Marle ve diğerleri kararında da Mahkeme, Holanda’da bir sınav sonucunda bu sınavı kazanamayanların izinli mali müşavirler listesine yazılamaması ve böylece mesleklerini sürdürememesi sonucunu doğuran bir mevzuat değişikliğini incelemiştir. Mahkeme, bu kararında ise, “devletin kamu yararı doğrultusunda malların kullanımı hakkında düzenleme getirme yetkisinin bulunduğunu ve bu yönde, kullanılan araçlarla öngörülen amaç arasında tam bir dengenin bulunduğunu belirleyerek”, amaç ile araç arasında oransızlık bulmayarak, söz konusu mevzuatın 1.No’lu Ek Protokole uygun olduğuna karar vermiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 287-288).

Jacobowski v. Germany davasında, bir haber ajansının işten çıkarmış olduğu eski çalışanının, bir bültende yeni işyerini (eski işyerinin rakibi olan kuruluşu) destekler biçimde eski işyerini eleştirmesini meneden mahkemedен çıkarılmış tedbir kararı kabul edilebilir bulunmuştur. Çünkü bu tedbir kararı, kişiyi fikirlerini başka yollardan ifade etmekten ve kendisini başka yollardan savunmaktan alıkoymamaktadır. Öte yandan Hertel v. Switzerland davasında, mahkemedен çıkarılan bir tedbir kararıyla, başvuru, mikrodalga fırınların tehlikelerine ilişkin beyanlarda bulunmaktan men edilmiştir. AİHM, bu tedbir kararını kabul edilemez bulmuştur; çünkü bu sınırlama kişinin ifade özgürlüğünün özünü etkilemiştir, kişiyi kamusal nitelikteki bir tartışmaya katkı yapmaktan alıkoymuştur (Atakan, 2006: 182).

Görüldüğü üzere, ölçülülük ilkesinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokollerinde açıkça bahsedilmemesine karşın Sözleşme’nin bütününe hakim olan bir ilke olarak kabul edilmektedir. İlke, 8-11 maddelerde yer alan sınırlama sebeplerine dayanılarak yapılan sınırlamaların denetiminde, 14. maddedeki ayrımcılık yasağına ilişkin denetimde, ve 1. protokolün, 1 maddesinde yer alan mülkiyet haklarına ilişkin yapılan düzenlemelerde, 5. maddede yer alan devam etmekte olan bir gözaltının ilgili ve yeterli bir temele sahip olup olmadığına ilişkin

denetimlerde, olağanüstü hal tedbirlerinin durumun gerektirdiği ölçüde olmasına ilişkin ibarenin yer aldığı 15. maddede ve evliliğe ilişkin denetimlerin yer aldığı 12. maddede düzenleme alanına sahiptir. Daha pek çok maddede ölçülülük ilkesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ayrıca, ölçülülük ilkesinin uygulama biçimi ve uygulanma yoğunluğu, uygulandığı sözkonusu hak veya özgürlüğün niteliğine göre de değişiklik göstermektedir. Ölçülülük ilkesinin, Sözleşme'nin ilgili maddelerine göre değişik uygulama biçimleri görülmektedir. Dolayısıyla ölçülülük ilkesinin Sözleşme sistemi içinde genel prensip statüsü kazandığı genel olarak kabul görmektedir.

### **2.3.5.3. Anayasa Mahkemesi'ne Göre Ölçülülük İlkesi**

1961 Anayasasında ölçülük ilkesi pozitif bir hüküm olarak düzenlenmemiş olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin bu dönemde ilkeye tamamen yabancı kalmış olduğu da söylenemez. Mahkeme'nin bazı kararlarında, adı verilmemekle beraber, ölçülük ilkesinin uygulanmasına rastlanmaktadır. Fakat bu uygulamalar, çoğu kez incelenen olayla sınırlı kalmış; ölçülük ilkesini ilerde karşılaşılabilecek sorunlara yön veren gelişmiş bir ilke düzeyine çıkarabilmiş değildir. Anayasa Mahkemesi bu dönemde, Anayasaya uygunluk denetiminde “öz” kavramına ağırlık vermiş, yasaları genellikle temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup dokunmadığı açısından incelemiştir (Sağlam, 1982: 121).

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bazı kararlarda adı verilmemekle birlikte, ölçülük ilkesini uygulanmasına rastlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 1972/3 karar sayılı kararında, *“demek ki, yasa kuralı ile varılmak istenen erek değil, onun tersi gerçekleşecektir. Bu da kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir”* diyerek, açık olarak ölçülülük ilkesinden bahsetmiştir (E.1970/48, K.1972/3, KT.08.09.02, AYMKD SY.10, sf. 129). Anayasa Mahkemesi'nin özellikle suç ve ceza ilişkileriyle ilgili kararlarında da “oranlılık ilkesi” uygulamaları gözlenmektedir. Mahkeme'nin konuya ilişkin kararlarından 1971/20 sayılı karar da, *“insan haysiyetiyle*



*bağdaşmayan bir ceza yaptırımı konulması olanağı yoksa da, bu ilkenin, hürriyeti sınırlayıcı ceza yaptırımının, suçun ağırlığıyla orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez... Ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçülerinin makul ve insani sayılacak sınırları aşmamak kaydıyla yasa koyucu tarafından seçilmesi olanağı vardır.” (E.1970/22, K.1971/20, KT.18.02.1971, AYMKD. S.10, sf.18).*

Anayasa Mahkemesi, Dernekler Kanunu ile ilgili verdiği bir kararında, “1630 sayılı kanunun 63.maddesinde, 2. madde... gereğince dernek kurma hakkına sahip olmadıkları halde, dernek kuranlara ne ceza verileceği belirtilmektedir. ... Ayrıca derneğin kapatılması da öngörülmüştür. ...63.maddede derneğin kapatılmasına neden olanların eylemlerine biçilmiş olan bin liraya kadar ağır para cezası ile bu yüzden tüzel kişiliğe ve dernek üyelerine yöneltilen kapatma gibi ağır bir ceza arasında adaletli bir denge bulunmadığına burada ayrıca işaret edilmesi yerinde olacaktır.” (E.1973/3, K.1973/37, KT. 18.19.20.12.1973, AYMKD, S.11, sf. 338-340) diyerek, iki ayrı ceza hükmü arasında oranlılık karşılaştırması yapmıştır. Ancak saptanan dengesizlik, aynı zamanda kapatma cezasının suçla olan dengesizliği içinde bir karine olmakta ve Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin orantılılık ilkesini bir denetim ölçütü olarak uygulamaktadır (Vuraldoğan, 2005: 79).

1982 Anayasası, “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” kenar başlıklı 13.maddesinin 2.fikrasında, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” kuralını getirmiştir. Anayasa’nın bu hükmündeki, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların... ön görüldükleri amaç dışında kullanılamamaları” kuralı, ölçülük ilkesinin 1982 Anayasası’ndaki pozitif ifadesidir. Böylece, 1961 Anayasası döneminde içtihat yoluyla Anayasa yargısına giren ölçülük ilkesi, 1982 Anayasası ile bir anayasa ilkesi haline getirilmiştir (Yüzbaşıoğlu, 1993: 290).

1982 Anayasası’nın yürürlüğe girmesiyle pozitif bir temel kazanan ölçülülük ilkesi, bu dönemin ilk yıllarında Anayasaya uygunluk denetiminde, eskiye oranla

farklı ve daha geniş bir kullanım alanı bulmamıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi'nin daha sonraki yıllarda ölçülülük ilkesini tanımlayarak, bu ilkeye daha çok yer verdiği görülmektedir (Uygun, 1982: 16).

Uygulamada 1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesini kullandığı birçok kararı vardır. Bu kararların bazılarında, Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini isim vermeden üstü kapalı olarak kullanırken; bazılarında isim vererek açıkça ve bu ilkenin içeriğini belirleyerek kullanmaktadır (Yüzbaşıoğlu, 1993: 290).

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin adını vermeden ölçülülük ilkesini bir denetim ölçütü olarak kullandığı ilk kararı, Avukatlık Kanunu'nun 3003 Sayılı yasayla değişik, işten yasaklama kenar başlıklı 154.maddesiyle ilgili karardır. 01.03.1985 tarihli kararında Mahkeme, çalışma hakkını sınırlayan yasal önlemin, ilgililer açısından ölçsüz bir yükümlülük getirdiğini vurgulamıştır. Bu yaklaşım biçimi, adı verilmemiş olmakla birlikte “oranlılık” ilkesinin tipik bir uygulamasıdır. Söz konusu karara konu olan düzenleme, Avukatlık Yasası'nın 154.maddesidir. Bu maddede kişiyi işten yasaklama nedenleri arasında “... devletin şahsiyetine karşı cürümlerden veya rüşvet, sahtecilik, hırsızlık, dolandırıcılık, inancı kötüye kullanma ve yalan yere tanıklık cürümlerinden biri ile hakkında kamu davası açılmış olması” da sayılmıştır (Uygun, 1992: 165). Mahkeme'ye göre; “... bu suçlar arasında para cezasını ya da kısa süreli hapis cezasını gerektirenler vardır. Kaldı ki, bu suçlardan mahkumiyet, Avukatlık Kanunu'na göre mesleğin icrasına da mani değildir. Mahkumiyet halinde mesleğin icrasına engel teşkil etmeyen bir suçun daha kovuşturma safhasında işin nasıl sonuçlanacağını henüz belli olmadığı bir dönemde ilgilinin mesleki faaliyetten yasaklanması haklı görülmez” ( E.1984/12, K. 1985/6, KT. 01.03.1985, AYMKD, S.21, sf.121-123).

Anayasa Mahkemesi, 1986/27 karar sayılı kararında, özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna olduğu vurgulamış; demokratik bir toplum düzeninin sürekliliği için, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamanın maksimum ölçüde değil “zorunlu olduğu ölçüde”, başka bir ifade ile amaca ulaşmak için yeterli minimum ölçüde

olması gerektiğini belirtmiştir. Böylece, Anayasa Mahkemesi bu kararında, özgürlüklerin maksimum sınırlanma noktasına gelmeden, önceki sınırlama alanı içinde, sınırlamanın istisna olduğu esastan hareketle amaca ulaşabilecek yeterlilikteki sınırlamayı minimum düzeyde tutabilmek için "ölçülülük ilkesinin" uygulanabilirliğini ifade etmiştir ( E.1985/8, K.1986/27, KT. 26.11.1986, AYMKD, S.22, sf.336) .

Mahkeme, 1 aydan az süreli yazılı eser ve eklerinde, 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacak nitelikteki yayın yapılmaması yasağının tekerrürü halinde, Türk Ceza Kanunu madde 426/2'deki cezaların 3 misli arttırılarak uygulanması yolundaki hükmü ise, demokratik toplum düzeninde basın özgürlüğünü tehdit ve korku ortamına sürüklenme istidadı taşıyabileceği, önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasındaki mantıki bağın kaybolduğu gerekçesiyle iptal etmiştir (E.1986/12, K.1987/4, KT. 11.02.1987, AYMKD, S.23, sf. 85-86). Mahkeme anılan hükmü, "*önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasındaki adaletli ve kabul edilebilir dengeyi bozmaktadır. Araç ile amaç arasındaki mantıki bağ kaybolmaktadır.*" diyerek iptal ederken, yine öğretilerde oranlılık olarak ifade edilen, ölçülülük ilkesinin diğeri bir unsuruna işaret etmiştir ( E. 1986/12, K. 1987/4, KT. 11.02.1987, AYMKD, S.23, sf. 85). Mahkeme 1961 Anayasası dönemine paralel bir şekilde, hukuk devleti ilkesine dayanırken, ayrıca, Anayasa'nın 13. madde ile de ilişki kurmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin başka bir kararı, siyasal partilerin genel seçimlere katılmasının il ve ilçelerde belli bir orana kadar örgütlenmiş olmalarına bağlayan kanun hükümleri ile ilgilidir ( E.1986/17, K. 1987/11, KT. 22.05.1987, AYMKD, S. 23, sf. 221-222). Bu kararda bir partinin seçimlere katılmak üzere illerin en az üçte birinde ve bu illerdeki ilçelerde yine en az üçte birinde örgütlenmiş olması gerektiğine dair kanun hükmü Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, temel hakların özüne dokunma yasağının demokratik toplumun bir gereği olup, böyle bir hükmün, ulaşılan yarar ile adalet ve hakkaniyet arasındaki dengeyi bozduğunu ve istenilen amaç açısından oransız olduğunu ifade etmiştir (Rumpf, 1993:37-38). Siyasi partilerin seçimlere katılmasını güçleştiren bu

düzenlemeyi Anayasa Mahkemesi iptal ettikten sonra, 3420 sayılı yasa ile konu yeniden düzenlenmiş ve bu kez siyasi partilerin seçime katılabilmek için örgütlenmek zorunda oldukları il sayısı 1/2 ve bir ilde örgütlenmiş sayılmak için örgüt kurulması zorunlu ilçe sayısı ise en az 1/3 olarak belirlenmiştir (Metin, 2002:236). Bu yeni düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğunu denetleyen Mahkeme, şöyle demektedir: “...Demokrasinin vazgeçilmez öğeleri olarak benimsenen siyasi partilerin elini kolunu bağlayacak biçimde, ulaşılması zaman isteyecek il ve ilçe düzeyinde örgütlenme koşullarıyla sınırlamadıkça “makul” ve “kabul edilebilir” ölçüler aşılmış olmaz ve Anayasa'ya aykırılık oluşmaz. Seçme ve seçilme hakkına zarar vermeyen sınırlamalar, anayasal gerekçelere uygun düzenlemelerdir. Yapılan sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun dengenin bozulduğunu gösteren bir belirti yoktur. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmayan yeni sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olmadığı görülmektedir.” ( E:1988/14, K:1988/18, KT. 14.6.1988, AMKD, S.24, sf.254.)

Anayasa Mahkemesi Avukatlık Kanunu'nun bazı suçlardan dolayı hüküm giyenlerin levhadan silinmesini öngören hükmünün iptali istemini incelerken, ölçülülük ilkesini öğretiyeye paralel bir şekilde tanımlamış, pozitif dayanak olarak da 13. maddeyi esas almıştır, “Anayasa'nın 13. maddesinin birinci fıkrasında açıklandığı gibi temel haklar ve özgürlükler, ‘...Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle...de yasayla sınırlanabilmektedir. Anayasa'nın 135. maddesindeki amacın gerçekleşmesi için yapılan düzenleme kapsamında Kanun koyucunun gerekli bulduğu bir koşul ya da önlem, ‘Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun’ oldukça, ‘demokratik toplum düzeninin gereklerine’ aykırı olmadıkça ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmadıkça’ Anayasa'ya ters düşmeyen sınırlamalardır... İtiraz konusu kural, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili ‘ölçülülük’ temel ilkesinin alt ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik ‘elverişlilik’; sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan ‘zorunluluk-gereklilik’; ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen

*'oranlılık' ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşlerdir.*" (E.1988/50, K. 1989/27, KT. 23.06.1989, AYMKD, S. 25, sf. 311-312.)

27.11.1992 tarih ve 3834 sayılı yasanın 7. maddesinin 5. fıkrasına ilişkin olarak itiraz yoluna başvuran İstanbul 5. Daire Mahkemesi, sözkonusu hükmün Anayasa'nın 17. maddesi ve 42. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali isteminde bulunmuştur (E.1998/59, K.1999/14, KT. 11.5.1999, AMKD, S. 36, C.1, sf. 400). 27.11.1992 tarih ve 3834 sayılı yasanın 7. maddesi üniversitelerin ikinci öğretim bölümlerinde okumakta olan öğrencilerin ödeyecekleri öğrenim ücretiyle ilgili konuları düzenlemektedir. 7. maddenin 5. fıkrası uyarınca "öğrenim ücretlerinin birinci taksitini ödemeyenlerin kayıtları yapılmaz ve yenilenmez. İkinci taksitlerini ödemeyen öğrencilere ise, bir aylık ek süre tanınır, bu süre içerisinde de öğrenim ücretini kanuni faiziyle birlikte ödemeyen öğrencinin yükseköğretim kurumu ile ilişkisi kesilir" hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi getirilen sınırlamayı Anayasa'nın 13. maddesi açısından incelemiş ve ikinci öğretimde, ikinci taksitlerini verilen bir aylık ek süreye karşın ödemeyen öğrencilerin yükseköğretim kurumu ile ilişkilerinin kesilmesini öngören düzenlemenin kamu yararına yönelik olması ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen bir yönü olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, ölçülülük ölçütüne dayalı bir denetim gerçekleştirilmemiştir. Ancak iki üye çoğunluk görüşüne katılmamışlar ve ortak karşı oy yazılarında sözkonusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olup olmadığını incelemişlerdir. Bu üyelere göre: "...Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının bir diğer sınırı da, sınırlamaların "öngörüldükleri amaç dışında kullanılamamasıdır." Bu da "ölçülülük" ilkesinin ifadesidir. Bir sınırlamanın, ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için, kabul edilen "kayıtları yapılmaz ve yenilenmez" biçimindeki önlem, ikinci taksiti yatırmayanlar için öngörülen "kaydın silinmesi"ne göre daha yumuşaktır. Zira, daha sonraki aşamada öğrenim ücretini yasal faiziyle ödeyen kimse öğrenim hakkından yararlanabilme imkanına sahiptir. Oysa, Yükseköğretim Kurumu ile ilişkisi kesilen kişinin böyle bir hakkı kalmamaktadır.(E.1998/59, K.1999/14, KT.11.5.1999, AMKD, S.36, C.1, sf.415.) Karşı oy yazılarında üyeler, Alman Hukuku'ndaki gibi ölçülülük ilkesinin alt unsurlarını elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurları olduğu şeklinde ifade

etmişlerdir. Sözkonusu sınırlamayı üç unsur açısından da değerlendirerek ulaşılmak istenen amaç ile kullanılan araç arasında makul ve kabul edilebilir bir oran bulunmadığını belirtmişlerdir (Metin, 2002: 228-229).

Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde görüldüğü kadarıyla orantılılık ilkesi, elverişlilik ve gereklilik ilkelerine göre daha fazla kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi, amaçla araç arasındaki makul ölçü, hakkaniyetli bir denge, adil bir denge, makul ve insani sınırlar, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, makul ve kabul edilebilir ölçü, amaç-araç oranı biçimindeki çeşitli ifadelerle orantılılık ilkesini çeşitli kararlarında uygulamıştır.

#### 2.3.5.4. Öğretide Ölçülülük İlkesi

1961 Anayasası döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu tartışılırken, daha çok 11. maddenin genel sınırlama maddesi olup olmadığı ve öz güvencesi konularına yoğunlaşmıştır. Kanun koyucunun bir temel hak ve özgürlüğü her durumda özüne dokunmaksızın; ancak özüne kadar sınırlayıp sınırlayamayacağı tartışma konusu yapılmamıştır (Vuraldoğan, 2005: 68).

Türk hukuku doktrininde Fazıl Sağlam'ın "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" isimli eserinin yayım tarihi olan 1982 yılına kadar ölçülülük ilkesine pek az değinilmiştir. Bu dönemde, az da olsa Yüce, 1973 tarihli bir makalesinde suç ile ceza arasında bulunması gereken oranlılığı ele almakta ve bu konudaki bir Anayasa Mahkemesi kararını incelemektedir (Metin, 2002: 203). İdare hukuku alanında Onar, ölçülülük ilkesinin gerekliliğini şöyle ifade etmektedir: "*Vasıta bakımından mevcut ikinci tahdit de maksatla vasıta arasındaki mutabakattır: Maksada varmak için daha hafif bir tedbir ve vasıta kafi iken daha ağır bir vasıtaya başvurulamaz, bu takdirde fiil gene idari mahiyetini kaybederek haksız fiile veya suça inkılap etmiş olur.*" (Onar,1966:1510)

Tanör'e göre, 1982 Anayasası'nın ilk halinde, ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemekle beraber, *“Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar... öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.”* ibaresiyle, ölçülülük ilkesine yakın bir düzenleme getirilmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına, ancak *“durumun gerektirdiği ölçüde”* izin verilmiştir. Dolayısıyla, normal zamanlarda temel hak ve özgürlükler alanında sınırlama yapılırken, bu durumun evveliyetle geçerli olması gerekecektir. (Tanör-Yüzbaşıoğlu, 2006: 152-153)

Tanör, ayrıca Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinin de ölçülülük ilkesine işaret ettiğini ifade etmektedir (Tanör-Yüzbaşıoğlu, 2006:138). 13. maddenin 2. fıkrasına ilişkin gerekçede konu şu şekilde ifade edilmektedir: *“...Maddenin ikinci fıkrası, son satırı, hak ve hürriyetlerin, sınırlanmasında öngörülen genel ve özel nedenlerin belli amaçlara yönelik bulunduğu, binnetice ancak bu amaçları gerçekleştirmek için bu nedenlerin öngörüldüğünü vurgulamaktadır. Şu halde öngörülen amaçlar yahut nedenler bahane edilerek, başka bir amaca ulaşmak için hak ve hürriyetler sınırlanmayacak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır.”* (Akad-Dinçkol,1998: 72) .

Fazıl Sağlam'a göre; ölçülülük ilkesi 1961 Anayasası'nın öngördüğü kademeli sınırlama sistemini tamamlayan bir unsurdur ve sınırlamanın öz güvencesinden önceki alanda denetlenmesini sağlamaktadır. Sağlam, 1961 Anayasası döneminde ölçülülük ilkesinin pozitif temelini hukuk devleti ilkesi olduğunu savunmakta; ancak, ölçülülük ilkesinin doğrudan doğruya temel hakların varlığında mündemiç olduğu yönündeki açıklamaları daha tutarlı ve doyurucu bulunduğunu ifade etmektedir (Sağlam, 1982: 110-128) .

Uygun'a göre, Anayasanın 13. maddesinin ilk şeklinin 2. fıkrasında yer alan sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaması kuralı, bir yönüyle nedene bağlılık ilkesini ilgilendirmekte, bir başka yönüyle de, ölçülülük ilkesinin bir

ifadesi olmaktadır. Uygun da, Tanör gibi bu görüşünü 13. maddenin ilk şekline ilişkin gerekçesinde 13. maddenin 2. fıkrasına ilişkin açıklamaya da dayandırmaktadır (Uygun, 1982: 163) .

Özbudun'a göre; 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde ölçülülük ilkesine rastlanmamaktadır. Ancak, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile hak ve özgürlüklerin kullanılmasının tamamen ve kısmen durdurulmasına ancak durumun gerektirdiği ölçüde izin verildiğine göre, normal zamanlarda bu kuralın evveliyetle geçerli olması gerekmektedir. Yine Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesinde de bu durum açıkça ifade edilmiştir (Özbudun,1993:80) .

Sabuncu'ya göre, Anayasa'nın 13. maddesindeki, sınırlamaların öngörülen amaç dışında kullanılamayacakları kuralı ve 15. maddedeki olağanüstü dönemlerde bile yapılacak sınırlamaların, “durumun gerektirdiği ölçüde” olması kuralı birlikte düşünüldüğünde, Anayasa'da ölçülülük ilkesinin doğrudan bir temel bulduğunun kabulü gerekmektedir (Sabuncu, 1984: 19) .

Gözler; 13. maddenin 2. fıkrasında yer alan bu hükmün, ölçülülük ilkesinin temelini oluşturabilmesi için, öncelikle “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar “...öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.” önermesinden “sınırlandırmada başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması gerekir” önermesinin (ölçülülüğün tanımı) nasıl çıkarıldığının ispat edilmesi gerektiğini, ancak, “öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” ibaresini, ölçülülük ilkesinin pozitif dayanağı olarak kabul eden yazarların bunu ispatlayamadığını ifade etmektedir. Gözler, “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar “...öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.” biçimindeki hükmün, belli bir amaçla yapılan sınırlamanın başka bir amaçla kullanılmaması anlamına geldiğini, yani yetki saptırmasını yasakladığını, başka bir anlama gelmediğini belirtmektedir (Gözler, 2000: 249) .



Metin'e göre; ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin en iyi ve en etkili şekilde kullanılmalarna yönelik olup, temel haklar ile kamu yararının bağdaştırılmasında başrol oynadığını, ikisinin en iyi biçimde geçerliliğini sağlamakla yükümlü bir ilke olduğunu kabul etmektedir (Metin, 2002: 37) .

Serozan ölçülülük ilkesine ilişkin olarak şöyle demiştir: “Öngörülen yasal daraltıcı araç, amaçla çok sıkı bir bağlantı içindedir. Eğer araçla amaç arasında dengeli, uyumlu bir ilişki yoksa,... hakkın özünü ihlal eden bir daraltım sözkonusudur.” Bu açıklamada, Serozan'ın ölçülülük ilkesi ile öz güvencesini özdeşleştirdiği görülmektedir. Serozan burada ölçülülük denetiminin asıl fonksiyonunu hakkın özünden önceki alanda yerine getirdiğini belirtmiştir (akt. Sağlam, 1982:127) .

Vuraldoğan da bu konuda, Anayasa'nın 13. maddesinde ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemesine rağmen, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesinde, sınırlamaların öngörülen amaç dışında kullanılmayacakları kuralı ile ilgili olarak getirilen sınırlamaların, bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olamayacağı, yani amaç ve sınırlama orantısının korunması gerektiğini belirtmiştir. Yine, Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının tamamen veya kısmen durdurulmasına ancak durumun gerektirdiği ölçüde izin verildiğine göre, normal zamanlarda bu kuralın evveliyetle geçerli olması gerektiğini savunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinin, ölçülülük ilkesinin Anayasamızdaki temeli olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir (Vuraldoğan, 2005: 73) .

Ölçülülük ilkesi, bireyin bir temel hakkının maddi alanının dokunduğu ve aynı zamanda idarenin müdahalesini kamu menfaatlerine uygun düzenleyen bir kanunun maddi alanına girdiğinde, iki alan arasındaki normatif sınırı belirlemede yardımcı bir kaide, bir ölçüt olarak uygulanır. Böylece çatışan norm unsurlarını uzlaştırır, ilgili temel hakkın norm alanının belirlenmesinde kanun koyucuyu ve idareyi yönlendirici bir yer alır (Rumpf, 1993: 47).

Görüldüğü üzere öğretilerde pek çok yazar 13. maddenin ilk şeklinin 2. fıkrasında yer alan sınırlamanın amacı dışında kullanılmaması ibaresini ölçülülük ilkesinin 1982 Anayasası'ndaki pozitif dayanağı olarak görmekte-dirler. Bazı yazarlar ise 15. maddeden hareketle olağanüstü dönemlerde bile durumun gerektirdiği ölçüde yapılacak sınırlamaların olağan dönemlerde evveliyetle uygulanması gerektiği noktasından hareketle ölçülülük ilkesinin varlığı sonucuna varmıştır.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### 3. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ BAĞLAMINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI

Bu bölümde 1982 Anayasası'nı değiştirme ihtiyacı doğuran nedenler incelendikten sonra, 2001 değişiklikleri sonucunda 13. maddede temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda getirilen değişiklikler üzerinde durularak son olarak değişiklikler sonucunda düzenledikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hak ve özgürlüklerin sınırı sorununa değinilecektir.

#### 3.1. 1982 Anayasası'nı Değiştirme İhtiyacı

Günümüz anayasa anlayışı içerisinde, anayasalar, evrensel normları ve değerleri tabandaki yapıya uygun olarak düzenlemek durumundadır. Bu anlayış ile düzenlenen anayasalar toplumu ifade eden anayasalardır. Başka bir ifade ile anayasalar, bireysel hak ve özgürlükler ile toplumun müşterek değer ve çıkarları arasında denge unsuru olacaktır. Anayasa, bu anlamı ile bir toplumsal bir sözleşme mahiyetini kazanacak ve tüm özel ve tüzel kişileri bağlayıcı bir nitelik arz edecektir (Gökçe, 2002: 536) .

1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği 07.11.1982 tarihinden itibaren akademisyenlerin, siyasilerin, sivil toplum kuruluşlarının ve basın yayın organlarının yoğun şekilde eleştirilerine maruz kalmıştır (Gözler, 2001a: 2-3). Bu eleştiri ve tartışmalar beraberinde anayasa değişikliklerini gündemin değişmeyen konusu haline getirmiştir.

Anayasa'nın maruz kaldığı eleştirilerin anayasa değişikliğini zorunlu kılmasının yanı sıra, yeni sosyal, siyasal ve ekonomik gelişmeler de insan haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle anayasa değişikliği düşüncesini doğurmuştur. Kurulan dengeler sürekli değişim içindedir. Örneğin; 1990 sonrasında ideolojiler çökünce, yeni ideoloji

“insan hakları” olmuş, insan haklarının kapsamı sürekli gelişmiş ve sınırlamalar da daralmıştır. AİHS’in kabulünün üzerinden 50 yıl geçmiş ve protokollerle Sözleşme’ye yeni haklar eklenerek, bireysel başvuru hakkının tanınması zorunlu hale getirilmiş, hükümetlerin kararları üzerinde etkili olduğu Komisyon ortadan kaldırılmış ve AİHM’in kararları kesin hüküm niteliğinde ve bağlayıcı olmuştur. Bütün bu gelişmeler doğrultusunda Anayasa’nın değiştirilmesi gereklilik arz etmiştir (Fendoğlu, 2002: 113) .

1982 Anayasası, Batı’daki Anayasal gelişmelere aykırı olarak hazırlanmış, bireyin devlete karşı korunması amaçlanmamıştır. Tepki anayasası olan ve özgürlüklerin teröre neden olacağı varsayımından çıkış yapan, hiyerarşik yöntemle hazırlanan bu Anayasa, birey karşısında devleti kutsayan bir yapıdadır. Birey ve toplumu siyasi bir tehdit olarak gören, onları siyasi dar bir alana hapseden, devleti kurarken de devleti koruma içgüdüleriyle davranan bir yapıdadır. Anayasacılık felsefesine uygun olarak devlet iktidarının keyfilğini sınırlayan, güçlü devlet karşısında güçsüz bireyin temel hak ve özgürlüklerini koruyan bir garantist anayasa olmaktan uzaktır. ( Eroğul, 1996: 270) . Bu nedenle de 1982 Anayasası 2001 yılına kadar 5 kez değiştirilmiştir.

Bazı yazarlarca anayasanın yeni baştan yazılması istenirken, bazılarınca da kısmi değişikliğin yeterli olacağı belirtilmiştir.

1982 Anayasası bu haliyle, yeni yüzyılın gereksinimlerine ve koşullarına cevap vermekten çok uzak bir anayasa olmuştur. Böylece toplumun taleplerine cevap vermeyen, sorunlarına çözüm üretemeyen, üstelik sorunları daha da ağırlaştıran 1982 Anayasası’nın değiştirilmesinde büyük bir haklılık payı vardır. Gerek küreselleşme ve gerekse Avrupa ile bütünleşmenin gerekleri, Türkiye’nin, sistemini yeni baştan gözden geçirmesini zorunlu kılmaktadır. Türkiye’nin yalnızca siyasi, hukuki ve iktisadi alanlarda değil, her alanda yenilenmeye ciddi olarak gereksinimi vardır. Bu yenilenme ihtiyacı, sadece dış koşulların ve uluslararası konjonktürün ortaya çıkardığı bir zorunluluk da değildir. Daha insani, daha uygar ve daha çağdaş bir

sosyo-ekonomik sistem herhangi bir dış etki olmasa bile toplum için yeniden yapılandırılmalıdır (Gökçe, 2002: 536-537).

Sadece değişen toplumsal koşullar değil, bunun yanı sıra AB ile uyum süreci ve ulusal-uluslar arası örgütlerin de etkisi ile insan hakları kavramının sıklıkla tartışılır olması da 1982 Anayasası'nı değiştirme ihtiyacı doğurmuştur.

1960'lı yıllara dayanan Türkiye'nin AB'ye adaylık süreci, insan hakları alanında ciddi adımların atılması mecburiyetini beraberinde getirmiştir. Türkiye, terörle mücadeleyi ileri sürerek bu reformların yapılmasını sürekli ertelemiştir. Ancak 2001 öncesi dönemlerde AB'ye adaylık süreci ve bu sürecin sonunda gerçekleşmesi beklenen tam üyelik durumu anayasayı ve bunun gibi pek çok yasayı AB normlarına uydurmayı zorunlu kılmıştır (Gökçe, 2002: 538) .

### **3.2. 2001 Anayasa Değişiklikleri Öncesinde Yapılan Değişiklikler**

1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hem hazırlanış biçimi, hem de içeriği yönünden sürekli olarak eleştirilmiştir. Çeşitli tarihlerde yapılan anayasa değişiklikleri ile anayasa metninde önemli iyileştirmeler gerçekleştirilmişse de, bu durum dahi 1982 Anayasası'nın geniş kesimlerce sahiplenilmesini sağlayamamıştır (Uygun, 2008: 323).

1982 Anayasasında ilk değişiklik, 3361 sayılı kanun ile 17.05.1987 tarihinde gerçekleşmiş, 18.05.1987 tarih ve 19644 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanmıştır. Bu değişiklik ile seçmen olma yaşı 21'den 20'ye indirilmiş, milletvekili sayısı 400'den 450'ye çıkarılmıştır. Anayasa değişikliğini düzenleyen 175. maddede, anayasa değişikliğine ilişkin teklifin kabulü için aranacak asgari yeter sayı üye tam sayısının üçte ikisinden beşte üçüne indirilmiştir. Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca halkoylamasına sunulması konusu yeni esaslara bağlanmıştır. 12 Eylül 1980 öncesi dönemin politikacılarına çeşitli sürelerde siyaset faaliyet yasağı getiren Anayasanın geçici 4. maddesi, halkoylaması sonucunda kaldırılmıştır.

1982 Anayasası'nın 133. maddesinde 3913 sayılı kanunla yapılan değişiklik 10.07.1993 tarihli ve 21633 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, özel radyo istasyonları kurulmasının önündeki engel ve bu konudaki devlet tekeli kaldırılmıştır. Böylece vatandaşın değişik kaynaklardan haber alma özgürlüğü sağlanmıştır.

Üçüncü Anayasa değişikliği 23.07.1995 tarihinde 4121 sayılı kanunla gerçekleştirilmiş ve 26.07.1995 tarih ve 22355 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 1995 anayasa değişiklikleri, 2001 yılına kadar yapılan en kapsamlı değişikliklerdir. Bu değişiklik ile Başlangıç ve 14 adet madde değiştirilmiştir.

Anayasanın Başlangıç kısmında iki önemli değişiklik yapılmıştır. Birincisi, "kutsal Türk Devleti" yerine "yüce Türk Devleti" ibaresi konulmuştur. İkinci değişiklik ise, 12 Eylül askeri darbesini meşrulaştıran ifadelerin yürürlükten kaldırılması olmuştur.

Toplu özgürlükler alanında, 33, 135, 171. maddelerde yapılan değişiklikler ile dernek, sendika, meslek kuruluşları, kooperatifler ve sivil toplum örgütlerine ilişkin kısıtlamalar kaldırılarak daha demokratik düzenlemeler yapılmıştır. Anayasa'nın sendikal faaliyet başlığı taşıyan 52. maddesi bütünüyle yürürlükten kaldırılmıştır. 53. maddede yapılan değişiklik ile memurlar için sendika kurma hakkı tanınmıştır. Toplu sözleşme yerine toplu görüşme usulü belirlenmiştir. Böylece 1982 Anayasasında depolitizasyonun aşılması yönünde önemli adımlar atılmıştır. Ancak, memurlar ve diğer kamu görevlileri için grev hakkı tanınmamıştır.

Siyasi hak ve özgürlükler alanında, 67. maddedeki seçmen olma yaşı 18'e indirilmiştir. 1924 Anayasası'nın seçmen olabilmek için öngördüğü yaş sınırı tekrar kabul edilmiştir. Siyasi hak ve özgürlükler alanında ayrıca, tutuklu ve yurtdışındaki yurttaşlara oy hakkı tanınmış(67/5), parti üyeliği yaşı indirilmiş(68/1), yükseköğretim elemanları ile öğrencilere parti üyeliği serbest bırakılmış(68/6-7), partilerin kadın kolu, gençlik kolunu yasaklayan hüküm Anayasa'dan çıkarılmış(68/5), böylece dar bir alana hapsedilmiş olan siyasetin beslenme kanalları

kısmen genişletilmiş, canlandırılmış, Anayasa düzeltilmeye çalışılmıştır (Fendoğlu, 2002:115).

Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama esasını düzenleyen 149. maddeye bir cümle eklenerek, hakkında kapatılma davası açılan bir siyasi partinin genel başkanının veya başkanın tayin edeceği bir milletvekilinin savunmasının dinleneceği esası kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 84. maddesinde yapılan değişlikle milletvekilliğinin düşme sebepleri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 93. maddesi "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, her yıl Ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanır.*" şeklinde değiştirilmiştir.

1995 yılında gerçekleştirilen ve yukarıda özetlenen anayasa değişikliklerinin amacı o günkü hükümet tarafından "demokratikleşmeyi ve yeniden yapılanmayı" gerçekleştirmek olarak açıklanmıştır. Doktrinde bu konuda yapılan değerlendirmelerde, genel olarak, yapılan anayasa değişiklikleri nispeten olumlu bulunmakta ve bu değişikliklerin demokratikleşme amacına hizmet edebileceği vurgulanmaktadır. Bununla beraber, özellikle siyasal katılma kanallarının genişletilmesine yönelik anayasa değişikliklerinin deyim yerindeyse kağıt üzerinde kalmaması için Dernekler Kanunu, Siyasi Partiler Kanunu, Sendikalar Kanunu gibi ilgili yasal düzenlemelerde de değişiklik yapılmasına ve ilgili mevzuatın anayasayla uyumlu hale getirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır (Akad, 1996:7-12).

2001 anayasa değişiklikleri öncesinde 1982 Anayasası 1999 yılında iki kez değişikliğe uğramıştır. 1999 yılında yapılan ilk değişiklik, 18.09.1999 tarihli ve 4388 sayılı kanunla yapılan aynı tarihte 23729 sayılı RG ile yayımlanarak yürürlüğe giren değişiktir. Bu anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 143. maddesi değiştirilmiş, Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki askeri hakim ve savcılarının yerine sivil hakim ve savcılarının atanması kabul edilmiştir. Bu değişiklikte AİHM kararları etkili olmuştur (Fendoğlu, 2002: 116).

1999 yılı içinde yapılan ikinci anayasa değişikliği 13.08.1999 tarihinde ve 4446 sayılı kanunla yapılan 14.08.1999 tarih ve 23786 sayılı RG.'de yayımlanarak yürürlüğe giren değişikliklerden oluşmaktadır. Anayasa'nın "Devletleştirme ve Özelleştirme" başlığı taşıyan 47. maddesine eklenen bir fıkra ile kamu mallarının özelleştirilebilmesinin önü açılmıştır.

Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasına eklenen bir cümle ile kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde milli ya da milletlerarası tahkim yoluna başvurma mümkün olabileceği hükmü getirilmiştir. Buna paralel olarak, Anayasa'nın Danıştay'ın görevlerini düzenleyen ilgili hükmünde de(155/2) değişiklik yapılarak, Danıştay'ın "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme" görevi, "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek"le sınırlandırılmıştır (Tülen, 2000: 204).

Fendoğlu 2001 yılına kadar 1982 Anayasası'nda yapılan toplam 5 değişiklik ile ilgili olarak bu değişikliklerin liberal-demokratik anayasacılık açısından olumlu karşılanması gerektiğini düşünmektedir ve şöyle devam etmektedir: *"...ama bütün bu değişiklikler yetersiz görülmüş olmalı ki Anayasası değiştirme düşüncesi sürmüştür. Şu ana kadarki reformlarla Anayasa'nın temel felsefesi, birey-devlet ilişkileri ve yönetim sisteminin tam olarak değiştirilebildiği söylenemez. Bu nedenle de Anayasa sorunu güncelliğini sürdürmüştür. Bu arada anayasa yapma arayışları sürmüş, yeni anayasa önerileri de yapılmıştır. Bütün bu değişikliklerin ulusal istek kadar, dış politika önceliklerinden veya uluslararası yükümlülüklerden doğduğu eklenmelidir."* (Fendoğlu, 2002: 116)

Anayasaların buldukları dönemin izlerini taşıdığına ilişkin görüş 1982 Anayasası'nda da varlığını hissettirmektedir. Yapıldığı dönem itibari ile kazuistik bir yapıda hazırlanan 1982 Anayasası kısa süre içinde çağın değişen koşullarına ayak uyduramamış ve 1987 yılından itibaren yapılan değişikliklerle daha çağdaş ve demokratik bir görünüm kazanmıştır. Ancak Fendoğlu'nun da bahsettiği gibi yapılan bu değişiklikler yeterli görülmemiş ve yeni anayasa yapma çalışmaları da dahil



olmak üzere arayış devam etmiş, 2001 yılında 4709 sayılı kanunla daha köklü değişiklikler yapılmıştır.

### 3.3. Genel Olarak 2001 Anayasa Değişiklikleri

Toplumun gereksinimlerine cevap veremeyen 1982 Anayasası'nın yaklaşık yirmi yıllık süre sonunda, 2001 yılında "Başlangıcı" ve 35 maddesi değiştirilmiştir. Bu değişiklik sürpriz olmamış, zaten Anayasa 2001 yılına kadar 5 defa değiştirilmiştir. Bu değişikliklere rağmen Anayasa'nın üzerindeki tartışmalar devam etmiş ve Anayasa'nın tepki anayasası olduğu, ayrıntıya girdiği, aşırı kısıtlama ve sınırlamalar içerdiği yaygın bir görüş olarak hukukçular, çeşitli sivil toplum örgütleri ve ilgili diğer kişi ve kuruluşlar tarafından ileri sürülmüştür (Gökçe, 2002: 535-536).

Türkiye Barolar Birliği(TBB) tarafından hazırlattırılan Anayasa Önerisinin Genel Gereğesinde de, Batı'da ve Türkiye'de, insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti yönünde ilerleyen anayasacılık hareketleri bağlamında 1982 Anayasası, "*...bir duraklama dönemi, hatta halkalar zincirinde kopma noktasını ifade etmektedir. Olağanüstü ortam ve koşullarda, ülke hep kriz halinde yaşayacakmış zihniyetiyle hazırlanan 1982 Anayasası, yaklaşık 20 yıllık yürürlük döneminde sadece insan hakları açısından değil, siyasal rejimin işleyişi üzerinde yapılan tartışmaların da odağında yer almıştır.*" denilerek, 1982 Anayasası'nın maruz kaldığı eleştiriler dile getirilmiştir (\_\_\_\_, 2001:2).

2001 anayasa değişikliğine dair kanun teklifinin gerekçesinde, ilk önce, toplumun ihtiyaç ve beklentilerinin karşılanabilmesi için anayasa değişikliği yapılmasına gerek duyulduğu açıklanmıştır. Ayrıca, yapılan değişikliklerle Anayasa'nın çağdaş, demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir anayasa niteliğine kavuşturulmasının hedeflendiği de gerekçede ifade edilmiştir. Bununla beraber, Türkiye'nin AB'ye tam üyelik süreci içerisinde üstlenmiş olduğu taahhütlerin TBMM'yi anayasa değişikliği yapma yönünde motive eden en önemli unsur olduğu dikkat çekmektedir. Bu bağlamda,

anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu raporunda, AB'ye tam üyelik sürecinin gereklerine ve Türkiye'nin Ulusal Programındaki vaatlerine atıf yapıldığı görülmektedir. Buna paralel olarak, değişiklik teklifinin gerekçesinde, temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesinde sıklıkla AİHS'deki kriterlerin esas alınmasına vurgu yapılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili 10 değişik maddede (Anayasanın 13, 14, 19, 20, 21, 26, 31, 34, 36 ve 38. maddelerinde) yapılan değişikliklerin gerekçeleri belirtilirken AİHS'in veya bu sözleşmenin eklerinin baz alındığı vurgulanmıştır (Tülen, 2001: 193).

2001 Anayasa değişikliğinin genel gerekçesi, ulusal-üstü etkilerle ulusal beklentileri uzlaştırmaya çaba göstermektedir. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasi açılımlar doğrutusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliği'ne tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi ölçütlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasa'da bazı değişikliklerin yapılması da kaçınılmaz görülerek, toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir anayasa değişikliği hedeflenmiştir (Kaboğlu, 2001:108).

4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik 35 madde ve bir geçici maddeden oluşmaktadır. Değişikliğe ilişkin kanunun 27. maddesi hariç diğer maddeleri 17.10.2001 tarihinde 24556 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Cumhurbaşkanı 27. maddeye ilişkin olarak halkoylamasına gidilmesi yönünde karar almıştır. Halkoylamasına gidilmesine ilişkin karar 22.10.2001 tarihinde 24561 Mükerrer sayılı RG'de yayınlanmıştır. Bunun üzerine TBMM, halkoylamasına sunulmasına karar verilen Anayasanın 86. maddesine ilişkin düzenlemeyi yeniden gözden geçirmiş ve 21.11.2001 tarihinde kabul ettiği 4720 sayılı kanunla aynı maddede ikinci bir değişiklik yapmıştır. Cumhurbaşkanı tarafından 1 Aralık 2001 tarihinde RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir (Aliefendioğlu, 2002: 143-144).

Sistematik açıdan bakıldığı zaman, 4709 sayılı kanunla yapılan anayasa değişikliklerinin çok büyük bir kısmının Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemelere dair olduğu görülmektedir. Anayasa değişikliğine ilişkin 35 maddelik kanunla Anayasa'nın "temel haklar ve ödevler" kısmındaki 25 farklı maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca Anayasa'nın Başlangıç kısmında yapılan değişikliklerle birlikte 87., 149., ve geçici 15. maddelerinde yapılan değişiklikler de temel hak ve özgürlüklerle yakından ilişkilidir. Bu açıdan bakıldığı zaman, yapılan anayasa değişikliklerinin yaklaşık olarak yüzde seksen beşinin temel hak ve hürriyetlerin düzenlenmesi ile ilgili olduğu söylenebilir. Bu kapsam içerisinde Anayasanın "temel haklar ve ödevler" kısmının "genel hükümler" bölümündeki 13. ve 14. maddeler; "kişinin hakları ve ödevleri" bölümündeki 19., 20., 21., 22., 23., 26., 28., 31., 33., 34., 36., 38. ve 40. maddeler; "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" bölümündeki 41., 46., 49., 51., 55. ve 65. maddeler ile "siyasi haklar ve ödevler" bölümündeki 66., 67., 69. ve 74. maddeler çeşitli düzeylerde değişikliğe uğramışlardır (Tülen, 2001: 193-194).

2001 anayasa değişikliklerine toplumun çeşitli kesimlerinden farklı eleştiriler gelmiştir. Daha çok siyasiler ve medya tarafından değişikliklerin olumlu olduğu, sivil bir anayasa yapıldığı, hak ve özgürlüklerin genişletildiği, anayasal sistemimizin AB'nin ve AİHS'nin sisteminin standartları ile aynı seviyeye getirilmiş olduğunu iddia etmiştir. Ancak, akademisyenler konuya daha mesafeli yaklaşmış ve bu görüş sahiplerinden bir kısmı, yapılan değişikliklerin bir bölümün gereksiz ya da faydasız olduğunu ya da bu değişikliklerin hukuk düzeninde herhangi bir değişikliğe yol açmayacak nitelikte olduğunu belirtirken, diğer bir kesim ise yapılan bazı değişikliklerin zararlı olduğunu iddia etmiştir.

Burada konumuzla ilgisi açısından özgürlükler rejimine ilişkin değişikliklere kısaca değinilecektir. Bu değişiklikleri, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması(md.13), temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması(md.14), kişi özgürlüğü ve güvenliği(md.19), düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü(md.26) ve diğer hak ve özgürlükler olarak sıralayabiliriz.

“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlığını taşıyan 13. madde 4709 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklikle maddenin önceki biçiminde yer alan, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin...korunması” sınırlandırma ölçütüne yer verilmemiştir. 13. maddede yer alan “Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.” hükmü kaldırılarak artık her temel hak ve özgürlük için “özel sınırlandırma nedenleri”nin geçerli olacağı belirtilmiştir.

Tezimizin konusunu oluşturan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddenin 2001 değişikliklerinden sonraki hali daha sonra detaylı olarak incelenecektir.

4709 sayılı kanunla Anayasanın 14. maddesinde yapılan ilk değişiklikle, Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerin, bu hak ve özgürlükleri yıkmak “amacıyla kullanılmayacağı” hükmü yerine, bu hak ve hürriyetleri yıkmayı “amaçlayan faaliyetler” olarak kullanılmayacağı hükmü getirilmiştir (Çiçekli-Eryılmaz, 2002: 38).

14. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle, kişilerin yanında devletin de temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini amaçlayan bir faaliyette bulunamayacağı hükmü getirilmiştir ki bu daha önceki metinde olmayan, yeni ve olumlu bir düzenlemedir. 14. maddenin 2. fıkrasında yapılan bu değişiklikler, değişiklik teklifinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, AİHS’in konuya ilişkin düzenlemesine paralel bir hükmün konulması hedeflenmiştir. AİHS’in aynı konuyu düzenleyen 17. maddesinde “bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, topluluğa veya kişiye Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine... yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağladığı şeklinde yorumlanamaz” hükmü yer almıştır (Tülen, 2001: 202).

Anayasa’nın 19. maddesinde yapılan değişiklikle toplu olarak işlenen suçlar bakımından 15 gün içinde hakim önüne çıkartılmayı öngören eski hüküm kaldırılmış,

bu süre 4 gün olarak değiştirilmiştir. Bireysel suçlar bakımından 48 saatlik gözaltı süresinde herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir.

15 günlük sürenin 4 güne indirilmesi, aynı zamanda gözaltı süresi içinde meydana gelebilecek işkence ve kötü muamele gibi insan onur ve haysiyetini kırarak olumsuzlukları da önlemiş olacaktır (Eroğul, 2001: 275–276). Yeni düzenlemeyle ayrıca yakalanan veya tutuklanan kişilerin yakınlarına derhal bildirme esası getirilerek bu yeni düzenlemeyle gözaltında kaybolma ve buna bağlı olarak AİHM’de hak arama girişimine son verilecektir (Gökçe, 2002: 545).

Anayasa’nın 20. maddesini ilk fıkrasında yapılan değişiklikle, kişilerin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu vurgulanarak, eski metinde yer alan, “adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.” şeklindeki durum ortadan kaldırılarak sözkonusu güvencenin önemi vurgulanmıştır (Çiçekli-Eryılmaz, 2002: 42).

Gökçe’ye göre, özel hayatın gizliliği ile ilgili 20. maddede yapılan yenilik, bu hak ve hürriyetle ilgili özel sınırların AİHS’deki esaslar çerçevesinde açık olarak belirlendiği olumlu bir değişikliktir. Bu değişiklik ile birlikte hakim kararı olmaksızın kişilerin evinde veya üzerinde arama yapılması ve bir kısım eşyalara el konulması halinde yetkili merci tarafından alınan bu kararların 24 saat içinde hakim onayına sunulacağı, görevli hakim 48 saat içinde kararını açıklaması gerektiği, aksi takdirde el koymanın kendiliğinden ortadan kalkacağı hükmü getirilmiştir (Gökçe, 2002: 545-546).

20. maddeye göre, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadan kişinin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmayacak ve bunlara el konulamayacaktır.

Anayasa'nın 21. maddesinde yapılan değişlikle, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması özel sınırlama nedenleri olarak, maddeye aktarılmıştır.

Madde metninde yapılan ikinci yenilik ise, gecikmesinde sakınca bulunan haller, AİHS çerçevesinde yeniden düzenlenerek, özellikle konuta girme, arama yapma ve eşyaya el koymada yazılı emir şartı aranmasıdır (Gökçe, 2002: 545). Ayrıca yetkili mercinin kararının 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulması; hakim kararını 48 saat içinde açıklamaması durumunda, el koymanın kendiliğinden kalkacağı esası benimsenmiştir.

"Haberleşme hürriyeti" kenar başlığı taşıyan Anayasa'nın 22. maddesinde yapılan değişiklikler 20. ve 21. maddelerde yapılan değişikliklere paralel niteliktedir. Yapılan değişikle kişinin haberleşme özgürlüğü korunmak istenmiştir

2001 değişiklikleri ile Anayasa'nın 23. maddesinin 5. fıkrası; "Vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması sebebiyle sınırlanabilir." şeklinde değiştirilmiştir. "Ülkenin ekonomik durumu" ibaresi madde metninden çıkarılarak ülkenin ekonomik durumunun yurtdışına çıkmaya engel teşkil etmesine son verilmiştir. Böylece, hükümetin almış olduğu yanlış ekonomik kararların ve yapılmış olan hataların cezasını vatandaşların çekmesi önlenecek, yerleşme ve seyahat hürriyetleri engellenmeyecektir (Gökçe, 2002: 547).

Anayasa'nın "Düşüncüyü açıklama ve yayma" başlığı taşıyan 26. maddesinde yapılan değişikle, maddenin 2. fıkrası değişikliğe uğramış, üçüncü fıkrası tamamen metinden çıkarılmış ve son olarak da maddenin sonuna "*Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.*" hükmü eklenmiştir (Aydın, 2008: 128). Bu hükümle, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasına ilişkin şekil, şart ve usullerin tespiti yasaya bırakılmaktadır. Bu durum, düşünce özgürlüğü alanını daraltabilecek sınırları da beraberinde getirmektedir. Bu konuda Anayasal güvenceden yasal

güvenceye geçilmiştir ( Aliefendioğlu, 2002: 167).

26. madde son şekliyle, düşünce ve anlatım özgürlüğünün sınırlarını biraz daha genişletirken, ülkemizde yasaklanmış bir dil bulunmamakla birlikte, toplumdaki dil farklılıkların sosyolojik bir gerçek olarak değerlendirilmesi gerektiği bağlamında, *"düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz."* hükmünü içeren üçüncü fıkranın tümünden Anayasa'dan çıkarılmış olması önemli bir kazanım olarak kabul edilmektedir. Yapılan bu değişiklikle ilave edilmiş olan "milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği" şeklinde genel çerçevenin, kamuoyundaki bir kısım hassasiyetlerin giderilmesi açısından bir orta yol olarak benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu kavramların bir kısmı AİHS'den alınmıştır. Kavramlar AİHS'den alındığına göre, Sözleşme'ye dayalı olarak AİHM'in ortaya koyduğu içtihatlar doğrultusunda yorumlanıp uygulanmadığı takdirde madde eski halini alacaktır (Gökçe,2002: 547).

"Basın hürriyeti" başlığını taşıyan Anayasanın 28. maddesi, bu hürriyetin güvenceleri ile düzenlenmesi ve sınırlandırılmasına ilişkin toplam dokuz fıkradan oluşmaktadır. Yapılan anayasa değişikliği ile özellikle son yıllarda yaygın olarak şikayet ve eleştirilere uğramış olan 2. fıkra hükmü metinden çıkarılmıştır. 28. maddenin geri kalan hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır (Tülen, 2001: 210).

2001 değişiklikleri ile 28. maddeden "kanunla yasaklanmış bir dilde yayın yapılamaz." hükmü tümüyle kaldırılarak, demokrasi ve toplumsal bakış açısında önemli bir rahatlama getirilmiş, 26. maddedeki değişikliğe paralel olarak bu konuda da anayasal güvence sağlanmıştır (Gökçe, 2002: 547). Yapılan bu tek değişiklikle, düşünce ve anlatım özgürlüğünün sınırlarının genişletilmesi amaçlanmıştır (Aydın, 2008: 130).

Gözler, 19 Ekim 1983 tarih ve 2932 sayılı "Türkçeden Başka Dille Yapılacak Yayınlar Hakkında Kanun"un, 12 Nisan 1991 tarih ve 3713 sayılı kanunla kaldırılmasından sonra, isteyen herkesin istediği dilde yayın yapabileceğinden

hareketle, kanunla kaldırılan bir hükmün tekrar Anayasayla kaldırılmasına gerek olmadığına dikkat çekerek, bu değişikliğin gereksiz olduğunu ifade etse de (Gözler, 2003: 335), üst norm-alt norm ilişkisi dikkate alınarak, Anayasa ile böyle bir güvence sağlanmış olması ile ileride kanunla yapılacak aksi düzenlemelerin önüne geçilmiştir.

Anayasa'nın 31. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle, kamu tüzel kişilerin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma ile ilgili olarak sınırlama halleri belirlenmiştir. Bu hallerde AİHS çerçevesinde, milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması olarak sıralanmıştır. Kitle iletişim araçlarından yararlanma konusunda özel ya da kamu sektörü ayrımı yapılmasının, gelişen ve değişen teknolojiler karşısında hiçbir anlamı kalmamıştır (Gökçe, 2002: 548).

Anayasa'nın dernek kurma özgürlüğü ile ilgili 33. maddesinde yapılan değişikliklerle dernek kurmanın önündeki çeşitli sınırlamalar azaltılarak iki değişiklik yapılmıştır. Birincisi, 13. madde ile kaldırılan genel sınırlama nedenlerinin yerine milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi yeni sınırlama nedenleri ilave edilmiştir. İkinci değişiklik ise, eski metinde yer alan bildirim usulüne ilişkin 2. fıkranın kaldırılması şeklinde olmuştur. Böylece kanunkoyucuya dernek kurma özgürlüğü konusunda geniş takdir yetkisi tanınmıştır.

“Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı”na ilişkin anayasa değişikliği kanun hükmünü andıran eski metni basitleştirerek, bir anayasa hükmünde olması gereken sadeliğe kavuşturmuştur (Çiçekli-Eryılmaz, 2002:55).

Anayasa'nın “Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı” başlıklı 34. maddesi bir Anayasa hükmünde olması gereken sadeliğe kavuşturulmuştur. İlk olarak şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merciin gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergahı tespit edebileceği şeklindeki 2. fıkra hükmü madde metninden çıkarılmıştır. İkinci olarak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç



işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, özel sınırlama nedenleri olarak maddeye aktarılmıştır.

2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında Anayasanın 36. maddesinde yer alan *“Herkes yargı önünde davalı ve davacı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.”* şeklindeki ifade, herkesin “adil yargılanma” hakkına sahip olacağı şeklinde genişletilmiştir (Giritli, 2002: 94). Bu değişiklikle “adil yargılanma hakkı” kavramı ilk kez 1982 Anayasası’na girmiştir.

Anayasanın 38. maddesinde yapılan değişiklikle, madde metnine dokunulmadan, üç yeni fıkra eklenmiştir. Değişiklik öncesinde dokuz fıkra olan madde metni, değişikliklerle beraber oniki fıkraya çıkmıştır ( Tülen, 2001:216).

AİHS’nin 4 nolu protokolüne uygun olarak getirilen değişiklikle, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğine dair fıkra eklenmiştir. İkinci değişiklik ise, *“savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör halleri dışında ölüm cezası verilemez.”* cümlesidir. Burada terör suçuna ölüm cezası verilmesi eleştirilmektedir. Ayrıca Terörle Mücadele Yasası’ndaki terör tanımına da itiraz edilmektedir. Terör suçlarına ölüm cezası verilmesi de AİHS’in 6 nolu protokolüne aykırıdır (Fendoğlu, 2002: 119). 2001 Anayasa değişikliklerinin üzerinden bir yıl dahi geçmeden kanun koyucu, 03.08.2002 tarihinde, 4471 sayılı kanunla kabul ettiği “Türkiye Büyük Millet Meclisi Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un birinci maddesinin A fıkrası uyarınca ölüm cezası verilebilecek hallerin kapsamı, terör suçları çıkartılarak daraltılmıştır (Aydın, 2008: 139). Böylece sözkonusu kanun değişikliği ile savaş ve çok yakın savaş tehdidi dışında ölüm cezası öngören düzenlemeler kaldırılmıştır. Ancak bu değişiklikten kısa bir süre sonra 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla, ölüm cezası tamamen kaldırılarak 22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı RG.’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasa değişiklikleri ile anayasa metnine, *“Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden*

*alikonulamaz.*” hükmü ilave edilmiştir. Gerekçe olarak, Türkiye’nin de 19.10.1992 tarihinde taraf olduğu ve 23.02.1994 de 3975 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunarak yürürlüğe giren 4 nolu AİHS protokolünün 1. maddesi gösterilmiştir (Gölcüklü-Gözübüyük, 1998:28).

Anayasa’nın, “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddende yapılan değişiklik sonucunda maddeye “*Devlet işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*” şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir.

### **3.4. 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonucunda 1982 Anayasası’nın 13. Maddesi ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**

Anayasa’nın 13. maddesinde, 03.10.2001 günlü, 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda 13. madde, “*Temel hak ve hürriyetler, özüne 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.*” biçimine dönüşmüştür. Böylece, madde genel sınırlama hükmü olmak yerine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında ilkeleri belirleyen hale gelmiştir. Madde önemli oranda değişmesine karşın, “sınırlayıcı” ve “sınırlamayı sınırlayıcı” yapısını devam ettirmiştir (Aliefendioğlu, 2002: 154). Sınırlama nedenleri ilgili maddelere yerleştirilerek, özgürlüklerin özelliğine göre farklılaştırılmış sınırlama rejimine geçmek için aşama kaydedilse de, sınırlama nedenlerinin tamamının maddelerde yer almaması nedeni ile düzenlemenin eksik olduğu pek çok yazar tarafından ileri sürülmüştür.

Değişiklikten önce 13. maddede, tüm temel hak ve özgürlükler için geçerli genel sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Bu sisteme uygun olarak temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelerde, bazı istisnalar dışında, bu sınırlama nedenlerine ayrıca yer vermeye gerek görülmemiştir. Ancak, belli maddelerde genel sınırlama

nedenlerine ek olarak, o hak ve özgürlüğe ilişkin özel sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Bu sistem, sınırlamayı ön plana alan yaklaşımı içinde mantıklı bir tutarlılık göstermektedir (Sağlam, 2002: 289).

Daha önce de bahsedildiği gibi, 13. madde bir genel sınırlama maddesi olmaktan çıkarılarak, sınırlamanın sınırı ve usulünü gösteren madde haline gelmiş, bu durum maddedeki genel sınırlama nedenleri ile yeni sınırlama nedenlerinin temel hak ve özgürlüklerin özel olarak düzenledikleri maddelere aktarılması sonucunu doğurmuştur. Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20., "Konut Dokunulmazlığı" başlıklı 21. ve "Haberleşme Hürriyeti" başlıklı 22. maddesine, "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması", "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesine, "milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması", "Kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle iletişim araçlarından yararlanma hakkı" başlıklı 31. maddesine, "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetinin korunması", "Dernek kurma hürriyeti" başlıklı 34. maddesine, "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması", "Sendika kurma hakkı" başlıklı 51. maddesine, "milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" özel sınırlama sebepleri olarak aktarılmıştır (Vuraldoğan, 2005: 115).

13. maddede yapılan değişikliklerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle paralellik sağlamak amacıyla yapıldığı TBMM Genel Kurulu'ndaki görüşmelerde de ifade edilmiş, dolayısıyla sınırlama nedenlerinin 13. maddeden çıkarılması ile AİHS ile uyum ve paralellik sağlanmıştır. Böylece, AİHM'in içtihatlarla geliştirmiş olduğu, sınırlamanın bir kanun ile düzenlenmiş olması gerekliliği, meşru bir amaca yönelmiş olması ve sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olması ilkeleri ölçütleri yapılan değişikliklerle hukukumuzda da yer almıştır.

Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan köklü değişiklik ile genel sınırlama nedenlerinin tamamı bu maddeden çıkarılmış ve buna koşut olarak “temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği” ilkesi öngörülmüştür. Böylece temel hak ve özgürlükler, 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerinin baskı ve ağırlığından kurtarılmış, özgürlüğün asıl, sınırlamanın ise istisna olarak düşünülmesi gerektiği anlayışına geçilmiştir (Sağlam, 2002: 289).

Daha önce de belirtildiği gibi, Anayasa'nın, “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlığı altında yer alan “Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir”. ibaresi “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.” şeklinde değiştirilmiştir. Eski metinde yer alan ikinci ve üçüncü fıkra kaldırılmıştır.

2001 Anayasa değişikliklerinin 13. madde açısından en önemli sonucu, maddenin genel sınırlama maddesi olmaktan çıkıp, sadece sınırlamanın sınıırını ve usulünü gösteren maddeye dönüşmesidir. Yine bu değişiklikler sonucunda, maddede temel hak ve özgürlükler açısından dokunulmaz bir alan, öz güvencesi getirilmiş, maddenin önceki halinden farklı olarak, sınırlamanın laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir (Vuraldoğan, 2005:116).

Yapılan değişikliklerle Anayasa'nın 13. maddesi, sınırlama rejimi bakımından AİHS'e uygun hale getirilmiş, durumdadır. AİHS'in sınırlama rejiminde, sözleşmede güvence altına alınan hakların sınırlanmasına olanak veren genel bir sınırlama nedenine yer verilmemiş, sınırlanmasına cevaz verilen her bir hak ve özgürlüğün ilgili maddesinde, kendine özgü nitelikleri ve özellikleri göz önünde tutularak ne tür

sebeplerle sınırlandırmaya gidilebileceği belirtilmiştir (Yüzbaşıoğlu,1993:217).

Anayasanın değişik 13. maddesine bakıldığında ilk göze çarpan husus, değişiklik öncesinin aksine sınırlama nedenlerinin ve olanaklarının değil, kanun koyucunun sınırlama yetkisine sınır getirilmesi esasına dayanan özgürlükçü bir anlayış tarzının hakim olmasıdır (Tülen, 2001:201).

### **3.4.1. 13. Maddenin Genel Sınırlama Maddesi Olma Niteliğini Kaybetmesi**

Bu maddede yapılan en önemli değişiklik, Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu belirtilen “genel sınırlama sebepleri”ne son verilmiş olmasıdır (Tülen, 2001:199). Sınırlama nedenlerinin 13. maddeden çıkarılması ile 13. madde temel hak ve özgürlükler açısından genel koruma maddesine dönüşmüştür. Böylelikle, temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddede sınırlanması esasını benimseyen AİHS ile de uyum sağlanmıştır (Özbudun, 2002:12). AİHK, Sözleşme’nin bu konudaki sistemini De Becker Kararında (27.03.1962) şöyle açıklamıştır: “Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından kabul edilen metot, her bir hak ve hürriyet ayrı bir madde olarak belirtmek ve tanımlamak ve her bir maddeye söz konusu hak ve hürriyetlere ilişkin, kabul edilebilir özel kayıt ve istisnaları ilave etmekten ibarettir.” (Sağlam, 2002: 246)

Bu değişiklik Sağlam’a göre, Anayasa değişiklikleri içinde göze çarpan en radikal reformdur (Sağlam, 2002:289). Böylece her bir özgürlük artık kendi düzenlenmiş olduğu maddede yer alan “özel sınırlama sebepleri” ile sınırlandırılacaktır. Bu durum 1971 yılında yapılan bir değişiklik ile Anayasal sistemimize dahil edilen ve yasa koyucunun tüm özgürlükleri daha kolay sınırlandırmasına imkan sağlayan genel sınırlama anlayışının reddi anlamına gelmektedir (Hakyemez, 2003:369).

Bu değişiklik, 1982 Anayasasının “sınırlanmayacak özgürlük bırakmamak” şeklindeki amacını da değiştirmiş ve her hak ve özgürlüğün, kendi koşulları

çerçevesinde sınırlandırılması anlayışının yolu açılmıştır (Bulut, 2001: 55).

13. maddenin genel sınırlama maddesi olma niteliğini kaybetmesi, bu maddedeki sınırlama nedenlerinin birçoğunun, temel hak ve özgürlüklerin nitelik farklılıkları dikkate alınmaksızın, düzenlendiği maddeye aktarılması sonucunu doğurmuştur. Ancak, kimi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandığı maddelerde, hiçbir sınırlama nedenine yer verilmediği için; bu temel hak ve özgürlüklerin sınırsız hale gelip gelmediği tartışmalı hale gelmiştir (Vuraldoğan, 2005:117).

13. maddede yapılan değişiklikle, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel asayişin korunması gibi kıstaslar Anayasa'dan çıkartılarak, Anayasanın ilgili maddelerinde (madde 20, 21, 22, 26, 31, 33 ve 34) korunan her bir hakkın altında yer alan sınırlama sebeplerine ayrı ayrı yerleştirilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu sınırlama sebepleri her bir hak ve hürriyet için ancak gerekli görüldüğü hallerde bir sınırlama sebebi olarak varlığını devam ettirecektir (Çiçekli- Eryılmaz, 2002: 36). Yeni düzenleme ile temel hak ve hürriyetler, artık şu ya da bu nedenle değil, ancak kendileriyle ilgili anayasa maddesinde, yalnız kendileri için öngörülmüş nedenlerden biriyle sınırlandırılacaktır (Eroğul, 2001:274).

Madde, yeni biçimi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dayanılacak genel nedenleri saymak yerine, sınırlama ilkelerini içerir duruma gelmiş, genel sınırlama maddesi olmaktan çıkmış, bu durum Anayasanın “genel hükümler” başlığı ile daha fazla bağdaşmıştır (Aliefendioğlu, 2002:154).

Ancak ifade etmek gerekir ki, genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmasını olumlu bir gelişme olarak kabul edenlerin yanı sıra, kaldırılmış olmasını yanlış, hatta sakıncalı bulanlar da vardır.

Fazıl Sağlam, yeni düzenlemeyi sistem değişikliği olarak olumlu bulmakla beraber, genel sınırlama sisteminden farklılaşmış kademeli sınırlama sistemine geçişin belli bir ön çalışmayı gerektirdiğini, böyle bir sistem değişikliğine gidilirken, her bir temel hak maddesinin yeniden gözden geçirilmesi ve o temel hakkın

koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve bu alanın içeriğine uygun sınırlama nedenlerinin ilgili maddeye eklenmesi gerektiği halde, 2001 Anayasa değişikliklerinin, böyle bir çalışma ve düzenleme yapılmadığı için sorunlara yol açabileceğini ifade etmiştir. Bu hali ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması alanında yapılan köklü değişiklik özünde olumlu, ama Anayasa'nın bütünlüğü içinde yeni sorunlara ve tartışmalara yol açacak derecede eksik bir değişiklik olarak nitelenebilir (Sağlam, 2002: 289-290).

Gözler'e göre, 13. maddeden genel sınırlama nedenlerinin kaldırılması, bazı hürriyetleri tamamen, bazılarını da kısmen sınırsız hale getirmiştir. 13. maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması sonucunda bazı hürriyetler sınırsız hale gelmiştir. Anayasa'nın birçok maddesinde özel sınırlama nedenleri gösterilmemiştir. Örneğin; düşünce ve kanaat hürriyeti(madde 25), hak arama hürriyeti(madde 36), kanuni hakim güvencesi(madde 37), ispat hakkı(madde 39), çalışma ve sözleşme hürriyeti(madde 48), vatandaşlık hakkı(madde 74), kamu hizmetine girme hakkı(madde 70), dilekçe hakkı(madde 74), gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için ilgili maddelerde özel sınırlama sebepleri belirtilmemiştir. Bu temel hak ve hürriyetler Anayasa'nın 13. maddesinin eski şeklindeki genel sınırlama sebeplerinden birine dayanılarak sınırlandırılabilirdi. Genel sınırlama sebepleri Anayasa'dan çıkarıldığına göre, bu hak ve hürriyetlerin herhangi bir şekilde sınırlandırılması Anayasa'ya aykırı hale gelecektir. Yapılan değişiklik neticesinde bazı hürriyetler kısmen sınırsız hale gelmiştir. Buna göre, 1982 Anayasası'nda yer alan hak ve hürriyetlerin birçoğunda “özel sınırlama sebepleri” öngörülmüştür. Ancak hiçbir maddede 13. maddenin eski halinde düzenlenen genel sınırlama sebeplerinin hiçbiri sayılmamıştır. Dolayısıyla Anayasa'da yer alan temel hak ve hürriyetler için hangi sınırlama sebepleri sayılmışsa, sözkonusu temel hak ve hürriyet sadece ve sadece o sebeplerle sınırlandırılabilir (Gözler, 2002: 349-353).

Görüldüğü gibi 13. maddenin genel sınırlama maddesi olma niteliğini kaybetmesi ve genel koruma maddesine dönüşmesi ile AİHS ile uyum sağlanmıştır. Bu değişiklik olumlu bir gelişme olarak kabul edilmesine rağmen, yeterli bir çalışma yapılmadan bu sonuca varıldığı için pek çok probleme de neden olmuştur.

### 3.4.2. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

Demokratik hukuk devletlerinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nden bu yana benimsendiği üzere, temel hak ve özgürlükler ancak halkın temsilcisi olan yasama organı tarafından ve bir kanunla sınırlanabilir (Teziç, 2005: 13). Çünkü kanun diğer hukuki tasarruflardan farklı olarak, açık görüşme tartışma ile hazırlanır ve genellik özelliği vardır (Uygun, 1992: 90).

13. maddenin eski ve yeni şekli de temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesini kabul etmiştir. 13. maddenin eski şekline göre “temel hak ve hürriyetler... kanunla sınırlanabilir.” Yeni şekline göre de “temel hak ve özgürlükler... ancak kanunla sınırlanabilir.” Gözler'e göre, iki hüküm arasında “ancak” kelimesi farklıysa da, bu sadece bir vurgu farkından ibarettir. Bundan bir hukuki sonuç farkı doğması mümkün değildir (Gözler, 2001b: 55).

13. maddenin ilk şeklinde “ancak” kelimesine yer verilmemesinin nedeni, sıkıyönetim ve olağanüstü haller Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanacak Bakanlar Kurulu'na verilen, temel hak ve özgürlükleri de kapsayan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi gösterilmiştir (Sabuncu, 1984: 18).

Anayasal ifadenin zıt anlamından, temel hak ve özgürlüklerin kanun dışında, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik veya idare tarafından yapılan diğer düzenleyici işlemler ile sınırlandırılmayacağı sonucu çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması demokratik hukuk devletinin bir özelliğidir. Demokratik bir devlette iktidar kaynağını halktan almaktadır. Parlamentolar da halkın her yönüyle temsil edildikleri mekanlardır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bir zorunluluk olduğuna göre, bunu yapabilecek organ da temsil ilişkisinin en iyi şekilde yansıdığı parlamentolar olacaktır (Fendoğlu, 2002: 193-194).



### 3.4.3. Anayasa'nın Sözüne ve Ruhuna Aykırı Olmama

13. maddenin, 4709 Sayılı Yasayla değişikliğinden önceki şekline göre, sınırlama, Anayasa'da öngörülen nedenlerle “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun” olarak yapılabilecekti. “Uygunluk”, sınırlama amacına ve Anayasa'nın 8. maddesindeki, “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara “uygun” olarak kullanılır ve yerine getirilir.” kuralıyla bağdaşmaktaydı. Yeni düzenlemede “uygunluk” yerine “aykırı olmama” ölçütü öngörülmüştür. Maddenin yeni biçimine göre, sınırlamalar, “Anayasa'nın sözüne ve ruhuna” aykırı olamaz. Gerekçede, maddenin, AİHS'deki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlendiğinden söz edilmektedir. Oysa Sözleşme'de “söze ve ruha aykırılık” ibaresi bulunmamaktadır. Bu deyim 1961 Anayasası'ndan alınmıştır (Aliefendioğlu, 2002: 157).

Anayasanın “sözünden” kastedilen Anayasa'nın metnidir. Temel hak ve özgürlükler için öngörülen sınırlama sebepleri Anayasanın metnine uygun olmalıdır. Anayasa'nın metnine uygun olmak şartı, Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler için “ek güvenceler” veya “özümlü güvenceler” öngörmüş olması halinde önem kazanmaktadır (Özbudun, 2002: 103-104).

Anayasaya uygunluk, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna bağlı olmayı, bu öz ve söz dışında sınırlama yapmamayı gerektirir; aykırı olmamak ise, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun düşmese bile, aykırı olmamak koşuluyla sınırlama yapılabilmesi anlamına gelmektedir ve daha fazla sınırlayıcı bir sözcüktür. Aliefendioğlu'na göre, Anayasa, bir yandan, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını “Anayasanın belirlediği sınırlama nedenlerine bağlı” kılarken, öte yandan, “Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk” ölçütü yerine, “aykırılık” koşulunun yer alması isabetli olmamıştır (Aliefendioğlu, 2002: 158).

2001 yılı Anayasa değişikliklerinde, 13. maddede “...Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir” ibaresinin değiştirilerek, 13. maddenin

yeni düzenlemesinde “...Anayasanın sözüne ve ruhuna... aykırı olamaz” ibaresine yer verilmesi, ilkenin daha net bir biçimde ifade edilmesine neden olduğu için olumlu bir gelişme olarak nitelenebilir.

1982 Anayasası bir takım hak ve özgürlükleri tanımakla yetinmemiş, aynı zamanda yasama organına bu hak ve özgürlükleri sınırlandırırken yapamayacağı hususları ayrıca belirtmiştir. Örneğin, Anayasa’nın düşünce ve kanaat hürriyetini düzenleyen 25. maddesine göre, “her ne sebeple olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.”; basın hürriyetini düzenleyen 28. maddesindeki ifadeyle “basın hürdür sansür edilemez”; dernek kurma hürriyetinin düzenlendiği 33. maddede “herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.”; din ve vicdan hürriyetinin yer aldığı 24. maddede ise “kimse, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” şeklinde bazı temel hak ve hürriyetler için bir koruma çemberi oluşturmuştur. Yasama organı, bu ve benzeri koruma tedbirlerine aykırı olarak bir kanuni düzenleme yapacak olursa, Anayasa’nın sözüne aykırı davranmış olacaktır (Gözler, 2000: 233).

Sınırlamanın Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olması ilkesi çerçevesinde, yapılacak sınırlamalar, anayasa metninde açık olarak düzenlenen kurallara ve başlangıç da dahil, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ortaya çıkan prensiplere aykırı olamayacaktır (Uygun, 1992: 142). Bulut’a göre; Anayasa’nın sözüne uygunluk şartının, özellikle, somut ve ek güvenceler söz konusu olduğu zaman, kullanışlı bir koşul olacağı söylenebilirken, aynı şeyi anayasanın ruhuna uygunluk şartı için söylemek zor olacaktır. Bu prensip ilk bakışta cazip gibi görünse de, anayasanın kendisinin temel hak ve hürriyetleri geliştirici yorumlara yardımcı olmadığı durumlarda fazla bir değer taşımayacaktır. 1982 Anayasası dönemindeki yargı uygulamaları da bu durumu ortaya koymuş ve Anayasa Mahkemesi, otorite-özgürlük dengesinde otoriteye ağırlık verdiğini göstermiştir (Bulut, 2001. 46).

Anayasanın 13. maddesi, kanun koyucuyu, temel hak ve hürriyetleri sınırlandırırken sadece “Anayasanın sözü” ile sınırlamamış, bunun yanında, yapılan

sınırlandırmanın “Anayasanın ruhu” ile de uygun olması şartını koşmuştur. Özbudun, “Anayasanın ruhu” kavramından “anayasanın bütünü ve ondan çıkan temel anlamın” anlaşılması gerektiğini ifade ederken, Sabuncu ise aynı kavrama “sınırlama yapılırken Anayasanın bütünü göz önünde tutulması” gerekir biçiminde bir anlam yüklenmesi gerektiğini ifade etmiştir (akt.Aydın, 2008: 109).

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütünü kimi kararlarında kullanmıştır. Mahkeme bir kararında, Anayasanın “sözüne ve ruhuna uygunluk” ölçütü ile, “öze dokunmama” arasındaki bağlantıyı vurgulayarak, Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı bulunduğu sınırlamanın, mülkiyet hakkının özüne dokunduğunu belirtmiştir (E.1993/3, K.1993/31 KT. 22.09.1993, RG. 16.04.1994). (Aliefendioğlu, 2002: 158).

#### **3.4.4. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama**

Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı 4709 sayılı kanun değişikliği öncesinde de 1982 Anayasası’nda mevcuttur. 1982 Anayasası sınırlamanın hiçbir biçimde demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı esasını getirmiştir. 1961 Anayasası bu konuda, “kanun temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunamaz.” hükmünü koyarak, öze dokunma yasağını öngörmüştür (Bulut, 2001:47). 1982 Anayasası, 1961 Anayasası’nın kabul ettiği “hakkın özü” kriterine yer vermemiş, onun yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterini kullanmıştır (Aydın, 2008: 114).

Madde gerekçesinde, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün sınırlamanın sınırı olarak öngörüldüğü belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca, “*sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır. Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği öze dokunmama kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstastır. Esasen ulusla arası sözleşme ve bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir.*” denilmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri kıstası,

belirginlik, uygulanmasının daha kolay olması ve uluslararası sözleşme ve bildirilere uygun olması nedeni ile kabul edilmiştir. Fendoğlu’na göre, tanım denildiği kadar belirgin olmamasına rağmen, ülkemizdeki uygulamalar açısından “öz” kavramına göre daha kullanışlıdır (Fendoğlu, 2002: 127-128).

Demokratik toplum düzeninin gereklerinin neler olduğu, madde metninde kastedilen demokratik toplumun hangi demokratik toplum olduğu konusundaki tartışmalara daha önce yer verildiği için, burada, sadece, 1982 Anayasasının ilk şeklinde de yer verilen bu ilkenin, 2001 Anayasa değişiklikleri ile de korunduğundan bahsetmekle yetinilecektir.

### **3.4.5. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmama**

Laiklik kavramının sözlük anlamı üzerinde genellikle belirgin bir anlaşmazlık bulunmamakla birlikte, kapsamı ve toplumsal uygulaması açısından farklı yorumlamalara sebep olduğu ifade edilmektedir. Batı sözlüklerinin laikliği genel olarak “din ve ruhbanlıkla ilgisi olmayan” şeklinde tanımladıkları belirtilmektedir (Dinçkol, 1992: 6) .

Laiklik hususunda ülkelerin koşullarına göre farklı uygulamalarla karşılaşırsa da, bir devletin laik olabilmesi için gerekli olan koşullar şu şekilde ifade edilebilir: Egemenliğin kaynağının dünyevi olması, resmi dinin olmaması, din ve vicdan özgürlüğünün tanınması, belli bir dinin emirlerinin hukuki yaptırıma bağlanmaması (Akad-Dinçkol, 2004: 422).

Anayasanın 4709 sayılı yasayla değişik 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin, “laik cumhuriyetin gereklerine aykırı” olacak biçimde sınırlandırılmayacağı kuralını öngörmüştür. Bu maddeye göre, sınırlamanın sınırını oluşturan unsurlar arasında “laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama” ölçütü de yer almıştır. Maddenin değişiklikten önceki metninde “...Cumhuriyetin...korunması” amacı, bir genel sınırlama nedeni iken, maddede yapılan değişiklikle, bu kez, “laik Cumhuriyetin

gereklerine aykırı olmama” koşulu, sınırlamaya getirilen yasaklar arasında yer almıştır. Partilerarası Uzlaşma Komisyonu tarafından hazırlanan değişiklik teklifinde, “laik cumhuriyetin gerekleri” kriterine yer verilmemesine rağmen, Anayasa Komisyonu’nda, “demokratik ve laik” ibaresinin eklenmesine karar verilmiştir. Ancak konu Genel Kurul’da görüşüldüğünde parti temsilcileri, “laik toplum” kriterinin 13. maddeye eklenmesi ile ilgili olarak olumsuz görüş belirtmişler, Mecliste temsil edilen 6 siyasi parti grubundan birer milletvekilinin imzaladığı “demokratik laik toplum düzeninin” şeklindeki ifadenin, “demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin” olarak değiştirilmesi önergesi, tüm partilerin ittifakıyla kabul edilmiştir (Vuraldoğan, 2005:121). Laik Cumhuriyetin gerekleri Anayasada tanımlanmamıştır. Ancak, Anayasa’da bu konuda kimi kurallar yer almıştır. Bu durumda “laik Cumhuriyeti” Anayasa’da korunan biçimiyle algılamak gerekmektedir. Aliefendioğlu’na göre bu kurallar ;

- Kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya karıştırılmaması (Başlangıç/5),
- Herkesin, vicdan, dinsel inanç ve kanaat özgürlüğüne sahip olması,
- Anayasa’nın 14. maddesi hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olması,
- Kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dinsel inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması,
- Din ve ahlak eğitim ve öğretiminin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması,
- Kimsenin Devletin sosyal, ekonomik, siyasi ve hukuksal temel düzenini din kurallarına dayandıramaması; dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edememesidir (Aliefendioğlu, 2002:159-160).

Laik Cumhuriyetin gerekleri ölçütünün uygulanması söz konusu olduğunda, laik cumhuriyetin gereklerinden kastedilen, evrensel laiklik anlayışı mıdır, yoksa bu Anayasa’da çerçevesi çizilen laiklik anlayışı mıdır tartışmasının yaşanması sözkonusu olabilecektir. Bunun değerlendirmeyi ise Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Fakat Anayasa’ya böyle bir hüküm konmamış olsaydı bile, yasama organının bu yöndeki olası ihlalleri, özellikle Anayasa’nın ruhuna aykırılık teşkil ettiği

gerekçesiyle önlenebilecektir. Bu hüküm özellikle, din ve vicdan özgürlüğünün garanti altına alınması veya güvenceli bir şekilde korunması bakımından önem ifade etmektedir (Bulut, 2001:60).

“Laik Cumhuriyetin gerekleri” ibaresi, maddeye Anayasa Komisyonu’ndaki görüşmeler sırasında ilave edilmiştir. Söz konusu değişikliğin uygulamada hak ve özgürlükleri korumak hususunda ne tür sonuçlar doğurabileceğini tahmin etmek ise mümkün değildir (Tülen, 2001: 200).

Laik Cumhuriyetin gerekleri bir sınırlama nedeni olarak değil, sınırlamanın sınırını gösteren bir ölçüt olarak değerlendirilmelidir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, bir hak ve özgürlük sınırlamasının Anayasaya uygun olup olmadığını denetlerken, bunun laik Cumhuriyetin gerekleri açısından zorunlu olup olmadığını tespit edecek ve kararını bu doğrultuda verecektir (Bulut, 2001: 59).

2001 Anayasa değişiklikleriyle laik Cumhuriyetin gereklerinin sınırlamanın sınırı olarak benimsenmesi, öğretide tereddütle karşılanmıştır.

Eren, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların “laik cumhuriyetin” gereklerine de uygun olacağı yönünde yapılan değişikliğin, AİHS’e uyum açısından bir yenilik getirmediği gibi, uygulama açısından da bir gereklilik taşımadığı kanaatindedir. Ancak, ölçütün uygulanmasında, demokratik toplum düzeninin gerekleri dışında bazı gereklilikler aranması, Anayasaya uyum açısından sorun yaratmasa bile AİHS’e uyum açısından sorun yaratabilecektir. Dolayısıyla ölçütün doğru kullanımı, Anayasa Mahkemesi’nin öz ölçütünde yaptığı gibi, laik Cumhuriyetin gereklerini demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde değerlendirmesinde görülecektir (Eren, 2002:66).

Fendoğlu, “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütü ve Anayasa’nın Başlangıç, 2, 6, 10, 14, 24, 68 ve 69 maddeleri varken, laik Cumhuriyetin gerekleri yönünde bir değişikliğe gerek olmadığını ifade etmiş, “laik Cumhuriyet” ölçütüne

dayanılarak kişi hakları lehine davranıldığına dair bir mahkeme kararı bulunmadığını da ifade etmiştir (Fendoğlu, 2002: 133-134).

Aliefendioğlu'na göre, Anayasa'da bu özgürlükler ve yasaklar için yeterli koruma varken, "laik Cumhuriyetin gerekleri"ne göre yapılacak bir ayırımın, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına sınır getirici bir ölçüt olarak uygulanması ve kullanılması güç olacaktır. Dolayısıyla Aliefendioğlu da bu ölçütün maddeye konulmasında yarar bulunmadığı kanısında olduğunu ifade etmiştir (Aliefendioğlu, 2002: 160).

Gözler de, laik Cumhuriyetin gerekleri kriterini eklemenin mantığını anlamının mümkün olmadığını, devlet işleri ile din işlerinin ayrılmasına yönelik bir ilke olan laiklik ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması arasında bir ilişki olmadığını, laik Cumhuriyetin gereklerinin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından operasyonel bir kavram olmadığını, laiklik ile temel hak ve özgürlüklere saygının birbirinden bağımsız olduğunu, bir Cumhuriyetin laik olmasının onun temel hak ve özgürlüklere saygılı olacağı anlamına gelmediğini belirtmiş; 13. maddeye eklenen bu kavramı, anlamsız, gereksiz, kavram karmaşasına yol açmaktan başka bir işe yaramayan bir kavram olarak nitelendirmiştir (Gözler, 2001b: 62-63).

Aslan, "Laik Cumhuriyetin Gerekleri" kriterinin ne 1961 Anayasası'nda ne de AİHS'de yer almadığına dikkat çekmekte ve laikliğin daha ziyade demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olarak kabul edildiğini ifade etmektedir. Fendoğlu, Aliefendioğlu ve Gözler'in aksine Aslan, "Laik Cumhuriyetin Gerekleri"nin 13. maddeye alınmasının Anayasa koyucunun "laiklik" ilkesine verdiği önemi gösterdiğini ileri sürmektedir. Aslan, ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ilkesini ayrıcalıklı olarak nitelendirdiğini ve kararlarında "laik Cumhuriyetin gerekleri" kriterini kullanmasının demokrasiye aykırı olmadığı gibi, tüm hak ve hürriyetlerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir (Arslan, 2002: 229).

Anayasa Mahkemesi, Türkiye’ye özgü laiklik anlayışını benimsediğini kararlarında açıkça ifade etmiştir. *“Türkiye’de laiklik ilkesinin uygulanması, kimi batılı ülkelerdeki laiklik uygulamalarından farklıdır. Laiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların laiklik anlayışına da yansyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klasik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması biçimindeki tanımına karşın, İslam ve Hristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dini ve din anlayışı tümüyle farklı ülkelerde laiklik uygulamasının, aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan sonucudur. Kaldı ki aynı dini benimseyen batılı ülkelerde de laiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Laiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, farklı dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefi bir kavram olmayıp, yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan laiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, siyasal ve sosyal koşullarından etkilenmektedir. Tarihsel gelişimin farklılığı nedeni ile Türkiye için özellik taşıyan laiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir.”* (E.1997/1,K.1998/1, KT. 16.01.1998, RG. 22.02.1998-23266, sf. 31)

Anayasa Mahkemesi Türkiye’ye özgü laiklik anlayışını ilk kararından son kararına kadar istikrar içinde devam ettirmiştir. Mahkeme 22.06.2001 tarihli Fazilet Partisi kapatma kararında laiklik gereği yapılacak sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı kabul edilemeyeceğini belirterek, *“Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet- din özdeşliğinin yol açtığı zararlar laiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu laiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir kurum olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçişin de aracı olan laiklik, Türkiye’nin yaşam felsefesidir. Laik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.”* ifadelerine



yer vermiştir (E.1999/2, K.2001/2, KT. 22.06.2001, RG. 05.01.2002(Mükerrer) S. 569).

Anayasa Mahkemesi'nin laiklik hakkında verdiği kararlarda açıkça ortaya konulduğu gibi, Laikliğin Türkiye Cumhuriyeti'ne özgü anlam ve nitelikleri vardır. Laikliğin Türkiye Cumhuriyeti açısından taşıdığı önem, onu Türk demokrasisinin olmazsa olmaz koşulu haline getirmektedir. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesi kararlarına dayanılarak laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı her sınırlamanın aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı olacağı yönünde bir çıkarımda bulunulabilir (Eren, 2002:11).

Anayasa'nın 13. maddesindeki demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesini, çağdaş, evrensel, demokratik sistemleri esas alarak belirleyen Anayasa Mahkemesi'nin, aynı maddede yer alan laik Cumhuriyetin gerekleri ilkesi belirlenirken, daha önce laiklik ilkesi ile ilgili olarak verdiği kararları gözetildiğinde, Türkiye'ye özgü bir laiklik anlayışını esas alarak farklı bir yorum geliştireceğini tahmin etmek zor olmayacaktır (Vuraldoğan, 2005: 125).

Doktrinde, "laik Cumhuriyetin gerekleri" ölçütünün özgürlükler açısından bir güvence getirmekten ziyade, özgürlüklerin sınırlanmasına hizmet edebileceği yönünde görüşler de vardır (Erdoğan, 2007: 202).

Teziç'e göre, "laik Cumhuriyetin gerekleri"ne aykırı sınırlama yapılamayacağı ölçütü ile, belli bir inancı yasa yoluyla topluma kabul ettirmeye yönelecek olan, veya laik devletin dini inançlar karşısındaki tarafsızlığına aykırı düşebilecek girişimlerin engellenmesi amaçlanmaktadır (Teziç, 2005: 194).

"Laik Cumhuriyetin gerekleri" ölçütü, sınırlamanın sınırını oluşturan bir ölçüt olarak getirilmiştir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler için güvence oluşturması amacıyla getirilmiş bu ölçütün, özgürlükleri sınırlamak için kullanılması her şeyden önce hukuk mantığına ters düşmektedir (Atakan, 2006: 349).

Atar'a göre; bu konuda ilginç bir durum da oluşmuştur: “Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması”, Anayasanın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bazı maddelerinde örneğin; 26, 27, 28 ve 68. maddede sınırlama sebebi olarak yer almıştır. Özellikle 68. maddenin üçüncü fıkrasındaki ibare, 13. maddede yer alan ibareyle hemen hemen aynıdır: “Demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz”. Böylece Anayasaya göre Cumhuriyetin ve niteliklerinin korunması için temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar, Cumhuriyetin gerekleri, temel hak ve özgürlükler bakımından hem sınırlama sebebi, hem de sınırlamanın sınırı olmaktadır (Atar, 2002: 136).

Vuraldoğan'a göre; “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” ilkesinin, özellikle, kimi temel hak ve özgürlüklerin bazı din veya mezhep mensupları yönünden daha fazla sınırlanması, kimi temel hak ve özgürlüklerin de sadece belirli din veya mezhep mensuplarına tanınması durumunda işlevsel olması mümkündür. Ancak, 13. maddede “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” ilkesine yer verilmeseydi dahi, benzeri düzenlemelerin, Anayasa'nın 2. maddesindeki laiklik ilkesi gerekçe gösterilerek iptal edilmesi gerekeceği açıktır. “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” ilkesinin bir sonucu olarak, kanun koyucu temel hak ve özgürlüğü sınırlarken, dinler ve mezhepler arasında ayırım gözetmeyecek, sınırlamayla, sınırlanan temel hak ve özgürlükten herhangi bir din veya mezhep mensuplarının daha fazla ya da daha az yararlanmasına yol açılmaması için gereken dikkat ve özeni göstermesi gerekecektir (Vuraldoğan, 2005: 125-126).

### **3.4.6. Ölçülülük İlkesine Aykırı Olmama**

Anayasa'nın 13. maddesindeki, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” şeklindeki ibare, “...Bu sınırlamalar... demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” şeklinde değiştirilmiş ve böylece ölçülülük ilkesi lafzen de, açık bir biçimde Anayasaya sokulmuştur (Bulut, 2001: 60).

Sınırlamanın amaca ulaşması için “elverişli ve gerekli” olması; sınırlama ve amaç arasında “makul bir oran” bulunması; sınırlamanın genel yararı sağlamada “gerekli ve yüklenilebilir” olması; sınırlama ile kamu yararı arasında “makul bir denge” bulunması alt unsurlarını içeren ölçülülük ilkesi, Anayasanın 13. maddesinin 4709 sayılı yasayla değişik metninde yer almıştır. Maddenin değişiklikten önceki metninde bu sözcük bulunmamasına rağmen, madde gerekçesinde, getirilen sınırlama ile amaç arasında denge bulunması gerektiğinden söz edilmektedir. Gerekçeye göre, *“getirilen sınırlama...amacın zorunlu yahut gerekli kaldığından fazla olmayacaktır. Diğer bir deyimle, amaç ve sınırlama orantısı herhalde korunacaktır.”* Bu durumda, maddenin, eski şekliyle de amaçla sınırlama arasında ölçülülüğün ya da oranlılığın korunmasının öngörüldüğü ve ölçülülük ilkesinin özellikle “oranlılık” unsurunu içerdiği sonucuna varılabilecektir (Aliefendioğlu, 2002: 160).

Ölçülülük ilkesi, bir başka deyişle orantılı makul ilişki, eşitlik ilkesi ile ölçülülük ilkesi arasında köprü kuran bir özelliğe sahiptir. Bu ölçütün amacı, özgürlüğün gereğinden çok sınırlandırılmasını önlemektir. Daha önce de değinildiği üzere, ölçülülük ilkesinin üç unsuru vardır: Oranlılık, elverişlilik ve gereklilik. Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında epey yer tutan bu ilkeye göre, sınırlamada başvurulan aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olması, bu araçla amacın ölçüsüz bir oran içerisinde olmaması gerekir. Bu kriter, 1961 Anayasasında yer almamasına rağmen, “hukuk devleti” anlayışının doğal bir uzantısı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmış, 1982 Anayasasının ilk şeklinde de yer almamasına rağmen, bu dönemde de ilke sıklıkla kullanılmıştır (Fendoğlu, 2002:131-132).

Öğretide, “...ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” ibaresinin, kanun yapma tekniğine uygun olmadığı savunulmuştur. Gözler, Anayasa’nın yeni 13. maddesine ölçülülük ilkesinin konulmasını, ilkenin pozitif dayanağı bu düzenlemeyle sağlandığı için isabetli bulmuştur. Öte yandan, ölçülülük ilkesinin 13. maddeye konuluş biçimini eleştirmektedir. Yazara göre, 13. maddeye ilave edilen “ölçülülük ilkesi” tabiri yasa yapma tekniğine aykırıdır. Yazar gerekçe olarak şöyle demektedir: “Ölçülülük ilkesi diye bir ilke, Anayasa’nın metnine geçtiğinde, sanki Anayasa’nın normlarının

dışında, ayrı bir varlığı olan bir tabii hukuk ilkesine veya doktrinin ürettiği bir ilkeye Anayasa'nın atıf yaptığı gibi tuhaf bir sonuç ortaya çıkmaktadır. 13'üncü maddede "sınırlamalar... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" ifadesi yerine doğrudan "temel hak ve özgürlükler, durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir" gibi bir ifade kullanılmalıydı." Yazar AİHS ve 1982 Anayasası'nın 15. madde düzenlemesini doğru düzenleme biçimine örnek olarak göstermektedir (Gözler, 2001b: 57-61).

Ölçülülük ilkesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri gibi bağımsız bir kriter olmayıp yan kriter olduğu da iddia edilmiştir. Erdoğan bu konuda şöyle söylemektedir: *"Anayasa hukukumuzda içtihadi bir ilke olarak zaten işlerliği bulunan 'ölçülülük ilkesi'nin pozitif bir temele kavuşturulmuş olmasının temel hakların güvence altına alınmasına fazlaca katkısı olacağı söylenemez. Bu olsa olsa bu konuda doktrinde var olan tereddüdü gidermeye yarayabilir. Öte yandan, bu değişikliğin hukuk tekniği bakımından yanlış olduğu bile ileri sürülebilir. Çünkü, hakların sınırlanmasında ölçülülüğün gözetilmesi 'demokratik toplum düzeni' gibi bağımsız bir kriter değildir; aksine bu, güdülen amaç veya dayanılan neden ile yapılmak istenen sınırlamanın ilişkisinin niteliğini tanımlayan bir yan kriterdir. Bundan dolayı, 13. maddenin ikinci cümlesinin şu şekilde formüle edilmesi hukuk tekniği bakımından daha uygun olurdu: 'Bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerektirdiği ölçüyü aşamaz.' Kaldı ki, bu şekilde anlaşılması halinde ölçülülüğün gözetilmesi için onu pozitif bir kural haline getirmek de gerekmez; bunu mahkemeler her halükarda zaten gözönünde bulundurmak zorundadırlar."* (akt. Metin, 2002: 211)

Erdoğan'ın ölçülülükle ilgili bu görüşlerine katılmak mümkün değildir. 13. maddenin 2001 Anayasa değişiklikleri öncesindeki ilk şeklinde açıkça yer almayan ölçülülük ilkesinin hukuki temeli üzerinde doktrinde farklı görüşler öne sürülmüştür. Ölçülülük ilkesinin 13. maddenin yeni şeklinde açıkça ifade edilerek pozitif temele kavuşturulması önemli bir gelişmedir. Metin, Anayasa değişikliğinden önce içtihadi bir ilke olarak işlevi olan ölçülülük ilkesinin pozitif bir temele kavuşturulmasının,

temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, güvence altına alınmasında fazla bir katkı sağlamayacağı yönündeki görüşün, ancak bir koşulla doğru olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bu koşul, Anayasa Mahkemesi'nin, 13. maddenin ilk şeklinin yürürlükte olduğu dönemde şekillendirdiği ölçülülük ilkesine ilişkin içtihadını değiştirmeden aynen devam ettirmesi durumudur. Anayasa Mahkemesi 13. madde değişikliğinden önceki dönemde ölçülülük ilkesini bağımsız bir ölçüt olarak uygulamak yerine genellikle demokratik toplum düzeni ölçütünün bir unsuru gibi görerek veya öz ölçütünün bir unsuru gibi görerek yahut bu ölçütleri adeta birbirleriyle kaynaştırarak tek bir bütün, tek bir ölçütmüş gibi uygulamıştır. 2001 Anayasa değişiklikleriyle “ölçülülük” ilkesi, artık 13. maddede açıkça yer aldığı dolayısıyla açık bir pozitif temele sahip olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi eski içtihadını terk ederek ölçülülük ilkesini doğru biçimde, yani, öz ölçütü veya demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün bir unsuru olarak değil, diğer ölçütlerden bağımsız bir ölçüt olarak uygulamalıdır. Dolayısıyla Erdoğan'ın ölçülülük ilkesinin bir yan ölçüt veya tamamlayıcı ölçüt olduğu şeklindeki görüşüne katılmak da mümkün değildir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü ile ölçülülük ölçütü arasında bir yakınlık olduğu kabul edilebilir. Fakat ne demokratik toplum düzeni ölçütü ile ölçülülük ölçütü birbirleriyle özdeşir ne de ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün bir unsurudur (Metin, 2002: 211-212).

Bilindiği üzere 2001 değişiklikleri öncesinde, Anayasamızda ölçülülük ilkesi pozitif bir temele oturtulmadığı için bazen demokratik toplum düzeninin gerekleri bazen de öz ölçütü ile birlikte sanki bu ölçütlerin yan ölçütüymüş veya birbirleriyle özdeşmiş gibi kabul edilmiştir. Ancak bu üç ölçüt de birbirinden farklı yapıda ve farklı fonksiyonlara sahiptir ve her somut olayda ayrı ayrı uygulanmaları gerekir. Kanaatimizce 2001 yılı Anayasa değişiklikleriyle ölçülülük ölçütü açık bir pozitif temele kavuştuğu için, Erdoğan'ın iddia ettiği gibi demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinin unsuru gibi uygulanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi önüne gelen her somut olayda birbirinden bağımsız ölçütler olarak ayrı ayrı bu ölçütleri dikkate almalıdır.

2001 Anayasa değişiklikleri ile ölçülülük ilkesi benimsenirken, sınırlamanın sıkı sıkıya, sadece o sınırlama için öngörülen sebep dolayısıyla uygulanacağını ifade eden ve AİHS'in 18. maddesinde yer verilen, "öngöröldükleri amaç dışında kullanma yasağının" kaldırılması eleştirilmiştir. AİHS ile paralellik sağlamak amacıyla yapılan değişikliklerde, AİHS'de öngörülen bir ilkenin kaldırılması olumlu değildir. Gözler'in de belirttiği gibi, öngöröldükleri amaç dışında kullanılmama yasağının kaldırılması ile, kanun koyucunun, temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede yer alan belli bir amacı gerçekleştirmeye yönelik sınırlama nedenini bahane ederek, başka bir amaca ulaşmaya çalışması durumunda, artık Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmak güçleşecektir (Vuraldoğan, 2005: 127).

13. maddenin ilk halinde açıkça ölçülük ilkesine yer verilmemesine rağmen Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında bu ilkenin yer aldığı daha önce bahsedilmiştir. Değişiklikten sonra da Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça ölçülülük ilkesine yer vermiştir.

21.01.2004 tarih ve 2004/3 karar sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, 22.5.1930 tarihli, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 4551 Sayılı Yasa ile değiştirilen 67. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin, Anayasa'nın 10., 23., 138. maddelerine aykırı olup olmadığını incelemiştir. 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 4551 sayılı kanunla değişik 67. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu (A) bendini de kapsayan bölümüne göre herhangi bir nedenle izinli olsa dahi, yabancı ülkeye gitme müsaadesi bulunmaksızın ülke sınırları dışında üç günü geçiren asker kişiler, yabancı ülkeye kaçmış sayılarak üç seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

İtiraz yoluna başvuran 1. Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi, başvuru kararının gerekçe bölümünde Askeri Ceza Kanunu'nun 67. maddesinde yapılan değişikle, asker vatandaşların seyahat hürriyetinin ağır bir ceza tehdidi ile ve hakkın özüne dokunularak, içinin boşaltıldığını bu hakkın kullanılamaz duruma getirildiğini ve hakkın özünün zedelendiğini, sonuç olarak da seyahat hürriyetine getirilen bu sınırlamanın gerek Anayasa'nın 13. ve gerekse 23. maddelerine açıkça aykırılık

teşkil ettiğini belirtmiştir ( E.2002/166, K.2004/3, KT. 21.01.2004, AMKD, S. 40, C. 1, sf.308 )

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanun koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya tecil edilebileceği gibi konularda takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri olup olmaması da dikkate alınacaktır. Mahkemeye göre, askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılacaktır. Buna karşın Mahkeme, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin, haklara dayanan, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığını ifade ederek, askeri ceza hukuku alanında da suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanmasının hukuk devleti olmanın gereği olduğunu belirtmektedir. Mahkeme, askeri hizmetin özellikleri ve eylemleri ceza yaptırımına bağlanan kişilerin askerliği meslek olarak kabul ettikleri gözönünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralda, suç kabul edilen eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bu gerekçelerle sözkonusu yasa hükmünün 2. maddeye aykırı düştüğüne karar veren Mahkeme ayrıca 23. ve 13. maddeleri yönünden incelemeye gerekli görmemiştir. Ama, üstü kapalı olsa da, ölçülülük ilkesinin bir alt ilkesi veya unsuru olan orantılılık ilkesini somut olayda uyguladığı söylenebilir. Gerekçede yer alan "...amaçla uyumlu bir orantının sağlanması..." ibaresi bunu göstermektedir. Mahkeme, "...amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir." demek yerine, doğrudan ölçülülük ilkesini belirterek, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini de açıkça ifade edip ele alarak inceleme yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindedir. Ayrıca, yine daha önceki çeşitli kararlarında yaptığı gibi, Mahkeme, orantılılık ilkesini, bu kararında "adil denge"

ifadesiyle belirterek, demokratik toplum düzeninin bir unsuru gibi görmüştür: “...eylemle cezası arasında demokratik bir toplumda uygun görülebilecek adil bir dengenin bulunmadığı sonucuna varılmıştır”. Oysa 2001 yılı Anayasa değişiklikleri ile ölçülülük ilkesi açıkça pozitif temele kavuşturulduğuna göre, Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini diğer ölçütlerden bağımsız olarak uygulamalıdır (Atakan, 2006:331).

### 3.4.7. Öze Dokunma Yasağı

1961 Anayasası'nın 11/2. maddesinde geçen, “hakkın özü” kavramı, Bonn Anayasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrasından alınmıştır. Fakat, Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu kavramı pek kullanmamasına karşın, Türk Anayasa Mahkemesi bu kavramla ilgili içtihatları nedeni ile dünya hukuk literatürüne katkı sağlayabilecek bir aşama sağlamıştır (Kuzu, 1990: 228).

1961 Anayasası'nda öze dokunma yasağına yer verilmiş olsa da, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk halinde, öz güvencesine yer verilmemiş, 2001 Anayasa değişiklikleri sonucunda, “öze dokunma yasağı veya öz güvencesi” olarak adlandırılan ve sınırlamanın nihai sınırını belirleyen bu ilke, yeniden anayasamıza girmiştir.

1961 Anayasasının 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca: “Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.” 1971 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile bu hüküm: “Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz” biçiminde bağımsız bir fıkra olarak düzenlenmiştir.

1961 Anayasası döneminde kullanılan “öz” güvencesi, kanunkoyucunun temel hak ve özgürlükleri sınırlayabilme yetkisine getirilen kesin sınırdır. Diğer bir deyişle, “öz” kavramı, sınırlamanın sınırı ölçütü olarak, mutlak bir nitelik taşımaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında sınır, koşullar ne olursa olsun, o hakkın



ya da hürriyetin mutlak çekirdeğidir. Koşullar ne olursa olsun, amaç ne olursa olsun, kanunkoyucu, ancak o çekirdeğe, öze kadar sınırlama yapabilir. O çizginin, yani özün aşılp aşılmadığını denetleme yetkisi ise, her somut yasa için, Anayasa Mahkemesi'ne tanınan bir yetkidir (Batum, 1993: 191).

1982 Anayasası'nın ilk halinde, öz güvencesine yer verilmemesine rağmen, temel hak ve özgürlüklerin, özüne dokunma yasağının, geçerli olduğu görüşü kimi yazarlarca savunulmuştur. Uygun ve Sabuncu, öz güvencesini temel hak olmaktan kaynaklanan doğal bir nitelik olarak kabul etmiş, bir hak ve özgürlüğün anayasada yer almakla, o hak ve özgürlüğü kullananlara, asgari de olsa dokunulmaz bir alan sağlamasının, anayasanın üstünlüğü ilkesinin de gereği olarak kabul edildiğini ifade etmiştir. Aynı yazarlarca, kanunkoyucunun bir temel hak ve özgürlüğün özüne dokunabilmesinin, temel hak ve özgürlüğün amacına uygun şekilde kullanılmasını son derece güçleştirebilmesi ya da engelleyebilmesinin, anayasal güvenceyi anlamsız hale getireceği ifade edilmiştir (Vuraldoğan, 2005: 128-129).

1982 Anayasası'nın hazırlık çalışmaları sırasında “öze dokunmama” ve “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kavramları birbirine alternatif olarak algılanmıştır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, bu iki ölçütü birbirlerine alternatif değil, birbirlerini tamamlayan unsurlar olarak yorumlamıştır. İmar Kanunu ile ilgili kararında Mahkeme, kamulaştırma dışındaki uygulama ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceği için dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzenini gereklerine aykırı olduğunun düşünülmemeyeceği sonucuna varmıştır (E.1986/17, K.1987/11 KT. 22.05.1987, AYMKD. S. 23, sf. 222) Buna göre, hakların özüne dokunulmaması demokratik toplum düzeninin gereklerinden biridir. Başka bir deyişle, demokratik toplumda hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamaz. Turhan'a göre, her iki kavram arasında vurgulanması gereken temel bir farklılık vardır. O da demokratik toplum düzeni özgürlüğün dışında bir kavram olmasına karşın, özün özgürlüğün kendi içinde mevcut olmasıdır. Özle özgürlüğün kendi güvencesi ortaya konmaktadır. Öze dokunma yasağı, hak öznesine dokunulmaz bir asgari alan sağlamaktadır. Başka bir deyişle öz sınırlandırmanın sınırını, asgari bir alanı korurken, demokratik toplum düzeninin gerekleri ise, hak ve

özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olmaktadır (Turhan, 1991: 404-405). Arslan'a göre de, bu görüşün zayıf yönü, bu iki ölçüt arasındaki çatışma ya da uyumsuzluk ihtimalini hesaba katmamasıdır. Oysa öz güvencesi, demokratik bir toplumda mümkün görünen kimi sınırlandırmaların yapılmasına izin vermeyen bir ölçüttür (Arslan, 2002: 151).

Öz kriterinin 2001 değişiklikleri sonrasında Anayasa'nın 13. maddesine dahil olması, ilke pozitif bir dayanağa kavuştuğu için, Anayasa Mahkemesi'nin değişiklik öncesi maruz kaldığı pozitif dayanaktan yoksun bir ilkeyi uyguladığı şeklindeki eleştirilerin bertaraf edilmesi açısından olumlu olmuştur.

### 3.4.7.1. Öğretide Öze Dokunma Yasağı

Temel hak ve özgürlüklerin özünün ne olduğu, “özün” nasıl belirleneceği Türk doktrininde tartışma konusu olmuştur.

Uygun'a göre, 1961 Anayasasında yer alan “öze dokunma yasağı” veya “öz güvencesi” ölçütü, her temel hakkın bir özü, cevheri olduğu düşüncesine dayanmaktadır (Uygun, 1992: 186).

1961 Anayasasında, öz güvencesini getiren maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında Komisyon sözcüsü Aksoy, “hürriyetin özü” teriminin tarifine yönelik olan soruya şöyle cevap vermiştir: *“Buna (özü tarif etmeye) imkân yoktur... Bu öz her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, eskârı umumiye, yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tespit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hâkimleri elbette fark eder. Meselâ bir kanun koyucu kalkar da mesken mesuniyeti hakkında, “zabita istediği zaman haneye girerek, taharriyyatta bulunabilir” diye bir hüküm koyarsa, o zaman mesken masuniyetinin özü zedelenmiş*

*demektir. Fakat aramayı mahkeme kararına bağlayacak olursa, bu dokunulmazlık özü tahrip edilmeden, sınırlanmış... olur.” (Sağlam, 1982: 169)*

Akın da, doktrinden konuyla ilgili görüşleri aktardıktan sonra, bir özgürlüğün özünün ne olduğunun uygulamada ortaya çıkacak durumlar karşısında Anayasa Mahkemesinin anlayışına ve kararlarına bırakıldığını ifade etmiştir. Akın’a göre 1961 Anayasasındaki “özüne dokunamaz” deyimindeki “öz”ün ne olduğunu belirlemek gerçekten çok zordur. Akın, “dokunamaz” sözünü yorumlayarak, sınırlamayı temel hakkın özüne dokunma derecesine, yani özgürlüğün kullanmayı “makul” bir ölçünün dışında zorlaştırmaya kadar vardırmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir (Akın, 1993: 401).

Sabuncu, her temel hak ve özgürlüğün koruduğu hak alanı göz önüne alınarak, hukuk doktrini ve pratiğinin işbirliğiyle ilgili hakkın niteliğine göre, diğer sosyal bilimlerin katkısıyla, özün içeriğinin nesnel olarak belirlenebileceğini savunmuştur (Sabuncu, 1987: 18).

Soysal’a göre, bir hakka ya da özgürlüğe ilişkin “öz”ün nerede bittiği, “öz olmayan”ın nerede başladığı, önceden kesinlikle belirtilemeyen ve ancak Anayasa Mahkemesinin o konudaki kararıyla çözüme bağlanabilecek olan bir sorundur (Soysal, 1997: 132).

Alman doktrininde “hakkın özü” kavramına ilişkin farklı teoriler öne sürülmüştür. Bu teorilerden ikisi, öz güvencesinin koruduğu nesneye ilişkin iken, diğer ikisi öz güvencesinin içeriğine ilişkindir. Objektif yorumu savunanlara göre, Anayasa’daki öz güvencesinin yasakladığı konu, bir temel hak normunun geçerliliğinin, o temel haktan yararlanıyor olmayı tüm bireyler veya büyük bir kesim bakımından veya toplumsal yaşam için artık anlamsız hale getirecek biçimde sınırlanmasıdır (Atalay, 1995: 82).

Sübjektif yorum taraftarlarına göre, objektif temel hak normu karşısında sübjektif kamu hakkı da dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle, eğer öz güvencesi sadece

objektif temel hak normunu koruyor ise, belli bir somut olayda, bir kişinin subjektif hakkının ortadan kalkmasına yol açabilecek olan bir sınırlama, mutlaka söz konusu temel hakkın özüne dokunmuş sayılmayacak, o temel hakkın toplum içindeki fonksiyonu sürdürüp sürdürmediğine bakılacaktır. Buna karşın, öz güvencesi subjektif kamu hakkını da koruyor ise, bu hakkın somut olayda bir tek kişi açısından bile sınırlanması, sınırlama derecesine göre, öze dokunma yasağının ihlaline sebep olabilecektir. Birinci durumda kanun koyucu sınırlamalar yapmakta daha geniş bir alana sahip olmakta, ikinci durumda ise bu alan daralmaktadır (Sağlam, 1982: 146).

Sağlam'a göre; objektif temel hak normunu, bu normun yarattığı subjektif kamu hakkından koparmak temel hak güvencesinin bütünlüğünü bozacağı için, öz güvencesi hem objektif temel hak normunu hem de subjektif hakkın özünü koruyan bir kural olarak kabul edilmelidir (Sağlam, 1982: 155).

Öz güvencesinin içeriğine ilişkin olarak da iki teori ileri sürülmüştür: Biri öze dokunma yasağını somut bir olaydan bağımsız olarak yorumlayan “mutlak öz” teorisidir. Bu teoriye göre öz; temel hak ve hürriyetin çekirdeğini, esaslı cevherini ve asgari içeriğini oluşturmaktadır. Diğer teori ise, öz kavramını her somut olay için ayrı ayrı ele alan ve birey devlet dengesini gözeten “nisbi öz” teorisidir (Kuzu, 1990: 228). Bu teoriye göre, öz sadece her münferit temel hak için değil, her münferit olay için ayrı ayrı belirlenmeli ve her münferit olaya katılan kamusal ve özel menfaatlerin tartışılması ve ölçülmesi ile öze dokunulup dokunulmadığı tespit edilmelidir (Bulut, 2001: 58). Gören, nisbi öz teorisinin ölçülülük ilkesinin tekrarı niteliğinde olduğunu savunmaktadır (Gören, 2000: 107).

Türk Anayasa Mahkemesi'nin de, öz ölçütünü mutlak teori çerçevesinde yorumladığı söylenebilecektir (Atalay, 1995: 84).

2001 Anayasa değişiklikleri öncesinde hazırlanan Anayasa taslaklarının neredeyse tamamında öze dokunma yasağına yer verilmiş, 2001 Anayasa değişiklikleriyle bu talepler karşılanmıştır. 2001 Anayasa değişiklikleri büyük ölçüde, uluslararası dinamiklerin etkisiyle gerçekleştirilmesine rağmen, öze dokunma

yasağına tekrar yer verilmesinin nedeni ulusal dinamiklerden kaynaklanmıştır (Vuraldoğan, 2005: 129).

2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında “hakkın özü” ölçütüne yer verilmiş olmasını Gözler, talihsizlik olarak nitelendirilmiştir. İlk olarak, hakkın özü kriterinin belirgin olmadığını, objektif olarak tespit etmenin, tanımlamanın imkansız olduğunu belirtmiştir. İkinci olarak, hakkın özü kriterinin kullanışlı, operasyonel bir kriter olmadığını, demokratik hukuk devletlerinde bazı durumlarda birçok temel hak ve hürriyetin sınırlandırılmasının, hakkın özü kriteri esas alındığında mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bu konuda şöyle bir örnek vermektedir: “ *Demokratik hukuk devletlerinde bazı durumlarda mektuplar açılabilen ve telefonlar dinlenebilmektedir. Bizim ülkemizde de buna ihtiyaç olması pek tabiidir. Ama artık 13. maddede hakkın özü kriteri getirildiği için, mektupların açılması veya telefonların dinlenmesi Anayasaya aykırı olur. Çünkü mektubun açılmasıyla veya telefonun dinlenmesi ile bu hakkın özüne dokunulmuş olur. Zira mektup açılınca veya telefon dinlenince, haberleşmenin gizliliği esası bütünüyle ve özüyle kaldırılmış olur; kendisine dokunulmayan bir öz artık kalmaz. Oysa demokratik hukuk devletlerinde haberleşmenin gizliliği ilkesine bazı durumlarda müdahale edilebilmektedir. Türkiye Cumhuriyetinin de milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi vb. sebeplerle telefon dinlemeye ihtiyacı olacaktır. Ama Anayasa değişikliği ile artık hakkın özüne dokunmak yasaklandığına göre, bunun yapılması Anayasanın 13. maddesine aykırı olur.*” (Gözler, 2001:58-60)

Gözler, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının sınırı olarak uluslararası sözleşmelerde kullanılan kriterin “hakkın özü” kriteri olmadığını, “demokratik toplum düzeninin gerekleri kriteri olduğunu söylemiş, hatta AİHS ve BM çerçevesinde hazırlanan Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde de hakkın özü kriterinin değil, demokratik toplum düzeninin gerekleri kriterinin kullanıldığını belirtmiştir. Buna dayanarak da Gözler, 13. maddede birbirinin alternatifi olan iki kavramın yer almasının doğru olmadığını, hakkın özü kavramı maddeye eklenirken, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının maddeden çıkarılması gerektiğini savunmaktadır (Gözler, 2001: 60).

Sağlam, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü kriterinin, birbirinden farklı nitelikte olduğunu, demokratik toplum düzeninin gereklerinin, sınırlamanın nasıl yapılacağını gösterirken, öze dokunma yasağının, kişiye, her temel hak ve özgürlük açısından, dokunulmaz bir asgari alan güvencesi verdiğini ifade etmiştir (Sağlam, 1988: 436).

Bu konuda Sağlam'ın da belirttiği gibi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve hakkın özü kriteri birbirinden farklı niteliktedir ve öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gereklerinden farklı olarak, her temel hak ve özgürlük için geçerli olmak üzere kanunkoyucunun bile dokunamayacağı bir alan, bir güvence sağlamaktadır.

Kuzu da bu konuda şöyle bir örnek vermektedir: “ İdam cezaları ele alınacak olursa, demokratik hukuk devletlerinde idam cezaları uygulanabilmekte iken, hakkın özü kriteri kabul edildiği takdirde, idam cezalarının infaz edilmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü idam cezası infaz edilince yaşama hakkından geriye dokunulmamış bir öz kalmayacaktır. Zira idam cezası infazı, yaşama hakkının sadece özüne dokunmamakta, aynı zamanda bu hakkı tamamıyla ortadan kaldırmaktadır (Kuzu, 1990: 231). Her ne kadar hukukumuzda idam cezası kaldırılmış olsa da, demokratik hukuk devletlerinde hakkın özü kriteri kabul edildiği takdirde, idam cezalarının uygulanamayacağı şeklinde bir düşünce idam cezasının bir sınırlama nedeni gibi görülmesine yol açar ki, idam cezası bir sınırlama nedeni değil, yaşama hakkının istisnası niteliğindedir.

### **3.4.7.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Öze Dokunma Yasağı**

Anayasa Mahkemesi, öz güvencesine Alman Anayasa Mahkemesi'ne oranla daha sık başvurmasına karşın, “belli bir formülü tekrarlama dışında bu konuya fazla bir açıklık getirmiş değildir.” (Sağlam, 1982: 145)

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde öze dokunmama ölçütünü kimi zaman dar, kimi zaman da geniş yorumlamıştır. 1961 Anayasası döneminde bu kavram, “Temel hak ve özgürlüklerin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran”, bunları “örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu”, “ciddi surette güçleştirici”, “amacına ulaşmasını önleyici” ve “etkisini ortadan kaldırıcı” gibi ifadelerle Mahkeme kararlarına girmiş olup, genel olarak açık ve özgürlükçü bir içerik taşımıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “bir hak ve hürriyetin gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halinde” o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olur. Anayasa Mahkemesi’nin bu tanımlaması hak ve özgürlüğe ilişkin “öz”ün ne olduğunu bulmayı kolaylaştırmıştır (Kayar, 2004: 400-401).

Mahkemeye göre, “*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 kaldırıcı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur.*” (E. 1962/208, K. 1963/1 KT. 04.01.1963, AYMKD, S. 1, sf. 74) Buna göre, bir hakkın özü, “her temel hak açısından kişiye, dokunulmaz, asgari bir alan güvencesi veren, artık daha fazla sınırlama yapılmasını olanaksız kılan bölümdür, mutlak çekirdektir (Soysal, 1997: 198).

Mahkeme başka bir kararında da, “... *bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.*” ifadesini kullanmaktadır (E.1963/17, K.1963/84, KT.08.04.1963, AYMKD, S. 1, sf. 228).

1976 yılında verdiği bir kararda Mahkeme, mülkiye amirinin emriyle toplantı ve gösteri yürüyüşünün on günü aşmamak ve bir defaya mahsus olmak üzere ertelenmesine ilişkin düzenlemeyi, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özüne dokunur nitelikte bulmuştur (E. 1976/27, K. 1976/51, KT. 18-22.11.1976, AYMKD S.14, sf. 368).

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde de, Anayasa’da açıkça yer almamış olsa da, demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında “öze dokunmama” ile ilgili görüşlerini geliştirerek devam etmiştir. Mahkeme bir kararında “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ile öz arasında bağlantı kurarak, “temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup, tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların” demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde sayılamayacağına karar vermiştir (E. 1985/8, K.1986/27 KT. 26.11.1986, AYMKD S. 22, sf. 365). Ancak 1961 Anayasası döneminden farklı olarak, sadece temel hak ve özgürlüğü tümüyle kullanılamaz hale getiren düzenlemeleri öz güvencesine aykırı bulmuştur (Vuraldoğan, 2005: 134).

3005 sayılı Yasa’ya göre yapılan suçüstü yargılamada, sanığa savunmasını hazırlamak için üç günlük süre verilmesine ilişkin kuralı, benzer görüşlerle, savunma hakkının özünü zedeleyen, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşen bir sınırlama kabul ederek iptal etmiştir (E.1992/8, K.1992/39, KT. 16.06.1992, RG. 06.10.1992/21367).

Anayasa Mahkemesi, sandık seçmen listeleri güncelleştirilirken, sadece askerlik hizmetinden terhis olanlarla, tayin olan memurların göz önüne alınmasını öngören, 04.12.1994 günü Milletvekili ve Mahalli İdareler Ara Seçimi Yapılması Hakkındaki Kanun’un 2/2. maddesiyle getirilen düzenlemeyi, seçme hakkının kimi seçmenler açısından kaldırıldığı, terhis olan askerlerle tayin olan memurlara anayasal haklar sağlanırken, diğer seçmenlerin seçme hakkından yoksun bırakıldığını, seçme hakkının bu şekilde anayasal gereklere aykırı bir biçimde engellenmesinin bu hakkın özüne dokunduğu gerekçesiyle iptal etmiştir (E.1994/83, K.1994/78, KT. 16.11.1994, AYMKD, S. 30/2, sf. 765-766).

Mahkeme daha sonraki bir kararında, *“Hakkın özüne dokunan düzenlemeler, gerçek anlamda mülkiyet hakkını ortadan kaldırır ve bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerle ilgili genel ve özel sınırlamaların ölçüsünü oluşturan demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmaz... Kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlama hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran veya önemli ölçüde zorlaştıran bir*



*nitelik taşıdığından demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmaktadır.” (E.1997/75, K. 1990/10, KT. 03.04.1999, AYMKD, S. 36/1, sf. 389) diyerek, formül değişikliğinin işaretlerini vermiştir. Mahkeme İmar Kanunu ile ilgili verdiği bir kararında büyük ölçüde 1961 dönemi kararlarına paralel bir şekilde öz tanımını geliştirmiştir. “Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerle insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeninin kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayrık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye varandırılmaması gerekir.” (E.1999/33,K.1999/51, KT.29.12.1999, AYMKD, S. 36/2, sf. 673-674)*

Anayasa Mahkemesi, özel mülkiyete konu olan bir taşınmazın kamu tüzel kişilerince kamulaştırma yapılmaksızın elatma tarihinden itibaren yirmi yıl veya daha fazla süre ile kullanıldığı gerekçesiyle malik, zilyed veya mirasçılara açılacak her türlü davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddedilmesinin ve bu süre sonunda kamu tüzel kişilerince tapu terkinin ve kendileri adına tescilinin istenebilmesine ilişkin 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 38. maddesinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa’nın 13., 35. ve 46. maddelerine aykırılık tespit ederek iptal kararı vermiştir. Gerekçede ise şu ifadeler yer vermiştir: “...Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi,

*kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. ...Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırma, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkına getirilmiş anayasal bir sınırlamadır. İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun biçimde kullanmaksızın taşınmaza elatarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan elatmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütün sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmamız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlarını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur (E.2002/112, K.2003/33, KT.04.11.2003, Sayı:25279).*

### **3.5. Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmeyen Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması**

4709 sayılı Kanunla Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan köklü değişiklik ile daha önce de bahsedildiği üzere, genel sınırlama nedenleri madde metninden çıkarılmış, “temel hak ve özgürlüklerin ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılacağı” ilkesi getirilmiştir. Bu durumda, düzenlendikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırı sorunu ortaya çıkmıştır.

Bu konuda Fazıl Sağlam ve Mehmet Sağlam, bu hakların tamamen sınırsız hale gelmediklerini ileri sürerken, Kemal Gözler ise, bu durumu zararlı bir değişiklik olarak nitelendirmiş ve kamu düzeni bakımından sakıncalar doğurabileceğini belirtmiştir (Vuraldoğan, 2005: 139).

13. maddeden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması sonucunda, bazı hürriyetlerde herhangi bir sınırlama nedeni yer almamıştır. Örneğin, düşünce ve kanaat hürriyeti (md. 25), hak arama hürriyeti (md. 36), kanuni hakim güvencesi (md. 37), ispat hakkı (md. 39), vatandaşlık hakkı (md. 74), kamu hizmetine girme hakkı (md. 70), dilekçe hakkı (md. 74) gibi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için ilgili maddelerde özel sebep belirtilmemektedir. Bu temel hak ve hürriyetler 13. maddenin eski şeklindeki mevcut genel sınırlama sebeplerine (kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık, vs.) dayanılarak sınırlandırılabilirken, 13. maddeden bu genel sınırlama sebepleri çıkarıldığına göre, bu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması Gözler'e göre Anayasa'ya aykırı hale gelecektir (Gözler, 2001: 60).

Fazıl Sağlam'a göre, 13. maddede meydana gelen anlayış değişikliği aynı zamanda bir sistem değişikliğidir. Genel sınırlama sisteminden farklılaşmış kademeli sınırlama sistemine geçilmiştir. Böyle bir sistem değişikliğine gidilirken, her bir temel hak maddesinin yeniden gözden geçirilmesi ve o temel hakkın koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve bu alanın içeriğine uygun sınırlama nedenlerinin ilgili maddeye eklenmesi gerekirken 2001 Anayasa değişikliğinde böyle bir çalışmanın ve düzenlemenin yapılmamış olmasından dolayı “düzenlendikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen temel hakların sınırı sorunu” konusu ortaya çıkmıştır (Sağlam, F., 2002: 289).

Mehmet Sağlam da bu konuyla ilgili olarak, “İlgili maddesinde hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen söz konusu hak ve özgürlükler tümüyle sınırsız mı olacaktır?” sorusunu sormuştur. Sağlam'a göre, Anayasada bazı hak ve özgürlükler açısından takdire dayalı hiçbir sınırlama nedeninin öngörülmemiş olması, bu hak ve özgürlüklerin tamamen sınırsız olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terk edilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasaları, 1924 Anayasasının sınırsız-içeriksiz özgürlük anlayışından uzaklaşmış, bir yandan siyasi iktidarı sınırlandıran, diğer yandan ise toplumsal içeriğe ve konuma sahip olan pozitif bir özgürlük anlayışı benimsemiştir. Bu anlayış içinde uçsuz bucaksız özgürlük kavramına gerek yoktur. Anayasa Mahkemesi de kuruluş yıllarında verdiği bir kararında sınırsız özgürlük anlayışının anarşiden başka bir şey

olamayacağını belirtmiştir (E.1963/16, K.1963/83, AYMKD. 1963, S.1, sf. 194). Sağlam'a göre, hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmese bile bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlar mevcuttur (Sağlam, M., 2002: 253). Sınırsız bir hak ve özgürlük düşüncesinin kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılması, düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırı ne olacaktır sorusunu gündeme getirmiştir. Mehmet Sağlam'a göre, bu sorunun cevabı, temel hakların nesnel sınırlılığı (hakkın koruma alanı) ölçütü ile nesnel hakların Anayasa normlarıyla çatışmasından kaynaklanan Anayasal sınırlılığı ilkesine göre verilecektir (Sağlam, M., 2002: 254).

Temel hakların nesnel sınırlılığı görüşü Alman öğretisinde özellikle Friedrich Müller tarafından geliştirilmiş, Fazıl Sağlam'ın "Temel Hakların Sınırlanması ve Özü" adlı eserinde Müller'in nesnel sınırlılık anlayışına yer verilmiştir. Müller'e göre, haklar sınırsız olmayıp kendi norm alanlarıyla sınırlıdır. Her temel hak, belli bir nesnel alanda geçerlidir. Norm alanı, her hakkın nesnel alan içinden seçtiği, ayırdığı, vurguladığı, yeni bir biçim verdiği nesnel verilerdir. Nesnel unsurların yoğunluk derecesi ise, norm çeşitlerine göre değişir. Temel haklar nesnel yoğunluğu ileri düzeyde olan normlardır (Vuraldoğan, 2005: 141). Her temel hak normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda (yaşam alanında) geçerlidir. Norm içeriği nesnel olarak belirlenmiş bir düzen modelidir. Her norm kendi metninde belli bir program içerir. Norm programı (hukuki buyruk) normun metni ve sözü ile ilgili verilerden oluşur. Normun nesnel alanını ise, norm ile ilişki içinde olabilecek her türlü nesnel veri oluşturur. Bu görüşe göre, sınırlama açısından öncelikle araştırılması gereken sorun, temel hakların nasıl sınırlanacağı değil, norm programı ve norm alanı analiziyle araştırılacak olan normun "geçerlilik muhtevasının" nereye kadar uzandığı konusudur. Bunu tespit ederken göz önünde tutulacak nokta, temel hak kullanımı olarak gözükebilecek eylem biçim ve olanaklarının o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanı (koruma alanı) içindedir. Burada normun koruduğu temel hak kullanımı, sadece norm alanının

sağladığı özgül kullanım olanaklarıdır. Bir temel hak kullanımıyla arızı bir ilişki içinde bulunan eylem biçimleri ise temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmaz. Bu nedenle de normun korumasından yararlanamaz (Sağlam, M., 2002: 256-257).

Bir temel hakkın sınırlılığı yalnızca kendi norm alanından kaynaklanmamaktadır. Bir temel hakkın başka bir temel hakla veya Anayasa normuyla çatışması durumunda da sınırlılığı söz konusu olabilecektir. Anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunmadığından, kural olarak bir Anayasa normunun diğerine aykırı olması sözkonusu olamaz. Bu nedenle, Anayasa normları aralarında çelişki yaratmayacak şekilde yorumlanmalıdır. Anayasanın bütünlüğü ilkesi bunu zorunlu kılmaktadır. Bu yoruma rağmen Anayasa hükümleri arasında bir çelişki çıkarsa, bu durumda iki çözüm yolundan birine başvurulabilir. Bunlardan biri, genel-özel norm ilişkisi bulunan iki temel hak normunun birbirini sınırlamasından kaynaklanması durumunda özel normun geçerli olmasıdır. Bu durum Anayasanın bütünlüğü ilkesinden kaynaklanan genel bir sınırdır ve kanunkoyucunun sınırlamasıyla bir ilgisi yoktur. Aralarında genel-özel ilişkisi olmayan iki temel hak normunun birbiriyle veya bir başka Anayasa hükmüyle çatışması durumunda ise çatışan haklar pratik uyum ilkesi uyarınca oranlı ölçüde sınırlanarak optimal bir çözüm bulunmaya çalışılacaktır. Pratik uyum ilkesi, *“Bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatışması halinde, çatışan temel hak ile anayasanın koruduğu hukuki değerlerin varlık ve etkilerini optimal düzeyde korunmasını amaçlamaktadır.”* (Sağlam, F., 1982: 38-51)

Mehmet Sağlam ve Fazıl Sağlam’a göre, temel hak ve özgürlük normları haklarında hiçbir sınırlama nedeni öngörülmemiş olsalar bile, kendi nesnel koruma alanlarıyla ve Anayasada yer alan diğer normlarla sınırlıdırlar.

Anayasanın 48. maddesi *“Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”* demektedir. Gözler, 48. maddede bu çalışma ve sözleşme hürriyetini sınırlandırmaya yönelik bir sebep öngörülmediğine ve 13. maddede öngörülen kamu düzeni, kamu yararı, genel sağlık,

genel ahlak gibi genel sınırlama nedenleri de ortadan kalktığına göre Türkiye’de isteyen herkesin istediği her alanda çalışabileceğini, istediği her sözleşmeyi yapabileceğini savunmaktadır. Bu konuda verdiği örnek uyarınca artık Türkiye’de isteyen herkes uyuşturucu madde üretimi ve ticareti yapabilecektir. Çünkü uyuşturucu üretimi, 48. maddenin koruduğu çalışma hürriyeti, uyuşturucu ticareti aynı maddenin koruduğu sözleşme hürriyeti kapsamında bir fiildir. 3 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliği kanunuyla Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan genel sınırlama nedenleri çıkarıldığına göre, artık Anayasa’nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme hürriyetinin ne sebeple olursa olsun sınırlandırılması mümkün değildir (Gözler, 2002: 327).

Fazıl Sağlam’a göre, sözleşme özgürlüğü ile ilgili maddede bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olmasına rağmen, konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmelerin sınırlandırılmayacağını söylemek makul bir yaklaşım olmayacaktır. Sağlam bu konuda şöyle söylemektedir: *“Konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmeler, sözleşme özgürlüğünün nesnel koruma alanı ile spesifik bağlantı içinde olmayan, yalnızca arızı ya da tesadüfi bağlantı olarak ortaya çıkan kullanım biçimleridir. Sözleşme özgürlüğünün iktisadi ve sosyal içeriğinin ötesinde salt tarihsel perspektifle bakılsa bile, konusu ve amacı genel ahlaka aykırı sözleşmelerin “akit serbestisi” kavramı dışında kaldığını çeşitli ülkelerin Medeni Kanunları ya da Borçlar Kanunları hükümlerine bakarak belirlemek mümkündür. Bu yasalar, temel hak ve özgürlüklerin yasaları da bağladığı anlayışının henüz ortaya çıkmadığı ve bu bağlılığın Anayasa yargısı ile sağlanmadığı dönemlerin yasalarıdır. Sözleşme özgürlüğünün yasaları da bağlayacak şekilde anayasal güvence altına alınması, anılan özgürlüğün ilke olarak bu yasalardaki geleneksel içeriği ile kabul gördüğü anlamına gelir. Anayasal güvenceye, bu çerçeveyi aşan ahlaka aykırı sözleşmeleri de anayasal koruma alanı içine alacak bir anlam yüklemenin hiçbir nesnel ya da mantıksal açıklaması olamaz.”* Sağlam, konusu hukuka aykırı sözleşmeler bakımından aynı savunmanın yapılamayacağını, çünkü burada sözleşme konusunun hukuka aykırılığı, kişilik haklarına ve genel ahlaka ve zayıfın korunması amacına aykırılığın dışında bir anlam taşıyacaksa, bunun kamu düzeni, kamu yararı gibi bir sınırlama nedenine dayanması gerektiğini ileri sürmektedir (Sağlam, 2002: 292-293).

Gözler, Anayasa'nın 18-74. maddeleri arasında sayılan temel hak ve özgürlüklerden birçoğunda "özel sınırlama sebepleri" öngörüldüğünü, ancak hiçbir maddede 13. maddenin ilk şeklinde yer alan dokuz sınırlama nedeninin hepsi sayılmadığı için dolayısıyla bu maddelerdeki temel hak ve özgürlüklerin, o maddede hangi sınırlama sebebi sayılmış ise, sadece o sebeple sınırlandırılabilceğini dolayısıyla bu hak ve özgürlüklerin kısmen sınırsız hale geleceğini savunmuştur. Gözler, bu konuda şöyle bir örnek vermektedir: *"Seyahat hürriyeti 23. maddeye göre "suç işlenmesini önlemek" amacıyla sınırlandırılabilir. Ancak maddede sayılan özel sınırlama nedenleri arasında "genel sağlık" sebebi yoktur. Dolayısıyla bir şehirde, bir kasabada veya bir köyde salgın bir hastalık baş gösterirse orada karantina ilan edilmesi, yani oraya girilmesi veya oradan çıkılması yasaklanamayacaktır. Çünkü 13. maddenin yeni şeklinde genel sınırlama sebebi olarak, "genel sağlığın korunması" sebebi bulunmadığına ve 13. maddenin yeni şeklinde "temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak...sınırlanabilir." dendiğine göre bunun yapılması Anayasamıza aykırı olacaktır."* (Gözler, 2001: 61)

Fazıl Sağlam, 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılmış olmasının artık bir bölgenin salgın hastalıkları önleme amacıyla karantinaya alınamayacağı anlamına gelmediğini belirtmektedir. Sağlam'a göre, bu özgürlüklerle ilgili anayasa kuralları, salgın hastalık tehlikesi altında dahi seyahat ve yerleşme özgürlüklerine koruma sağlayacak bir nesnel içeriğe sahip değildir. Çünkü bu özgürlüklerin salgın hastalık tehlikesi altında kullanılması, seyahat ve yerleşme özgürlüğünün norm alanı ile özgül bir bağlantı içinde olmayan ve bu norm alanları ile sadece arızı ve tesadüfi bir bağlantı içinde kalan bir kullanım biçimidir (Sağlam, 2002: 294).

Sonuç olarak, düzenlendikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen temel hak ve özgürlükler, geçerlilik muhtevalarıyla sınırlıdır denilebilir. Temel hakkın geçerlilik alanı belirlenirken, temel hak normunun tarihsel oluşumu, sistematik yorumundan, vs. faydalanılacaktır. Geçerlilik norm alanı ile özgül bağlantı içinde bulunan kullanım biçimleri koruma alanı içindedir; norm alanı ile yalnızca arızı bir bağlantı içinde bulunan kullanım biçimleri ise koruma alanı dışındadır.

Öğretide soyut olarak böyle bir belirleme yapılmasının zahmetli ve zor bir konu olduğu, dolayısıyla koruma alanlarının belirlenmesinin önceden soyut olarak değil, somut olaylarla karşılaştıkça yapılması savunulmuştur (Vuraldoğan, 2005: 143).



## SONUÇ

Tarihsel süreç içinde insanların toplum halinde yaşamaya başlamaları ile birlikte böyle bir yaşamın gerektirdiği bedeli hak ve özgürlüklerini kısıtlayarak ödemişlerdir. Toplumsal yaşam temelde insanın özgür kılınmasını amaçlayan temel hak ve özgürlüklerin belirli ölçülerde sınırlanmasını zorunlu kılmıştır. Bu sınırlama, farklı toplumlarda, farklı zamanlarda ve farklı boyutlarda gerçekleşmiştir. Ancak, bu sınırlamanın sadece düzen ve otorite sağlamak için değil, tam aksine özgürlükçü düzenin devamlılığı için yapılması gerektiği unutulmayarak, sınırlamanın istisna, özgürlüğün ise asıl olduğu dikkate alınmalıdır.

Toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği belgeler anayasalar olmuştur. Anayasalar devletin temel yapısını ve organlarını belirleme görevinin yanı sıra temel hak ve özgürlükleri güvenceye kavuşturma görevini de üstlenmişlerdir. Ülkemiz Anayasalarında da temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması konusu farklı boyutlarda yer almıştır.

12 Eylül 1980 askeri darbesinin ürünü olan 1982 Anayasası yürürlüğe girdiği günden itibaren özellikle sınırlama rejimi açısından, otorite karşısında özgürlükleri güçsüzleştirdiği, dolayısıyla bireyi devlet karşısında ikinci plana ittiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Tepki anayasası olduğu her fırsatta dile getirilen 1982 Anayasası, 2001 Anayasa değişikliklerine gelene kadar beş kez değiştirilmiştir. 2001 yılına gelene kadar yapılan değişikliklerle toplam 24 madde değişikliğe uğramıştır.

1982 Anayasasında, 4709 sayılı kanunla 2001 yılında yapılan değişiklikler daha önce yapılanların en kapsamlısı olmuştur. Toplam 35 maddede değişiklik yapılmıştır. Değişikliklerden biri, Başlangıç bölümünde olmak üzere geri kalan 25 tanesi temel hak ve ödevler kısmında, beş tanesi yasama bölümünde, bir tanesi yürütme kısmında, iki tanesi de yargı bölümünde gerçekleşmiştir. Görüldüğü gibi bu değişikliklerin büyük kısmı temel hak ve ödevler bölümünde yapılmıştır.

Temel hak ve ödevler bölümünde yapılan 25 değişiklikten her biri farklı öneme sahip olmasına rağmen, ilk dikkati çeken değişiklik 13. maddede yer alan genel sınırlama nedenlerinin madde metninden çıkarılmasıdır. 1982 Anayasası'nda 13. maddenin ilk şeklinde, dokuz sınırlama nedenine yer verilmiş, temel hak ve özgürlüklerin hem madde metninde yer alan genel sınırlama nedenlerine dayanarak, hem de özel olarak düzenlendikleri maddedeki sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlanabileceği ibaresi yer almıştır.

4709 sayılı kanunla 13. maddede yapılan değişiklikle, milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, genel asayişin korunması gibi kıstaslar madde metninden çıkartılmıştır. Anayasa'da yapılan bu değişiklik sırasında 13. maddede bulunmayan “suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri” kavramları yeni sınırlama nedenleri olarak ilgili maddelere konulmuştur. Genel sınırlama nedenlerinin madde metninden çıkartılarak temel hak ve hürriyetlerin düzenlendikleri maddede yer alan nedenlerle sınırlanması sistemi AİHS ile de uygunluk arz etmektedir. AİHS'nin 10. ve 11. maddelerinden alındığı anlaşılan “suç işlenmesinin önlenmesi” nedeninin 13. maddedeki “genel asayiş” terimi yerine kullanıldığı, daha açık ve somut bir kavram olduğu; “kamu güvenliği” teriminin de genel asayiş ve kamu düzeni kavramları içinde bulunduğu; “Cumhuriyetin korunması” yerine “Cumhuriyetin temel niteliklerinin korunması” kavramının kullanılmasının daha somut ve sınırlamayı daraltıcı bir sonuç doğurduğu ileri sürülebilse de, yeni düzenlemede bunların dışında kalan, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gibi nedenler de yer almıştır. Madde gerekçelerinde getirilen yeni sınırlama nedenlerinin AİHS'de öngörülen esaslara uygun olduğu belirtilmekte ise de, bu yeni kavramların kullanıldığı ilgili maddeler için yeni sınırlama nedenleri oluşturduğuna kuşku yoktur.

Ancak yapılan bu değişiklik neticesinde düzenlendikleri maddede sınırlama nedenlerine yer verilmeyen temel hak ve hürriyetlerin sınırsız hale geldiği savunulmuştur. Kanaatimizce, Fazıl Sağlam'ın da belirttiği gibi, bazı temel hak ve

hürriyetler hakkında düzenlendikleri maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, bu hak ve hürriyetler kendi nesnel koruma alanları ve Anayasada yer alan diğer normlarla sınırlıdır. Dolayısıyla düzenlendikleri maddede sınırlama nedenine yer verilmeyen temel hak ve hürriyetlerin sınırsız hale geldiği de savunulamaz.

4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda olağan dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında öze dokunmama, laik Cumhuriyeti gerekleri ve ölçülülük ilkesi, Anayasamıza girmiştir.

1982 Anayasası'nın çeşitli maddelerinde laiklik ilkesi yer almıştır. Anayasa'nın çeşitli maddelerinde laiklik ilkesi ve cumhuriyetin korunmasına yönelik hükümler varken "laik cumhuriyetin gerekleri" ilkesinin temel hak ve özgürlükler alanında ne gibi gelişmelere neden olacağını uygulama gösterecektir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki tavrı ise belirleyici olacaktır.

1961 Anayasası'nda yer alan hakkın özü kriteri, 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde yer almamasına rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında ifadesini bulmuş, 2001 değişiklikleri ile demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ilkesi ile bir arada hakkın özü kriterine de yer verilmesi olumlu bir gelişme olmuştur. Öz güvencesi kişiye dokunulmaz bir alan sağladığı için kişi için önemli bir güvence teşkil etmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna bağlı olarak, öze dokunmama kriterinin sağladığı güvence değişecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu kriteri dar veya geniş yorumlaması kişi özgürlükleri açısından büyük önem taşımaktadır.

Sınırlandırmada kullanılan aracın, sınırlandırma ile ulaşılabilecek amaç için gerekli olmasını ifade eden ölçülülük ilkesi, 1961 Anayasası döneminde ismen zikredilmese de Anayasa Mahkemesi kararlarında dayanak teşkil etmiş, 1982 Anayasası döneminde de uygulama aynı şekilde devam ederek, 2001 Anayasa değişiklikleri ile ilke, madde metnine dahil edilmiştir. Kimi yazarlarca değişikliğin esasa ilişkin bir

yenilik getirmediği savunulsa da, yapılan değişikliklerle ölçülülük ilkesi anayasal düzeyde benimsenerek AIHS ile uyum sağlanmıştır.

2001 Anayasa değişiklikleri toplumun farklı kesimlerinde çeşitli eleştirilere maruz kalmış, kimi kesimlerce değişiklikler olumlu karşılanırken, kimi kesimlerce zararlı ve gereksiz olarak nitelendirilmiştir.

2001 Anayasa değişiklikleri içinde belki de en önemli değişiklik maddesi olarak da nitelenebilecek olan 13. madde, genel sınırlama maddesi olmaktan çıkarılarak, genel koruma maddesi haline gelmiştir. 13. maddedeki genel sınırlama nedenlerinin kaldırılıp, her temel hak ve hürriyetin düzenlendikleri maddede yer alan sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlanacağıın kabul edilmesi, 1982 Anayasası'nın temel mantığını oluşturan, otorite karşısında bireyi ikinci plana atan felsefeden uzaklaşılması açısından olumlu olarak karşılanabilir. Ancak 13. maddenin değişiklik öncesi metninde yer alan sınırlama nedenlerinin pek çoğunun bazı temel hak ve hürriyetler için özel sınırlama nedeni olarak yer almaması, değişikliğin zayıf yönü olarak da nitelenebilir.

Sonuç olarak, 2001 Anayasa değişiklikleri ile 13. madde, genel sınırlama maddesi olmaktan çıkmış, öz güvencesi ve ölçülülük ilkesi madde metnine dahil olmuş, laik cumhuriyetin gerekleri kriteri benimsenerek, madde AIHS ile uyumlu hale gelmiştir.

## KAYNAKÇA

Akad, Mehmet (1996). “Anayasa Değişikliği Üzerine Bir Not: Siyasal Katılmanın Niteliği ve Boyutları”, *Coşkun Kırca'ya Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, sf. 7-12, Ankara.

Akad, Mehmet- Dinçkol, Abdullah (1998). *1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınları, İstanbul.

Akad, Mehmet - Dinçkol, Vural (2004). *Genel Kamu Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul.

Akın, İlhan (1993). *Kamu Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Aliefendioğlu, Yılmaz (2002). “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, sf. 178–214, Antalya.

Arslan, Zühtü (2002). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, sf.239–155, Antalya.

Atakan, Arda (2006). *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler*, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul.

Atalay, Esra (1995). *Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir.

Atar, Yavuz (2002). *Türk Anayasa Hukuku*, Mimoza Yayınları, Konya.

Aydın, Nizamettin (2008). *3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri*, Ekin Yayınevi, Bursa.

Batum, Süheyl (1993). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:3761, İstanbul.

Bulut, Nihat (2001). “4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Rejiminin Birey Devlet İlişkisi Açısından Değerlendirilmesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:5, Sayı:1-4, sf. 37-64, Erzincan.

Can, Osman (2002). “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, sf. 503–532, Antalya.

Centel, Tankut (2001). “Türk Çalışma Yaşamı Açısından Son Anayasa Değişikliği”, *TİSK İşveren Dergisi*, sf. 14, Ankara.

Çavuşoğlu, Naz (1994). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:1, Ankara.

Çavuşoğlu, Naz (1997). *Anayasa Notları*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Çiçekli, Bülent-Eryılmaz, M. Bedri (2002). “Son Anayasa Üzerine Düşünceler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, sf. 33-34, Ankara.

Dinçkol, Vural (1992). *1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik*, Kazancı Yayınları, İstanbul.

Duran, Lütfi (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.

Duran, Lütfi (1986). “Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye’nin Hukuk Düzeni”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:19, Sayı:1, sf. 9-26, Ankara.

Erdoğan, Mustafa (2007). *Anayasa Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara.

Erdoğan, Mustafa (2007). *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Orion Yayınevi, Ankara.

Eren, Abdurrahman (2002). “2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen ‘Laik Cumhuriyetin Gerekleri’ Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2002/3, sf. 1-15, Ankara.

Eren, Abdurrahman (2004). *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, Beta Yayınları, İstanbul.

Eroğul, Cem (1995). “Üçüncü Anayasa Değişikliği”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Cilt:19, Sayı:183, sf. 9, Ankara.

Eroğul, Cem (1996). *Anatüzeeye Giriş*, İmaj Yayıncılık, Ankara.

Eroğul, Cem (2001). “Altıncı Anayasa Değişikliği”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Cilt: 25, Sayı 231, sf. 271-288, Ankara.

Esen, Bülent Nuri (1966). *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

Fendoğlu, H. Tahsin (2002). “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. Md. 13.)”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, sf.178-214, Antalya.

Fendoğlu, Hasan T.(2007). *Türk Anayasası ve Avrupa Birliği*, TC. Başbakanlık İnsan Hakları Yayınları No:7, Ankara.

Giritli, İsmet (2002). “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı: 19, sf. 88-103, Antalya.

Gökçe, Birsen (2002). “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Ekonomik ve Siyasal Yönden Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, sf. 534-548, Antalya.

Gölcüklü, Feyyaz-Gözübüyük, A.Şeref (1998). *Avrupa İnsan Hakları ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara.

Gören, Zafer (2000). *Temel Hak Genel Teorisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir.

Gören, Zafer (2006). *Anayasa Hukuku*, Seçkin Kitabevi, Ankara.

Gözler, Kemal (2000). *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.

Gözler, Kemal (2001). *Anayasa Değişikliği Gerekli mi? 1982 Anayasası İçin Bir Savunma*, Ekin Kitabevi, Bursa.

Gözler, Kemal (2001). “Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri” (Anayasanın 13’üncü Maddenin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme), *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 59, Sayı 2001/4, sf. 53-67, Ankara.

Gözler, Kemal (2002). “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, sf. 326-354, Antalya.



Gözler, Kemal (2003). *Anayasa Hukukuna Giriş-Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa.

Gözler, Kemal (2008). *Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş*, Ekin Kitabevi, Bursa.

Hakyemez, Yusuf Şevki (2002). “2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasal Parti Özgürlüğü Üzerine Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, sf. 550-571, Antalya.

Kaboğlu, İbrahim Ö. (2002). “2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 19, sf. 105-118, Antalya.

Kaboğlu, Ö. İbrahim (2005). *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul.

Kanadoğlu, O. Korkut (2000). *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Kapani, Münici (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara.

Karamustafaoğlu, Tunçer-Turhan, Mehmet (1993). *T.C. Anayasaları Karşılıklı Metinler ve 1876, 1921 ve 1924 Anayasa Metinleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara.

Kayar, Nihat (2004). “İki Anayasa (1961-1982) Temel Hakların Özünü ve Anayasa Mahkemesi Kararları”, *Bülent Tanör Armağanı*, Legal Yayıncılık, sf. 379-412, İstanbul.

Kuzu, Burhan (1990). *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Metin, Yüksel (2002). *Ölçülülük İlkesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Onar, Sıdık Sami (1966). *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt:3, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.

Özbudun, Ergun (1993). *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara.

Özbudun, Ergun (2002). “2001 Anayasa Değişiklikleri”, 134. Yıl Sempozyumu, *Danıştay Başkanlığı Yayını*, Ankara.

Rumpf, Christian (1993). “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:10, sf. 25-48, Antalya.

Rumpf, Christian (1995). *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, Friedrich-Naumann Yayınları, Ankara.

Sağlam, Mehmet (2002). “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, sf. 233-266, Antalya.

Sağlam, Fazıl (1982). *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, No:4, Ankara.

Sabuncu, Yavuz (1984). “1982 Anayasası ve Temel Hak ve Özgürlükler” *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Sayı: 76, Ankara.

Sağlam, Fazıl (1984). “Kanun Hükmünde Kararname Çıkartma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:1, sf. 261-271, Ankara.

Sağlam, Fazıl (1988). “1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, *Bahri Savcı'ya Armağan*, sf.433-442, Ankara.

Sağlam, Fazıl (2002). “2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, sf. 288-310, Antalya.

Sancar, Mithat (2000). *Devlet Akli Kıskaçında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul.

Seçkin, Nazlı (2002). “Sosyal Haklar ve 2001 Anayasa Değişiklikleri”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yayın No 1, sf. 51-72, İstanbul.

Sencer, Muzaffer (1988). *Belgelerle İnsan Hakları*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Soysal, Mümtaz (1997). *100 Soruda Anayasa'nın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul.

Tanör, Bülent (1977). “Anayasamızın Yeni 11. Maddesi Genel Bir Sınırlama Kuralı Getirmiş Midir?”, *Onar Armağanı*, İstanbul.

Tanör, Bülent (1986). *İki Anayasa (1961-1982)*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Tanör, Bülent (1991). *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, BDS Yayınları, İstanbul.

Tanör, Bülent (2000). “Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi”, *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

Tanör, Bülent-Yüzbaşıoğlu Necmi (2006). *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Tanör, Bülent (2010). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.

Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Teziç, Erdoğan (1985). “Kanunların Anayasaya Uygunluğu'nun Esas Açısından Denetimi”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:2, sf. 21-38, Antalya.

Teziç, Erdoğan (2005). *Anayasa Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Turhan, Mehmet (1991). “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:8, sf. 401-420, Antalya.

Tülen, Hikmet (2000). “Gündemin Değişmeyen Konusu: Anayasa Değişiklikleri Tartışmaları”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt :4, Sayı: 1-2, sf. 197-218, Erzincan.

Tülen, Hikmet (2001). “03.10.2001 Tarihli ve 4709 Sayılı Kanunla Yapılan Anayasa Değişiklikleri Üzerine Genel Bir Değerlendirme”. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt :5, Sayı:1-4, sf. 191-244, Erzincan.

Uygun, Oktay (1992). *1982 Anayasası'nda Temel Hak Ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul.

Uygun, Oktay (2008). “İnsan Hakları Açısından Yeni Anayasa Çalışmaları”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10.Yıl Kuruluş Armağanı, sf. 323-353, İstanbul.

Uzeltürk, Sultan (2004). *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., İstanbul.

Vuraldoğan, Kemal (2007). *2001 Anayasa Değişikliklerinin Işığında 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.

Yetkin, Çetin (2002). “Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı:19, sf. 312-324, Antalya.

Yokuş, Sevtap (2005). “Anayasa Mahkemesinin Türkiye’de Demokrasinin Gelişimine Etkisi” , *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:4, Kocaeli.

Yüzbaşıoğlu, Necmi (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Basımevi, İstanbul.

\_\_\_\_\_ (2001). *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Gerekçesi*, *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, Ankara.